Capítulo V

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. Introducción

107. En su 56.º período de sesiones (2004), la Comisión decidió incluir el tema «Expulsión de extranjeros» en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Maurice Kamto[1248]. La Asamblea General, en el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

108. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión examinó el informe preliminar presentado por el Relator Especial[1249].

109. En su 58.º período de sesiones (2006), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial[1250] y un estudio preparado por la Secretaría[1251]. La Comisión decidió examinar el segundo informe en su siguiente período de sesiones, en 2007[1252].

110. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión examinó los informes segundo y tercero[1253] presentados por el Relator Especial y remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 y 2, revisados por el Relator Especial[1254], y los proyectos de artículo 3 a 7[1255].

111. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial[1256] y decidió establecer un grupo de trabajo presidido por el Sr. Donald M. McRae, para que examinara las cuestiones que planteaban la expulsión de personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la privación de la nacionalidad en relación con la expulsión[1257]. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó las conclusiones del mencionado Grupo de Trabajo y pidió al Comité de Redacción que las tuviera en cuenta en sus trabajos[1258].

112. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión examinó el quinto informe presentado por el Relator Especial[1259]. A petición de la Comisión, el Relator Especial presentó luego una nueva versión de los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, revisados y reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria[1260]. También presentó a la Comisión un nuevo proyecto de plan de trabajo con miras a ordenar los proyectos de artículo[1261]. La Comisión decidió aplazar el examen de los proyectos de artículo revisados hasta su 62.º período de sesiones[1262].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

113. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, revisados y reordenados por el Relator Especial[1263], el nuevo proyecto de plan de trabajo con miras a la reordenación de los proyectos de artículo[1264] y el sexto informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/625 y Add. 1 y 2), que examinó en su 3036.ª sesión, el 3 de mayo de 2010, en sus sesiones 3038.ª a 3041.ª, los días 5, 6, 7 y 10 de mayo de 2010, en su 3044.ª sesión, el 14 de mayo de 2010, y sus sesiones 3062.ª a 3066.ª, los días 9, 13, 14, 15 y 16 de julio de 2010. La Comisión también tuvo ante sí las observaciones y la información recibidas de los gobiernos[1265].

114. En su 3040.ª sesión, el 7 de mayo de 2010, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los

---

[1248] *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 364. En su 50.º período de sesiones (1998), la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación en el que se seleccionaba, entre otros, el tema «Expulsión de extranjeros» para que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (*Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 554) y, en su 52.º período de sesiones (2000), aprobó esa recomendación (*Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729). En el anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en ese período de sesiones se incluyó un breve resumen en el que se exponía el planteamiento y la estructura general que se podrían adoptar en relación con el tema (ibíd., anexo, pág. 149). En el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo.

[1249] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párrs. 242 a 274. Véase el informe preliminar en ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554.

[1250] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[1251] A/CN.4/565 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión).

[1252] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 252.

[1253] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581.

[1254] Ibíd., vol. II (segunda parte), notas 326 y 327.

[1255] Ibíd., notas 321 a 325.

[1256] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594.

[1257] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 170.

[1258] Estas conclusiones eran las siguientes: *a*) en el comentario de los proyectos de artículo había que indicar que, a los efectos de los artículos, el principio de la no expulsión de los propios nacionales también se aplicaba a las personas que hubieran adquirido legalmente otra nacionalidad o varias nacionalidades, y *b*) en el comentario había que aclarar que los Estados no debían recurrir a la privación de la nacionalidad para eludir las obligaciones que les incumbían en virtud del principio de no expulsión de los nacionales (ibíd., párr. 171).

[1259] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611.

[1260] Ibíd., documento A/CN.4/617.

[1261] Ibíd., documento A/CN.4/618.

[1262] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 91.

[1263] Véase la nota 1260 *supra*.

[1264] Véase la nota 1261 *supra*.

[1265] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604; *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/628 y Add.1.

proyectos de artículo 8 a 15, relativos a la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, que figuraban originalmente en el quinto informe[1266], revisados y reordenados por el Relator Especial[1267].

115. En su 3066.ª sesión, el 16 de julio de 2010, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo A y 9, recogidos en el capítulo I del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/625 y Add. 1 y 2), los proyectos de artículo B1 y C1, incluidos en la adición del sexto informe y los proyectos de artículo B[1268] y A1[1269], revisados por el Relator Especial durante el período de sesiones.

1. Examen de los proyectos de artículo revisados y reordenados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión

a) *Presentación de los proyectos de artículo por el Relator Especial*

116. El Relator Especial indicó que, en el examen por la Comisión del quinto informe sobre la expulsión de extranjeros[1270], se había puesto de manifiesto que no quedaba claro lo que el Relator Especial quería decir sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión como limitación del derecho del Estado a expulsar extranjeros. Así, se había expresado el deseo de que el proyecto de artículo 8 propuesto en el quinto informe se reformulara para afirmar claramente el principio de que debían protegerse plenamente los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión. Además, se habían propuesto cambios a otros proyectos de artículo sobre el tema. Por tanto, la Comisión había pedido al Relator Especial que le presentara una nueva versión de los proyectos de artículo, teniendo en cuenta los comentarios formulados durante el debate. El Relator Especial había dado curso a esa petición durante el 61.º período de sesiones revisando los proyectos de artículo en cuestión y ordenándolos en cuatro secciones, respectivamente dedicadas a las «Normas generales», la «Protección requerida del Estado autor de la expulsión», la «Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino» y la «Protección en el Estado de tránsito»[1271].

117. La sección A, dedicada a las «Normas generales», comprendía los proyectos de artículo 8, 9 y 10 en su versión revisada. En el proyecto de artículo 8 revisado[1272], titulado «Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión», la expresión «derechos fundamentales» se había sustituido por la de «derechos humanos», más amplia y no restrictiva. Además, la parte de la oración que dice «en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos» se había agregado para subrayar que no se tenía la intención de establecer una jerarquía entre los derechos humanos que debían respetarse en el marco de la expulsión y que la lista de derechos recogidos específicamente en el proyecto de artículos no era exhaustiva.

118. El proyecto de artículo 9 revisado[1273], que correspondía al antiguo proyecto de artículo 10 y se titulaba «Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión», se había integrado en la sección dedicada a las «Normas generales» a fin de resaltar la generalidad de su alcance. Como el derecho a la dignidad se estaba examinando en el contexto específico de la expulsión, se había suprimido el párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 10, que enunciaba la norma general de la inviolabilidad de la dignidad humana.

119. El proyecto de artículo 10 revisado[1274], titulado «Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]», correspondía al antiguo proyecto de artículo 14. También se había integrado en la sección dedicada a las «Normas generales» a fin de destacar la generalidad de su alcance. La expresión «entre las personas expulsadas o en vías de expulsión» se había añadido para tener en cuenta las observaciones de varios miembros de la Comisión, que habían insistido en que, en este contexto, se prohibía la discriminación entre los extranjeros objeto de expulsión, y no entre esos extranjeros y los nacionales del Estado autor de la expulsión.

120. La sección B, dedicada a la «Protección requerida del Estado autor de la expulsión», comprendía los proyectos de artículo 11, 12 y 13 revisados, así como un futuro proyecto de artículo que el Relator Especial tenía previsto elaborar sobre las condiciones de privación de libertad y trato de la persona expulsada o en vías de expulsión. El proyecto de artículo 11 revisado[1275], titulado «Obligación de proteger la vida de la persona expulsada o en vías de

---

[1266] Véase la nota 1259 *supra*.

[1267] Véase la nota 1260 *supra*.

[1268] Véase la nota 1290 *infra*.

[1269] Véase la nota 1300 *infra*.

[1270] Véase la nota 1259 *supra*.

[1271] Véase la nota 1260 *supra*.

[1272] El proyecto de artículo 8 decía así:

«*Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión*

Toda persona expulsada o en vías de expulsión tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos, en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos.»

[1273] El proyecto de artículo 9 revisado decía así:

«*Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión*

La dignidad de una persona expulsada o en vías de expulsión deberá ser respetada y protegida en cualquier circunstancia.»

[1274] El proyecto de artículo 10 revisado decía así:

«*Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]*

1. El Estado ejercerá su derecho de expulsión con respecto a las personas afectadas sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. La no discriminación se aplicará asimismo, entre las personas expulsadas o en vías de expulsión, al disfrute de los derechos y libertades establecidos en las normas internacionales de derechos humanos y en la legislación del Estado autor de la expulsión.»

[1275] El proyecto de artículo 11 revisado decía así:

«*Obligación de proteger la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión*

1. El Estado autor de la expulsión protegerá el derecho a la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión.

2. Un Estado no podrá someter a una persona expulsada o en vías de expulsión a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción.»

expulsión», era una combinación del párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 9 y del párrafo 1 (convertido en este caso en párrafo 2) del antiguo proyecto de artículo 11. La reordenación tenía por finalidad responder al firme deseo expresado por algunos miembros de la Comisión de que se diferenciaran las obligaciones del Estado autor de la expulsión y las del Estado de destino. La adición de la expresión «o en un territorio bajo su jurisdicción» tenía por finalidad responder a inquietudes expresadas por otros miembros de la Comisión.

121. El proyecto de artículo 12 revisado[1276], titulado «Obligación de respetar el derecho a la vida familiar», correspondía al antiguo proyecto de artículo 13. La referencia a la vida privada se había suprimido en este proyecto de artículo, conforme al deseo expresado por algunos miembros de la Comisión. Además, a raíz de una propuesta formulada por otros miembros, en el párrafo 2 se había reemplazado la referencia a la «ley» por una referencia al «derecho internacional».

122. El proyecto de artículo 13 revisado[1277], titulado «El caso específico de las personas vulnerables», tenía por finalidad hacer extensiva a todas las «personas vulnerables» la protección que el antiguo proyecto de artículo 12 reservaba a los niños en vías de expulsión. Mientras que el párrafo 1 indicaba las personas a las que se refería, el párrafo 2 era nuevo y sustituía el párrafo 2 del antiguo proyecto de artículo. Subrayaba que lo que debía prevalecer en caso de expulsión de un niño era el interés superior de este, principio que podía exigir asimismo, en ciertos casos, que el niño estuviera privado de libertad en las mismas condiciones que un adulto para no estar separado de este.

123. Los proyectos de artículos 14 y 15 revisados constituían la sección C, dedicada a la «Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino».

124. El proyecto de artículo 14 revisado[1278], que se titulaba «Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino», era una reformulación del antiguo proyecto de artículo 9, y en particular de su párrafo 1. El Relator Especial se había esforzado por tener en cuenta el deseo expresado por algunos miembros de la Comisión de hacer extensivo el alcance de la protección del derecho a la vida a todas las personas expulsadas. Esta disposición de alcance general abarcaba asimismo la situación de los solicitantes de asilo que, por consiguiente, no requería ya un trato especial. Algunos miembros querían que el alcance del principio de no devolución se hiciera extensivo a todas las personas expulsadas o en vías de expulsión, estuvieran en situación legal o no. El principio de no devolución, que había sido en sus orígenes un principio fundamental del derecho internacional de los refugiados, había traspasado luego las fronteras de ese ámbito del derecho para integrarse en el derecho internacional humanitario y convertirse también en parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos. A juicio del Relator Especial, los argumentos extraídos de diversos instrumentos jurídicos universales y de sistemas jurídicos regionales incidentes constituían una base suficiente para la norma enunciada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14.

125. Pese a la preferencia expresada por algunos miembros de la Comisión por una formulación tendente a la prohibición de la pena de muerte, el Relator Especial no había creído oportuno introducir esas modificaciones en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, por las razones expuestas en el párrafo 58 de su quinto informe. El párrafo 3, que hacía extensiva dicha protección a los apátridas, se había agregado para responder a una inquietud expresada en la Comisión.

126. El proyecto de artículo 15 revisado[1279], que se titulaba «Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Estado de destino», correspondía al antiguo proyecto de artículo 11, que se había dividido en dos ante la necesidad expresada por ciertos miembros de la Comisión de distinguir la protección de los derechos humanos del extranjero expulsado o en vías de expulsión en el Estado autor de la expulsión y en el Estado de destino. Así pues, el nuevo texto del proyecto de artículo 15 reproducía los párrafos 2 y 3 del antiguo proyecto de artículo 11, con la adición, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 15, de las palabras «y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada»,

[1276] El proyecto de artículo 12 revisado decía así:

«*Obligación de respetar el derecho a la vida familiar*

1. El Estado autor de la expulsión respetará el derecho a la vida familiar de la persona expulsada o en vías de expulsión.

2. Dicho Estado solo podrá dejar sin efecto el derecho a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo en los casos previstos por el derecho internacional y manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión.»

[1277] El proyecto de artículo 13 revisado decía así:

«*El caso específico de las personas vulnerables*

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las mujeres embarazadas, expulsados o en vías de expulsión deberán ser considerados, tratados y protegidos como tales, sea cual fuere el carácter de su estancia.

2. En particular, toda medida relativa a un niño expulsado o en vías de expulsión deberá tomarse en el interés superior del niño.»

[1278] El proyecto de artículo 14 revisado decía así:

«*Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino*

1. Nadie podrá ser expulsado o devuelto a un Estado donde su derecho a la vida o su libertad personal estén en peligro de ser violados por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

2. El Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a un extranjero condenado a muerte a un Estado en que esa persona corra el riesgo de ser ejecutada sin obtener antes garantías de que no se ejecutará la pena capital.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo se aplican igualmente a la expulsión de un apátrida que se encuentre en el territorio del Estado autor de la expulsión.»

[1279] El proyecto de artículo 15 revisado decía así:

«*Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Estado de destino*

1. Un Estado no podrá expulsar a una persona a un país en que exista un riesgo real de que sea sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se aplicará igualmente cuando el riesgo emane de personas o grupos de personas que actúen a título particular, y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada.»

a fin de reflejar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *H. R. L.* c. *Francia*[1280].

127. Por último, el proyecto de artículo 16[1281], titulado «Aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el Estado de tránsito», era nuevo y tenía por finalidad hacer extensivo el conjunto de disposiciones destinadas a proteger los derechos de la persona expulsada a todo el proceso de expulsión y a la totalidad del recorrido desde el Estado autor de la expulsión al Estado de destino.

b) *Resumen del debate*

128. Varios miembros expresaron su apoyo a los proyectos de artículo revisados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, en los que el Relator Especial había tenido en cuenta la mayoría de los comentarios formulados durante el debate celebrado en el 61.º período de sesiones de la Comisión. Sin embargo, se observó que convenía guardar prudencia en cuanto al nivel de protección que debía darse a las personas en el proyecto de artículos, ya que la Comisión debía enunciar principios del derecho internacional general y no elaborar un instrumento de protección de los derechos humanos que cada Estado pudiera libremente aceptar o rechazar.

129. En cuanto al proyecto de artículo 9, relativo a la obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión, algunos miembros reiteraron su opinión de que la dignidad humana era un principio general del que emanaban todos los derechos humanos y no un derecho humano específico. Se sugirió que se enunciara la exigencia del respeto de la dignidad en una sección introductoria del proyecto de artículos, tal vez entre los principios. También se mencionó que ciertos aspectos de la protección de la dignidad estaban recogidos en el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, que prohibía la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Según otra opinión, la noción de dignidad revestía especial importancia en el contexto de la expulsión, pues, a menudo, los extranjeros en espera de ser expulsados eran objeto de agresiones a su dignidad que no constituían necesariamente una violación de un derecho humano específico. Con respecto a la formulación del proyecto de artículo 9, se insistió en que la dignidad a la que se hacía referencia en ese contexto era la misma para todos los seres humanos y no debía confundirse con percepciones individuales de honor o el orgullo, que podían variar de una persona a otra. Así pues, se propuso que se reprodujera en el proyecto de artículo 9 la fórmula del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que se hiciera referencia al «respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

130. En lo que respecta al proyecto de artículo 10, relativo a la no discriminación, se señaló que la versión revisada no tenía debidamente en cuenta las inquietudes de algunos miembros de la Comisión, que estimaban que podían existir razones legítimas para tratar de manera diferente a diferentes grupos de extranjeros en lo que se refiere a la expulsión, por ejemplo a los nacionales de Estados miembros o no miembros de la Unión Europea, o a nacionales a los que le fuera aplicable un acuerdo de readmisión. Se propuso que, en el comentario, se reconociera la posibilidad de realizar una «discriminación positiva» en razón de la existencia de normas sobre la libre circulación de las personas. También se expresaron ciertas dudas sobre el sentido y el alcance del párrafo 2. En particular se observó que se podían aplicar procedimientos de expulsión diferentes en función de la legalidad o no de la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión.

131. En cuanto al proyecto de artículo 11, se dijo que era importante asegurarse de que la obligación de los Estados de respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos no se limitara a los ámbitos en que ejercían su jurisdicción territorial. De manera más general, se sugirió que se aclarase las referencias a las nociones de «territorio» y «jurisdicción».

132. En relación con el proyecto de artículo 12, se observó que la referencia a los «casos previstos por el derecho internacional» era más bien vaga.

133. Con respecto al proyecto de artículo 14, algunos miembros propusieron que se reforzara la protección recogida en el párrafo 2. Se reiteró la propuesta de ampliar el alcance de la protección ofrecida en ese párrafo a las situaciones en que no se haya impuesto una pena de muerte a un el extranjero pero existía el riesgo de que pudiera hacerse en el Estado de destino. Además, se expresaron dudas sobre la necesidad de un párrafo 3 dedicado específicamente a los apátridas.

134. En cuanto al proyecto de artículo 15, se expresaron dudas sobre la formulación, demasiado amplia, de su párrafo 2, relativo a las situaciones en que el riesgo de sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes provenía de personas que actuaban a título privado.

2. Examen del sexto informe del Relator Especial

a) *Presentación del Relator Especial*

135. El sexto informe (A/CN.4/625 y Add.1 y 2) continuaba con el estudio de las «normas generales» y, en su adición 1, se abordaban las normas de procedimiento en materia de expulsión. En cuanto al análisis de las legislaciones nacionales en particular, el Relator Especial se había basado en el estudio de la Secretaría sobre el tema[1282].

136. En primer lugar, el Relator Especial había retomado la cuestión de la expulsión colectiva para disipar ciertas reticencias expresadas por algunos miembros respecto del párrafo 3 del proyecto de artículo 7, propuesto en el tercer informe[1283] y remitido al Comité de Redacción por la Comisión en 2007[1284]. Esa disposición limitaba la posibilidad de expulsar colectivamente a los extranjeros nacionales

[1280] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *H. R. L.* c. *France*, decisión de 29 de abril de 1997, *Recueil des arrêts et décisions, 1997-III*, pág. 745, en particular pág. 758, párr. 40.

[1281] El proyecto de artículo 16 decía así:

«*Aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el Estado de tránsito*

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán también a la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de tránsito.»

[1282] Véase la nota 1251 *supra*.

[1283] Véase la nota 1253 *supra*.

[1284] Véase el texto en *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), nota 325.

de un Estado inmerso en un conflicto armado a los casos en que esos extranjeros «se muestren hostiles, como grupo, hacia el Estado de acogida». Tras analizar las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, el Relator Especial había llegado a la conclusión de que la disposición no era contraria al derecho internacional humanitario.

137. En el informe se trataba a continuación el tema de «la expulsión encubierta», expresión utilizada en ese contexto para designar situaciones en que un Estado colaboraba en la comisión de actos por sus ciudadanos con el fin de obligar a un extranjero a abandonar su territorio o de provocar la salida de esa persona, o toleraba esos actos. Ese tipo de expulsión era, por naturaleza, contraria al derecho internacional por cuanto atentaba contra los derechos humanos de la persona expulsada y no respetaba las normas de procedimiento que garantizaban a la persona expulsada la posibilidad de defender sus derechos. Por consiguiente, el párrafo 1 del proyecto de artículo A[1285] prohibía la expulsión encubierta, tal como se definía en el párrafo 2.

138. En el sexto informe se trataba también la cuestión de la extradición encubierta como expulsión. En el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional, el proyecto de artículo 8[1286] establecía la prohibición de esa práctica, que había sido condenada por algunos tribunales nacionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su fallo en el asunto *Bozano*[1287]. No obstante, cabía observar que en la extradición encubierta como expulsión el principal motivo de la expulsión era la extradición; en otras palabras, la expulsión tenía por objeto eludir las disposiciones del derecho interno que permitían impugnar la legalidad del procedimiento de extradición. A este respecto, la jurisprudencia nacional se basaba en particular en el objeto de la expulsión y la intención de los Estados en cuestión.

139. El sexto informe contenía, pues, extensas consideraciones sobre los motivos de expulsión. Los motivos recogidos en las convenciones internacionales y en la jurisprudencia internacional parecían limitarse esencialmente al orden público y la seguridad nacional. Sin embargo, las legislaciones nacionales preveían otros motivos de diversa naturaleza. La jurisprudencia internacional proporcionaba escasas precisiones sobre el contenido de las nociones de orden público y seguridad nacional, cuya determinación se dejaba en gran medida al derecho interno. En esas condiciones, el Relator Especial consideraba que era prácticamente imposible hacer una enumeración exhaustiva de los motivos de expulsión. No obstante, había examinado los criterios para evaluar los motivos de expulsión atendidos en la jurisprudencia y la doctrina nacionales, regionales e internacionales.

140. A la luz de estas consideraciones, el Relator Especial había propuesto un proyecto de artículo 9[1288] relativo a los diversos aspectos de los motivos de expulsión y su evaluación, que probablemente era preciso aclarar en el comentario. En el párrafo 1 se enunciaba la exigencia de que toda decisión de expulsión estuviera motivada. El párrafo 2 establecía que el orden público y la seguridad nacional eran los motivos que podían justificar la expulsión de un extranjero, si bien especificaba que la expulsión debía realizarse de conformidad con la ley. En el párrafo 3 se decía que el motivo de expulsión alegado debía ajustarse al derecho internacional. Finalmente, el párrafo 4 enumeraba ciertos requisitos para la determinación por el Estado del motivo de la expulsión: debe hacerse de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza que suponen, y a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona de que se trate.

141. El sexto informe abordaba también las condiciones de detención de la persona en vías de expulsión. El proyecto de artículo B[1289] se titulaba inicialmente «Obliga-

[1285] El proyecto de artículo A decía así:

«*Prohibición de la expulsión encubierta*

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.

2. A efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio.»

[1286] El proyecto de artículo 8 decía así:

«*Prohibición de la extradición encubierta como expulsión*

Sin perjuicio del procedimiento normal de extradición, no se deberá expulsar a un extranjero, sin su consentimiento, a un Estado que haya solicitado su extradición ni a un Estado que tenga un interés particular en responder favorablemente a esa solicitud.»

[1287] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano* c. *France*, fallo de 18 de diciembre de 1986, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 111, párr. 60.

[1288] El proyecto de artículo 9 decía así:

«*Motivos de expulsión*

1. Toda decisión de expulsión deberá estar motivada.

2. Un Estado podrá, en particular, expulsar a un extranjero por motivos de orden público o de seguridad pública, de conformidad con la ley.

3. Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.

4. El motivo de expulsión deberá ser evaluado de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza que suponen, a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona de que se trate.»

[1289] El proyecto de artículo B, tal como figuraba en el sexto informe, decía así:

«*Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión*

1. La expulsión de un extranjero deberá realizarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Deberá llevarse a cabo con humanidad, sin rigores innecesarios y respetando la dignidad de la persona de que se trate.

2. *a*) La detención de un extranjero con miras a su expulsión deberá realizarse en un lugar adecuado, distinto del lugar en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad, y respetando los derechos humanos de la persona de que se trate.

b) La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

3. *a*) El período de detención no podrá ser indefinido. Deberá limitarse al tiempo razonablemente necesario para ejecutar la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.

b) La prolongación del período de detención solo podrá ser decidida por un órgano judicial o por una persona que pueda ejercer funciones judiciales.

4. *a*) La decisión de detención deberá examinarse periódicamente, en plazos determinados, sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) Se pondrá fin a la detención cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos que no sean imputables a la persona de que se trate.»

ción de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión» y comprendía cuatro párrafos. No obstante, el Relator Especial había decidido presentar una versión revisada de ese proyecto de artículo[1290] a la Comisión, durante el período de sesiones, en la que se modificaba el título y se suprimía el párrafo 1. Con esos cambios se pretendía circunscribir el alcance de la disposición al tema de la detención en espera de la expulsión a fin de evitar cualquier solapamiento con los proyectos de artículo que enunciaban, en términos generales, la obligación de respetar los derechos humanos y la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión[1291]. El proyecto de artículo B codificaba normas que ya estaban expresamente enunciadas en ciertos instrumentos jurídicos internacionales, consagradas por la jurisprudencia internacional, o incluso regional, o reconocidas en la mayor parte de las legislaciones nacionales.

142. En la adición 1 a su sexto informe (A/CN.4/625/Add.1) el Relator Especial había examinado la cuestión de los procedimientos de expulsión. En ese contexto había estudiado en primer lugar la distinción entre los extranjeros que se encontraban en el territorio de un Estado en situación legal y los que estaban en situación ilegal, una distinción que se basaba, por lo menos implícitamente, en una serie de instrumentos internacionales y que estaba ampliamente consagrada en la práctica de los Estados. En opinión del Relator Especial, si bien se trataba de una distinción de innegable pertinencia en lo referente a las normas de procedimiento, no debía tenerse en consideración en relación con los derechos humanos de la persona expulsada.

143. Los procedimientos aplicables a la expulsión de los extranjeros que se encontraban de manera ilegal en el territorio del Estado autor de la expulsión variaban considerablemente de un Estado a otro, por lo que el Relator Especial había llegado a la conclusión de que era mejor dejar que las legislaciones nacionales se encargaran de regularlos, sin perjuicio del derecho de un Estado a ofrecer a esos extranjeros las mismas garantías que a los que estuvieran legalmente en su territorio. Ese era el sentido del proyecto de artículo A1[1292], en el que, con la salvedad indicada, se limitaba el alcance de los proyectos de artículos siguientes a los extranjeros que se encontraran legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión.

144. Las garantías enunciadas en los proyectos de artículos B1 y C1 con respecto a los extranjeros en situación regular procedían de las disposiciones de varios instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, entre los cuales cabía destacar el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El proyecto de artículo B1[1293] consagraba la garantía fundamental según la cual la expulsión solo podía realizarse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Consagrada en instrumentos universales y regionales, así como en varias legislaciones nacionales, esa garantía también se fundaba en el principio según el cual el Estado debía respetar las normas que había dictado (*patere legem* o *patere regulam quam fecisti*).

145. Los extranjeros que se hallaran legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión gozaban además de ciertas garantías procesales enumeradas en el proyecto de artículo C1[1294]. La mayoría de ellas se fundaban no solo en las leyes nacionales, sino también en el derecho convencional. Si bien carecía de un fundamento explícito en el derecho convencional y en la jurisprudencia internacional, el derecho a la asistencia jurídica estaba consagrado en varias legislaciones nacionales, así como en el en el derecho de la Unión Europea; el derecho a la asistencia jurídica figuraba en la lista del proyecto de artículo C1 en el marco del desarrollo progresivo. El derecho a la traducción y a la interpretación podía describirse como un principio generalmente reconocido en los procedimientos judiciales.

[1290] En su versión revisada, el proyecto de artículo B decía así:

«*Obligación de respetar los derechos humanos de los extranjeros detenidos en espera de expulsión*

1. *a*) Los extranjeros en espera de expulsión deberán estar detenidos en un lugar adecuado que no sea aquel en el que están detenidas las personas condenadas a penas de privación de libertad, y deberán respetarse sus derechos humanos.

b) La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá revestir un carácter punitivo.

2. *a*) La detención no podrá ser de duración ilimitada, sino que deberá circunscribirse al período que sea razonablemente necesario para la ejecución de la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.

b) La prolongación de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales.

3. *a*) La decisión de detener a un extranjero deberá ser objeto de examen periódico a intervalos determinados, y basarse en criterios precisos definidos por la ley.

b) La detención quedará sin efecto cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos ajenos a la voluntad de la persona interesada.»

[1291] Se trataba de los proyectos de artículo 8 y 9, en su versión revisada, presentados por el Relator Especial en el documento A/CN.4/617 (véase la nota 1260 *supra*); véanse también las notas 1272 y 1273 *supra*.

[1292] El proyecto de artículo A1 decía así:

«*Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento*

1. Los proyectos de artículos de la presente parte se aplican en caso de expulsión de un extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio del Estado que lo expulsa.

2. Sin embargo, un Estado puede aplicarlas también a la expulsión de un extranjero que haya entrado ilegalmente en su territorio, en particular cuando dicho extranjero goza en él de un estatuto particular previsto en la ley, o cuando ha residido allí durante cierto tiempo.»

[1293] El proyecto de artículo B1 decía así:

«*Obligación de conformidad con la ley*

El extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.»

[1294] El proyecto de artículo C1 decía así:

«*Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión*

1. El extranjero sujeto a expulsión goza de los siguientes derechos procesales:

a) el derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;

b) el derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión];

c) el derecho a ser oído;

d) el derecho a acceder sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;

e) el derecho a la protección consular;

f) el derecho a un asesor;

g) el derecho a asistencia jurídica;

h) el derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda.

2. Los derechos enumerados en el párrafo 1 *supra* son sin perjuicio de las demás garantías procesales previstas en la ley.»

146. El Relator Especial dijo también que había concluido la segunda adición a su sexto informe (A/CN.4/625/Add.2) en la que se abordaban las consecuencias jurídicas de la expulsión, que la Comisión podría examinar en su 63.º período de sesiones.

b) *Resumen del debate*

147. En cuanto al método, se sugirió que se considerase la posibilidad de reordenar los proyectos de artículos en cinco partes: una primera parte sobre el alcance de los proyectos de artículo y sobre la definición de «expulsión»; una segunda sobre las condiciones sustantivas que se debían cumplir para que una expulsión se ajustase al derecho internacional; una tercera relativa a los aspectos procesales; una cuarta dedicada a los bienes de la persona expulsada, y una quinta parte sobre las obligaciones jurídicas del Estado de tránsito y de destino.

148. Aunque se había expresado dudas con respecto a la pertinencia de algunas fuentes y la fiabilidad de alguna información utilizada en el sexto informe, se destacó también la riqueza y la representatividad de los materiales utilizados. No obstante, se dijo que el informe habría podido tener más en cuenta la práctica de los Estados de ciertas regiones del mundo y las posiciones expresadas por ellos en foros internacionales. Se observó que el hecho de que no se hubieran obtenido conclusiones definitivas en las fuentes consultadas, tal vez indicara que el tema no había alcanzado la madurez necesaria para su codificación; por tanto, se trataba más bien de identificar y recomendar normas aceptadas en una práctica razonablemente unívoca. Asimismo se reiteró la opinión de que el tema se prestaba más a una negociación política que a un ejercicio de codificación y desarrollo progresivo.

149. Se había señalado que era preciso ser prudente al considerar la práctica y la jurisprudencia relativa a ciertos regímenes especiales, como el derecho de los refugiados, los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos, el derecho de la Unión Europea; por lo demás, tal vez convendría introducir en el proyecto de artículos una cláusula de salvaguardia indicando que no se trataba de reducir la protección ofrecida por los regímenes especiales.

150. Varios miembros respaldaron el proyecto de artículo A, relativo a la prohibición de la expulsión encubierta, aunque algunos de ellos consideraron que era conveniente emplear otra terminología para describir las situaciones a que se refería esa disposición. En ese contexto se sugirió que se usaran las expresiones «expulsión informal», «expulsión indirecta», «expulsión *de facto*» o, «expulsión implícita». Hubo sin embargo quien opinó que los supuestos contemplados en el sexto informe en relación con este proyecto de artículo eran muy diversos; de ahí que fuera conveniente también reformular esa disposición partiendo de la premisa de que el comportamiento de un Estado cuya intención sea provocar la expulsión de un extranjero deberá tratarse como expulsión, independientemente de la forma que revista. Según un punto de vista diferente, el verdadero problema que se planteaba en los supuestos contemplados en el informe, derivaba de la violación de las garantías procesales y materiales de la persona que se pretendía expulsar. Sería preferible, por tanto, limitarse a incluir, en el proyecto de artículos, una disposición en que se enunciaran las condiciones que debían cumplirse para expulsar a un extranjero.

151. Varios miembros se adhirieron a la opinión del Relator Especial de que la expulsión encubierta era por su naturaleza contraria al derecho internacional, ya que violaba todas las garantías procesales e impedía que se protegieran los derechos de la persona expulsada. Se sugirió además que se precisara que la prohibición enunciada en el proyecto de artículo A se extendía igualmente a los Estados de tránsito y de destino.

152. En cuanto a la definición de la expulsión encubierta que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo A, se criticó el uso de la expresión «salida forzosa», y se subrayó que la prohibición en cuestión debía abarcar también las situaciones en las que un extranjero se viera obligado, aun cuando no se recurriera a la fuerza física, a abandonar el territorio de un Estado. Algunos miembros insistieron en que debía distinguirse entre los supuestos contemplados en ese proyecto de artículo y otros supuestos, como determinados incentivos para que se abandone un país, que no podían necesariamente recibir el tratamiento de una expulsión encubierta. A propósito de la definición se observó asimismo que las palabras «acciones u omisiones» no eran claras y no permitían distinguir adecuadamente entre la expulsión encubierta y la expulsión ordinaria. Por otra parte, se consideró que la definición propuesta iba demasiado lejos en la medida que incluía también supuestos que eran difíciles de verificar objetivamente, como el del Estado que «apoya o tolera acciones cometidas por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de los individuos de su territorio».

153. Algunos miembros respaldaron, en cuanto desarrollo progresivo del derecho internacional, el proyecto de artículo 8, contenido en el sexto informe, relativo a la prohibición de la extradición encubierta como expulsión. Se observó a este respecto que correspondía incluir en el proyecto una disposición relativa a la extradición encubierta, dado que su finalidad era prohibir la expulsión por motivos distintos de los que normalmente podrían justificar una medida de ese tipo. Se planteó asimismo la cuestión de si el Relator Especial pretendía abordar la cuestión de los fundamentos del principio *male captus bene detentus*. No obstante, otros oradores cuestionaron la conveniencia de incluir el proyecto de artículo, aun como desarrollo progresivo; observaron, en particular, que no procedía incluir, entre los proyectos de artículo, una disposición que se refería más bien al tema de la extradición que al de la expulsión. Se hizo notar que esto quedaba claro, ya que el objetivo del proyecto de artículo era proteger la integridad del régimen de extradición.

154. Según algunos miembros, el artículo 8, en la forma propuesta por el Relator Especial, tenía un alcance demasiado amplio. Se observó que esa forma de expulsión no estaba prohibida en forma categórica por la jurisprudencia, en particular la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se propuso por ello que esa disposición se redactara de manera menos amplia y más precisa. Según una opinión convendría limitar el alcance de esa disposición con una referencia al criterio de la *intención* a fin de prohibir el uso por un Estado del procedimiento de

expulsión para soslayar las limitaciones a la extradición resultantes de sus obligaciones internacionales o de su propia legislación. Se propuso además que se invirtiera la formulación de esa regla para que dijera que podrá expulsarse a un extranjero cuando se den las condiciones para su expulsión, independientemente del hecho, o de la posibilidad, de que el extranjero en cuestión sea objeto de una solicitud de extradición.

155. Algunos miembros expresaron su apoyo al proyecto de artículo 9. Se observó que el párrafo 1, en que se enunciaba el requisito de que toda decisión de expulsión debe ser fundada, recogía una norma establecida de derecho internacional.

156. Algunos miembros expresaron su apoyo asimismo al párrafo 2 del proyecto de artículo 9, que concedía especial importancia a los motivos de orden público y de seguridad nacional, sin excluir otros motivos, y que establecía también la condición de que la expulsión se ajuste a derecho. Se observó que, si bien los motivos relativos al orden público y a la seguridad nacional eran ciertamente los más importantes, no eran los únicos, y que elaborar una lista supuestamente exhaustiva de motivos de expulsión limitaría indebidamente la discrecionalidad de que debía gozar el Estado autor de la expulsión para determinar esos motivos. Según otra opinión era dudoso que el orden público y la seguridad nacional pudieran constituir el denominador común de todos los motivos de expulsión. Algunos miembros sugirieron que se incluyera una referencia a otros motivos, como la condena por un delito grave, la entrada ilegal, la violación de normas administrativas importantes y las consideraciones de salud pública. Se propuso también que se dijera claramente que toda expulsión debía basarse en un motivo legítimo y que todo motivo de expulsión debía determinarse de conformidad con la ley.

157. Según otra opinión deberían limitarse los motivos de expulsión al interés público y la seguridad nacional, al menos con miras al desarrollo progresivo.

158. Varios oradores subrayaron, a propósito de los motivos de expulsión, la importancia de la distinción entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, distinción que se confirmaba en numerosas ocasiones en la práctica de los Estados. Se observó a ese respecto que el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio del Estado constituía, según la legislación de varios Estados, motivo de expulsión suficiente, en tanto en cuanto se respetaran las garantías procesales previstas en el derecho internacional y en el derecho interno.

159. Se sugirió que se dieran más detalles, en el texto o en el comentario, sobre los motivos de expulsión contrarios al derecho internacional. En particular, algunos oradores subrayaron que alegar motivos de carácter cultural para justificar la expulsión, argumento que servía para limitar el número de trabajadores extranjeros en el país, estaba prohibido por el derecho internacional por infringir el principio de no discriminación. Se mencionó asimismo la ilegalidad de la expulsión como represalia, y se sugirió que se excluyera la expulsión por motivos de moralidad.

160. Varios oradores se mostraron partidarios de mantener el párrafo 3 del proyecto de artículo 9, en que se establecía que los motivos de expulsión debían ajustarse al derecho internacional, y se enunciaban los criterios para valorar los motivos de expulsión que figuraban en el párrafo 4 de esa disposición.

161. Algunos oradores respaldaron el proyecto de artículo B, relativo a las condiciones de detención de una persona expulsada o en vías de expulsión. Se celebró en particular que en ese proyecto de artículo se abordara especialmente el grave problema de la duración prolongada o ilimitada de la detención, y que se enunciaran normas procesales para garantizar en mayor medida las condiciones de detención de los extranjeros. Según otros oradores las normas que figuraban en el proyecto de artículo B carecían de flexibilidad o eran demasiado detalladas; eso ocurría en particular en el caso del requisito de que la detención de un extranjero en vías de expulsión, se haga en un lugar distinto de aquel en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad. Se sugirió asimismo que, en algunos casos, la detención de extranjeros en situación irregular podía ser necesaria a efectos de determinar los hechos, o incluso con el fin de proteger a esas personas.

162. En cuanto a las normas de procedimiento aplicables a la expulsión, algunos miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que se debería distinguir entre los extranjeros en situación legal (o regular) y los extranjeros en situación ilegal (o irregular). Varios miembros observaron que esa diferencia estaba recogida en diversos instrumentos internacionales, en la jurisprudencia internacional y en las legislaciones y la jurisprudencia nacionales.

163. Si bien algunos miembros se mostraron partidarios del proyecto de artículo A1, otros opinaron que, en el contexto de la expulsión, se debían reconocer asimismo ciertas garantías procesales a los extranjeros que se hallaran ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión. Se observó que el párrafo 2 del proyecto de artículo A1 era inadecuado en ese sentido ya que, al limitarse a reconocer que el Estado autor de la expulsión estaba facultado para conceder determinadas garantías procesales a ciertos extranjeros en situación irregular, no hacía sino constatar algo evidente.

164. Entre otras cosas, se sugirió que se reconociera a los extranjeros que se hallaran ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión el derecho a una valoración equitativa de las condiciones de expulsión por una autoridad competente. Varios oradores consideraron además que el proyecto de artículo B1, según el cual la decisión de expulsión debía tomarse de conformidad con la ley, debía aplicarse también a los extranjeros en situación irregular en el territorio del Estado de la expulsión. Algunos oradores consideraron además que ciertas garantías procesales enunciadas en el proyecto de artículo C1 debían extenderse asimismo a los extranjeros en situación ilegal. Se observó que tal era el caso en relación con el derecho a recibir una notificación de la decisión de expulsión (aun cuando cabían diferenciaciones con respecto al alcance de este derecho), el derecho a ser oído, el derecho a la traducción y el derecho a la protección consular. Por otra parte, se dijo que no había

elementos suficientes en la práctica internacional y nacional para extender a los extranjeros en situación irregular el derecho a medios efectivos para recurrir una decisión de expulsión. Según otro punto de vista, sería preferible conceder a los extranjeros en situación irregular los mismos derechos procesales que se reconocían a los extranjeros en situación regular.

165. Se observó que la necesidad de conceder ciertas garantías a todos los extranjeros se desprendía del concepto mismo de estado de derecho. Se observó asimismo que no siempre era fácil distinguir entre extranjeros presentes legal o ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión, entre otras razones porque la presencia de un extranjero en situación irregular podía ser tolerada, e incluso promovida por el Estado en cuestión. Además, algunos oradores estimaron que los extranjeros presentes ilegalmente durante cierto tiempo en el territorio del Estado autor de la expulsión debían distinguirse de los extranjeros que habían llegado recientemente, y que aquellos merecían un trato intermedio entre el concedido a estos y el concedido a los extranjeros en situación regular; esto era tanto más cierto en lo supuestos en que la presencia de esos extranjeros había sido tolerada por el Estado autor de la expulsión. Según otra opinión, la cuestión de si era conveniente dar un trato más favorable a los extranjeros que habían estado ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión durante un cierto tiempo correspondía exclusivamente a la legislación nacional del Estado en cuestión.

166. En cuanto a la terminología, se sugirió que se elaborara una definición de «extranjero en situación legal (o regular) en el territorio del Estado autor de la expulsión» inspirándose en la propuesta de la adición 1 del sexto informe (A/CN.4/625/Add.1, bajo el epígrafe «Aclaración semántica de las nociones de extranjero “residente” o “que se halla legalmente” o “ilegalmente” en el territorio de un Estado»), que hacía referencia al «extranjero que reúne las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación de dicho Estado». Además, algunos oradores insistieron en que convenía evitar el recurso a expresiones que pudieran tener una connotación peyorativa, como la de «extranjero ilegal (o irregular)». De hecho, solo la presencia del extranjero en el territorio del Estado podía calificarse de ilegal o irregular.

167. También se sugirió que se aclarase en los proyectos de artículo que un Estado no estaba facultado para cambiar la condición de un extranjero con el fin de evitar concederle las garantías procesales de las que gozaban los extranjeros que se encontraban legalmente en su territorio. Se recordó asimismo la posición del Comité de Derechos Humanos, según la cual los derechos reconocidos a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables igualmente en caso de que se ponga en entredicho la legalidad de la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión[1295].

168. Varios miembros apoyaron en general el proyecto de artículo C1, en que se enunciaban diversos derechos procesales aplicables a los extranjeros que se hallaran presentes legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión y se enfrentaran a la posibilidad de ser expulsados. Algunos miembros consideraron no obstante que convenía introducir en esa disposición la excepción relativa a la seguridad nacional que figuraba en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

169. En cuanto a las diversas garantías procesales enunciadas en el proyecto de artículo C1, se sugirió que en el párrafo 1 *b* hiciera referencia al derecho a recurrir la *decisión* de expulsión en lugar de la expulsión misma. En cuanto a la protección consular, se sugirió que en el comentario se hiciera referencia al artículo 5 *e* de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, y se mencionara la obligación del Estado de informar a la persona que se enfrenta a la posibilidad de ser expulsada de su derecho a la protección consular. En cuanto al derecho a acceder sin discriminación a medios efectivos para recurrir la decisión de expulsión, se observó que, en este contexto, la no discriminación debe entenderse entre extranjeros y no en referencia a un principio de trato en el ámbito nacional.

170. Algunos miembros opinaban no obstante que ciertos derechos procesales enunciados en el proyecto de artículo C1 no estaban claramente establecidos en el derecho internacional. En su opinión, así ocurría con el derecho a la asistencia jurídica, que podía plantear dificultades financieras a algunos Estados. Se sugirió que se concibiera esa garantía como una cuestión de trato en el ámbito nacional: en la medida en que los mecanismos de asistencia jurídica existieran en el Estado autor de la expulsión, el extranjero en cuestión debía tener acceso a ellos sin discriminación. Otra propuesta fue que en el proyecto de artículo C1 se previera la asistencia jurídica en la mayor medida posible teniendo en cuenta los recursos del Estado autor de la expulsión. También se dijo que el derecho de ser oído en el contexto de un procedimiento administrativo como la expulsión, el derecho a asesoramiento y el derecho a la traducción y a la interpretación no estaban claramente establecidos en derecho internacional.

171. Algunos oradores consideraron que, interpretando el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cabía recoger el derecho a que se suspendiera la ejecución de una decisión de expulsión hasta que dicha decisión fuera definitiva, a menos que se existieran razones imperiosas de seguridad nacional.

172. Finalmente, se propuso que se incluyera la expresión «entre otros» en el encabezamiento del párrafo 1 del proyecto de artículo C1 con el fin de subrayar el carácter no exhaustivo de la lista de derechos procesales recogidos en esa disposición.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

173. El Relator Especial respondió a varios comentarios generales que se habían hecho durante el debate. En respuesta a la observación de que el tema era más adecuado

[1295] Comité de Derechos Humanos, Comentario general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto), 11 de abril de 1986, párr. 9: «No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13» (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/41/40), anexo VI, pág. 121).

para la negociación política que para un ejercicio de codificación y desarrollo progresivo, señaló que todos los temas que examinaba la Comisión eran en realidad, sin excepción alguna, susceptibles de negociación. El Relator Especial recordó que la metodología seguida en sus informes era la de examinar en primer lugar las fuentes del derecho internacional reconocidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; únicamente cuando no se desprendía norma alguna de ninguna de esas fuentes, podía recurrirse a la práctica interna para proponer proyectos de artículo en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional. En respuesta a algunas críticas sobre el modo en que había empleado las fuentes en su sexto informe, el Relator Especial explicó que había tratado de hacer el mejor uso posible del material disponible, cuyas fuentes había citado siempre con claridad, y que había mencionado específicamente en su informe que los supuestos contemplados no eran exhaustivos y, en modo alguno, se había tratado de estigmatizar a los países mencionados. Partiendo de la información disponible, el Relator Especial había intentado también tener en cuenta la jurisprudencia de varias regiones, así como las posiciones y la práctica de Estados pertenecientes a varias regiones del mundo. Por último, el examen de fuentes antiguas que, en algunos casos, parecía inevitable, no era en absoluto anacrónico; su finalidad era ofrecer una visión de la evolución del tema.

174. En cuanto a la propuesta de reordenar el proyecto de artículos, en opinión del Relator Especial sería mejor, en esta etapa, seguir trabajando sobre la base del plan de trabajo revisado[1296]. Una vez que se hubieran redactado todos los artículos, podría reordenarse, de manera lógica y coherente, todo el proyecto de artículos.

175. En cuanto al proyecto de artículo A, sobre la expulsión encubierta, el Relator Especial no se oponía necesariamente a que se reemplazara la expresión «expulsión encubierta» por una equivalente a la expresión *constructive expulsion* («explusión implícita») del inglés, arraigada en la jurisprudencia arbitral, si se podía encontrar ese equivalente. Si bien reconocía que se podía suprimir el párrafo 2, dado que duplicaba la definición de expulsión que figuraba en el proyecto de artículo 2 del segundo informe[1297], remitida en su versión revisada[1298] al Comité de Redacción en 2007, el Relator Especial seguía pensando que era necesario que hubiera un proyecto de artículo en que se prohibiera esa forma de expulsión, que violaba todas las normas procesales y que no protegía en absoluto a la persona que iba a ser expulsada.

176. El Relator Especial no compartía la opinión de los miembros de la Comisión que pensaban que el proyecto de artículo 8 sobre la extradición encubierta como expulsión se salía del ámbito de aplicación del proyecto. No obstante, a fin de tener en cuenta los comentarios formulados por algunos miembros, había presentado una versión revisada de ese proyecto de artículo[1299].

177. Con respecto al proyecto de artículo 9, sobre los motivos de expulsión, el Relator Especial no era partidario de limitar esos motivos al orden público y la seguridad nacional. El estudio en profundidad de los motivos de expulsión hecho en el sexto informe indicaba que sería imprudente reducir todos los motivos de expulsión a esos dos. Sería mejor dejar el tema abierto en el proyecto de artículo 9, limitándose a decir que los motivos en cuestión no debían ser contrarios al derecho internacional. El Relator Especial había tomado nota de las observaciones sobre la contribución de la Corte Internacional de Justicia a la aclaración del concepto de seguridad nacional, y los elementos pertinentes de esa contribución se reflejarían en el comentario.

178. Aunque algunos miembros habían dicho que el proyecto de artículo B1 era demasiado detallado, las garantías recogidas en esa disposición provenían de la jurisprudencia y estaban relacionadas con el hecho de que la expulsión y, por consiguiente, la detención con miras a la expulsión, no tenían carácter punitivo. No obstante, tal vez el Comité de Redacción pudiera encontrar una formulación más general.

179. En cuanto a las garantías procesales en relación con la expulsión, la Comisión había acogido favorablemente las orientaciones generales propuestas en la adición 1 del sexto informe, incluida la necesidad de distinguir entre los extranjeros que se encuentren en un Estado en situación legal y los que estén en situación ilegal y, dentro de este grupo, entre los extranjeros que hayan entrado recientemente en el Estado autor de la expulsión y los que habían estado durante algún tiempo. No obstante, el Relator Especial se había hecho eco del deseo expresado por algunos miembros de la Comisión de reconocer ciertas garantías procesales a los extranjeros en situación ilegal, y había preparado una versión revisada del proyecto de artículo A1 en la que se hacía una distinción con respecto al alcance de las garantías procesales en función del tiempo en que hubiera estado el extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión[1300]. Si bien en el párrafo 1 se reconocía a todo extranjero que hubiera ingresado ilegalmente en fecha reciente en el Estado autor de la expulsión

[1296] Véase la nota 1261 *supra*.

[1297] Véase la nota 1250 *supra.*

[1298] Véase la nota 1254 *supra*.

[1299] El proyecto de artículo 8 revisado decía así:

«*Expulsión en relación con la extradición*

Una persona solo podrá ser expulsada a un Estado que solicite su extradición, o a un Estado que tenga un interés particular en que esa persona sea extraditada al Estado que solicite la extradición, cuando se cumplan las condiciones para la expulsión que se estipulan en derecho internacional [o en las disposiciones del presente proyecto de artículos].»

[1300] El proyecto de artículo A1 revisado decía así:

«*Proyecto de artículo A1: Garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero en situación irregular en el Estado autor de la expulsión*

1. La expulsión de un extranjero que haya ingresado ilegalmente [en fecha reciente] en el Estado autor de la expulsión [o en un plazo inferior a seis meses] se hará de conformidad con la ley.

2. La expulsión de un extranjero que se halle en situación irregular en el Estado autor de la expulsión, pero que goce de una situación particular prevista en la ley, o que se halle en él desde hace cierto tiempo [por lo menos seis meses], se hará con arreglo a una decisión adoptada de conformidad con la ley y con los derechos procesales siguientes:

a) el derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;

b) el derecho a impugnar la decisión de expulsión;

c) el derecho a ser oído;

d) el derecho a acceder a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;

e) el derecho a la protección consular.»

la garantía mínima de que la expulsión se hiciera de conformidad con la ley, el objetivo del párrafo 2 era ofrecer ciertas garantías específicas al extranjero que se hallara en situación irregular en el Estado autor de la expulsión pero que gozara en él de una condición particular prevista en la ley, o que hubiera vivido en él durante cierto tiempo (se podría prever a estos efectos un período de seis meses).

180. A la luz de la nueva redacción del proyecto de artículo A1, el Relator Especial consideraba preferible no modificar el texto del proyecto de artículo B1 suprimiendo, como habían sugerido algunos miembros de la Comisión, la expresión «legalmente»; era preferible no apartarse del texto del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

181. El Relator Especial observó que no se había cuestionado el principio que subyacía en el proyecto de artículo C1, y que solo algunas garantías se habían puesto en tela de juicio. Si bien la enunciación del derecho a la asistencia jurídica correspondía desde luego al desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho a la traducción y la interpretación estaba, en opinión del Relator Especial, indudablemente establecido, aunque no fuera más que como principio general de derecho.

182. El Relator Especial había tomado nota de la propuesta de prever, con efecto suspensivo, el recurso contra una decisión de expulsión. En su opinión, aunque esa norma estuviera establecida en el derecho regional europeo, no formaba parte del derecho internacional general; por tanto, si se incluyera se entraría en el ámbito del desarrollo progresivo.

183. El Relator Especial había tomado nota asimismo de la propuesta de que se acuñara una norma, a raíz de la interpretación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por el Comité de Derechos Humanos, en virtud de la cual las garantías procesales que deban ofrecerse a un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión sean igualmente aplicables en caso de que se ponga en entredicho la legalidad de la presencia del extranjero en ese territorio. El Relator Especial consideraba, sin embargo, que ese aspecto se podía recoger en el comentario.