

Capítulo IV

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. Introducción

35. 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 Kamto⁶. 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.

36. Desde su 57.º período de sesiones (2005) hasta su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión recibió y examinó ocho informes del Relator Especial⁷, una nueva versión de los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Relator Especial a la luz del debate celebrado en sesión plenaria⁸, un nuevo proyecto de plan de trabajo presentado por el Relator Especial con miras a la ordenación de los proyectos de artículo⁹, un memorando de la Secretaría¹⁰, así como observaciones e información recibidas de los gobiernos¹¹.

37. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión aprobó en primera lectura 32 proyectos de artículo sobre la expulsión de extranjeros, con los comentarios

⁶ *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 su posible inclusión 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 un anexo al 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 exponían el planteamiento y la posible 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 inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

⁷ *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554 (informe preliminar); *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573 (segundo informe); *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581 (tercer informe); *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594 (cuarto informe); *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611 (quinto informe); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2 (sexto informe); *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/642 (séptimo informe); y *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/651 (octavo informe).

⁸ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/617.

⁹ Ibíd., documento A/CN.4/618.

¹⁰ A/CN.4/565 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).

¹¹ Para las observaciones y la información recibidas de los gobiernos, véanse *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604, y *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/628 y Add.1.

correspondientes¹². La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

38. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/670), que contenía propuestas de reformulación de los proyectos de artículo aprobados en primera lectura a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos (A/CN.4/669 y Add.1). En su 3199.ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 2014, y en sus sesiones 3201.ª a 3204.ª, del 8 al 14 de mayo de 2014, la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial y encomendó al Comité de Redacción que procediera a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la base de las propuestas del Relator Especial, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos, así como el debate celebrado en sesión plenaria sobre el informe del Relator Especial.

39. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.832) en su 3216.ª sesión, celebrada el 6 de junio de 2014, y aprobó en segunda lectura el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros (secc. E.1 *infra*).

40. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos (secc. E.2 *infra*).

41. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta el proyecto de artículos a la Asamblea General con la recomendación que figura más abajo.

C. Recomendación de la Comisión

42. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que:

a) tomase nota del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en una resolución, incluyera los artículos en un anexo de dicha resolución y alentase a que se le diera la máxima difusión;

b) considerase la posibilidad de, en una etapa posterior, elaborar una convención sobre la base del proyecto de artículos.

¹² *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 41 y 42 y párrs. 45 y 46.

D. Reconocimiento al Relator Especial

43. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión, después de haber aprobado los comentarios al proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros,

Expresa al Relator Especial, Sr. Maurice Kamto, su profundo agradecimiento y su calurosa felicitación por la notable contribución que ha realizado a la preparación del proyecto de artículos, con su incansable esfuerzo y dedicada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

E. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros

1. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

44. El texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado en segunda lectura por la Comisión en su 66.º período de sesiones figura a continuación.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio.
2. El presente proyecto de artículos no se aplica a los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

- a) se entiende por «expulsión» un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado;
- b) se entiende por «extranjero» la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

Artículo 3. Derecho de expulsión

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.
2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.
3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en

cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.

4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

SEGUNDA PARTE

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Normas relativas a la expulsión de refugiados

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados y, en particular, de las siguientes normas:

- a) un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público;
- b) un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.

Artículo 7. Normas relativas a la expulsión de apátridas

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los apátridas, y en particular de la norma según la cual un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Artículo 8. Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión

Un Estado no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo.

Artículo 9. Prohibición de la expulsión colectiva

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.
2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.
3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.

Artículo 10. Prohibición de la expulsión encubierta

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.
2. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes

Queda prohibida la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

Artículo 12. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso

Un Estado no recurrirá a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso.

TERCERA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

Artículo 14. Prohibición de la discriminación

El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

Artículo 15. Personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad.

2. En particular, en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial.

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 16. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión.

Artículo 17. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 18. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho.

Artículo 19. Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. a) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.

b) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.

2. a) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.

3. a) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.

Artículo 20. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión y le permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

1. El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión.

2. En caso de ejecución forzosa de la resolución de expulsión, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional.

3. El Estado expulsor concederá al extranjero objeto de expulsión un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias.

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del derecho internacional, o a cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado.

2. Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del derecho internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada

1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no aplique la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

Artículo 25. Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

El Estado de tránsito protegerá los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

CUARTA PARTE

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

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

- a) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;
- b) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;
- c) derecho a ser oído por una autoridad competente;
- d) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;
- e) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y
- f) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley.

3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.

4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible.

Artículo 28. Procedimientos internacionales de recurso individual

El extranjero objeto de expulsión podrá hacer uso de cualquier procedimiento de recurso individual disponible ante una instancia internacional competente.

QUINTA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

1. El extranjero que, encontrándose legalmente en el territorio de un Estado, sea expulsado por este, tendrá derecho a la readmisión en el Estado expulsor si una autoridad competente determina que la expulsión fue ilícita, a no ser que la readmisión constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o que por alguna otra razón el extranjero ya no cumpla las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor.

2. En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero.

Artículo 30. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

La expulsión de un extranjero en violación de obligaciones del Estado expulsor enunciadas en el presente proyecto de artículos o en cualquier otra norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional de ese Estado.

Artículo 31. Protección diplomática

El Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS Y
LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

45. El texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con los comentarios correspondientes, aprobado en segunda lectura por la Comisión en su 66.º período de sesiones figura a continuación.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Comentario general

1) La expulsión de extranjeros, pese a ser un derecho soberano del Estado, plantea la cuestión de los derechos del extranjero objeto de expulsión y los del Estado expulsor en relación con el Estado de destino de la persona expulsada. Así pues, el asunto no escapa al derecho internacional. Desde, al menos, el siglo XIX ha ido desarrollándose práctica de los Estados sobre diversos aspectos de la expulsión de extranjeros. Varios tratados internacionales también contienen disposiciones relativas a determinados aspectos de este tema. Se ha venido acumulando jurisprudencia internacional al respecto desde mediados del siglo XIX, lo que de hecho ha facilitado la codificación de distintos aspectos del derecho internacional. Esa base jurisprudencial se ha visto reforzada recientemente con un fallo de la Corte Internacional de Justicia¹³ que aclara en relación con esta cuestión el derecho relevante sobre diversos aspectos. No obstante, la materia en conjunto no descansa sobre una base de derecho internacional consuetudinario ni sobre disposiciones de convenciones internacionales de carácter universal. Algunos aspectos de la cuestión siguen siendo objeto de una práctica limitada que, no obstante, revela tendencias que permiten un desarrollo prudente de normas de derecho internacional en este campo. Por esa razón, el presente proyecto de artículos abarca tanto la codificación como el desarrollo progresivo de normas fundamentales sobre la expulsión de extranjeros.

2) El proyecto de artículos está estructurado en cinco partes. En la primera parte, titulada «Disposiciones generales», se delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, se definen, a los efectos del proyecto, los términos clave «expulsión» y «extranjero» y seguidamente se enuncian una serie de normas generales relativas al derecho de expulsión, a la obligación de conformidad con el derecho y a los motivos de expulsión. La segunda parte del proyecto de artículos se refiere a varios casos de expulsiones prohibidas. En la tercera parte se trata de la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, primero desde un punto de vista general (capítulo I) y

¹³ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss.

luego de forma más específica, examinando la protección requerida en el Estado expulsor (capítulo II), la protección en relación con el Estado de destino (capítulo III) y la protección en el Estado de tránsito (capítulo IV). La cuarta parte del proyecto de artículos se refiere a reglas específicas de procedimiento, mientras que la quinta parte trata de las consecuencias jurídicas de la expulsión.

3) La expresión «extranjero[s] objeto de expulsión», que se utiliza en todo el proyecto de artículos, tiene un significado suficientemente general para abarcar, en función del contexto, a todo extranjero que se encuentre en cualquier etapa del proceso de expulsión. Este proceso comienza generalmente con la apertura de un procedimiento que puede llevar a la adopción de una resolución de expulsión, a la que puede seguir, según el caso, una etapa judicial; en principio, el proceso termina con el cumplimiento de la resolución de expulsión, ya sea con la salida voluntaria del extranjero en cuestión o con la ejecución forzosa de la resolución. Dicho de otro modo, la expresión «extranjero[s] objeto de expulsión» tiene por fin abarcar todos los aspectos de la situación del extranjero, no solo la resolución de expulsión que se adopte en su contra, sino también las diversas etapas del proceso de expulsión que preceden o siguen la adopción de tal resolución y que, según el caso, pueden entrañar también la adopción de medidas restrictivas contra el extranjero, entre ellas su posible internamiento a los efectos de la expulsión.

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio.

2. El presente proyecto de artículos no se aplica a los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 tiene por objeto delimitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Mientras en el párrafo 1 se enuncia una definición general de ese ámbito de aplicación, en el párrafo 2 se excluye del proyecto de artículos a ciertas categorías de personas que de otro modo quedarían comprendidas en el párrafo 1.

2) Al decir que el proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio, el párrafo 1 define el ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* del proyecto de artículos. En lo que se refiere al primer aspecto, relativo a las medidas que abarca el proyecto de artículos, simplemente se hace referencia a la «expulsión por un Estado», lo que engloba indistintamente cualquier medida de expulsión. No se proporciona ninguna otra indicación al respecto, puesto que el concepto de «expulsión» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*, *infra*. En cuanto al ámbito de aplicación *ratione personae*, a saber, las personas a las que se aplica el proyecto de artículos, del párrafo 1 se desprende que el proyecto de artículos se aplica con carácter general a la expulsión de cualquier extranjero

que se encuentre en el territorio del Estado expulsor, sin que se haga distinción alguna entre las diferentes categorías de personas concernidas, esto es, los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado expulsor, los extranjeros en situación irregular, los refugiados, las personas desplazadas, los solicitantes y beneficiarios de asilo y los apátridas. El término «extranjero» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *b*.

3) El proyecto de artículos abarca tanto la expulsión de un extranjero legalmente presente en el territorio del Estado expulsor como la del extranjero presente ilegalmente en dicho territorio. Tal es el sentido del párrafo 1 del proyecto de artículo 1. La categoría de los extranjeros ilegalmente presentes en el territorio del Estado expulsor abarca tanto a los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en ese territorio como a los extranjeros cuya presencia en el territorio haya pasado a ser ilegal después, en particular a raíz de una violación de la legislación del Estado expulsor relativa a las condiciones de estancia¹⁴. Si bien el proyecto de artículos se aplica con carácter general a la expulsión de extranjeros presentes tanto legal como ilegalmente en el territorio del Estado expulsor, conviene señalar desde ya que en ciertas disposiciones del proyecto de artículos se establecen distinciones necesarias entre esas dos categorías de extranjeros, en particular en lo que se refiere a los derechos que se les reconocen¹⁵. También cabe indicar que la inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los extranjeros cuya presencia en el territorio del Estado expulsor es ilegal debe entenderse teniendo presente la cláusula, que figura al final del proyecto de artículo 2, apartado *a*, por la que se excluyen del ámbito de aplicación del proyecto de artículos las cuestiones relativas a la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado¹⁶.

¹⁴ Algunos tratados distinguen entre los extranjeros en situación regular y los que se hallan en situación irregular, pero no ofrecen una definición de la expresión «extranjeros en situación ilegal» (véase, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 32); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 31); y el Convenio Europeo de Establecimiento, de 1955. Véase también el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 755, notas 1760 a 1763). En algunas legislaciones nacionales se encuentran elementos de la definición de esa categoría de extranjeros, cuya designación varía en función de cada legislación. Se puede entender que el extranjero en situación irregular es aquel cuya presencia en el territorio del Estado de acogida infringe la legislación de dicho Estado en materia de admisión, de estancia o de residencia de extranjeros. En primer lugar, la ilegalidad puede determinarse en lo que respecta a las condiciones de entrada. De ese modo, se considerará que se encuentra en situación irregular todo extranjero que cruce la frontera del Estado expulsor contraviniendo las normas relativas a la admisión de extranjeros. En segundo lugar, la irregularidad puede estar también determinada no ya en relación con las condiciones de entrada sino de estancia en el territorio del Estado expulsor. En ese caso, aunque el extranjero haya cruzado legalmente la frontera del Estado y, por tanto, haya sido admitido regularmente por este último, no reúne después las condiciones de estancia establecidas por el derecho del Estado de acogida. Así sucede, por ejemplo, cuando un extranjero admitido legalmente en el territorio de un Estado prolonga su estancia más allá del período fijado por las autoridades competentes de dicho Estado. En tercer lugar, la ilegalidad de la presencia del extranjero en el territorio del Estado expulsor puede deberse a los dos motivos. Tal es el caso cuando el extranjero ha cruzado de manera ilegal la frontera del Estado de acogida y no ha regularizado posteriormente su situación: no reúne, pues, ni las condiciones de admisión ni las de estancia.

¹⁵ Véanse, *infra*, los proyectos de artículo 6, 7, 26, 27 y 29 y sus comentarios.

¹⁶ Véase el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 2 *infra*.

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a ciertas categorías de extranjeros, a saber, los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional. Esta disposición está destinada a excluir a ciertos extranjeros cuya salida forzosa del territorio de un Estado está regida por normas especiales del derecho internacional, es decir, en particular, las personas adscritas a misiones diplomáticas, oficinas consulares, misiones especiales, organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado, así como, en su caso, los miembros de su familia. Dicho de otro modo, esos extranjeros están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de artículos porque existen normas especiales de derecho internacional que establecen las condiciones en las que pueden ser compelidos a abandonar el territorio del Estado en el que se encuentran para ejercer sus funciones¹⁷.

5) En cambio, no están excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos otras categorías de extranjeros que gozan de protección especial en virtud del derecho internacional, como los refugiados, los apátridas y los trabajadores migrantes y sus familiares¹⁸. Ahora bien, queda entendido que la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos a esas categorías de extranjeros es sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que rijan cualquier otro aspecto de su expulsión del territorio de un Estado¹⁹. Las personas desplazadas, en el sentido de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰, tampoco quedan excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por «expulsión» un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio

¹⁷ Véanse, en particular, las normas enunciadas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963; y la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969.

¹⁸ Véanse, en particular, las normas enunciadas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, de 1990.

¹⁹ Véanse, en este sentido, con respecto a los refugiados y los apátridas, las cláusulas «sin perjuicio» que figuran más abajo, en los proyectos de artículo 6 y 7.

²⁰ Si el desplazado se encuentra, por la fuerza de las circunstancias, en territorio extranjero, fuera de su Estado de origen o de nacionalidad, esa persona se encontraría en una situación comparable a la del refugiado. Pero no puede ser asimilada a este último aunque tenga, en general, la misma necesidad de protección. El elemento diferenciador entre ambas situaciones radica en los motivos por los que se ha buscado refugio en el extranjero. Las personas desplazadas fuera del territorio de su país de origen o de nacionalidad lo son por motivos diferentes de los enumerados en la definición de «refugiado» en derecho internacional. Se trata de personas que se encuentran fuera de su país en razón de desastres, ya sea naturales o provocados por el ser humano. Esta categoría de personas está compuesta básicamente de las víctimas de esos desastres que se denominan, para facilitar la comprensión, «refugiados ecológicos» o «ambientales». Es a estas personas a las que se refiere la Asamblea General desde 1977 cuando habla de «refugiados y personas desplazadas». Véase, por ejemplo, la resolución 59/170 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2004, párr. 10.

de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado;

b) se entiende por «extranjero» la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 2 se definen, a los efectos del presente proyecto de artículos, dos términos clave, «expulsión» y «extranjero».

2) En el apartado *a* se enuncia una definición de la «expulsión». Esta definición refleja la distinción entre, por una parte, un acto jurídico (en inglés: *formal act*) por el que un Estado compele a una persona a abandonar su territorio (sea cual fuere, por lo demás, la denominación de ese acto en el derecho interno) y, por otra parte, un comportamiento atribuible al Estado que produzca el mismo resultado²¹. La Comisión consideró conveniente incluir esos dos supuestos en la definición de la «expulsión» a los efectos del proyecto de artículos. También debe precisarse que el proyecto de artículo 2 trata únicamente de la definición de la «expulsión» y no prejuzga en absoluto la cuestión de la licitud de las diversas modalidades de expulsión a las que se refiere. Las modalidades de expulsión que no adoptan la forma de un acto jurídico también están incluidas en la definición de expulsión en el sentido del proyecto de artículos y pueden estar sujetas al régimen de prohibición de la «expulsión encubierta» que se enuncian en el proyecto de artículo 10.

3) La condición según la cual el acto jurídico o el comportamiento que constituyen la expulsión deben ser atribuibles al Estado debe entenderse a la luz de los criterios de atribución previstos en el capítulo II de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²². Por tanto, es conveniente aplicar los mismos criterios de atribución que los definidos en esos artículos para determinar si una expulsión debe ser considerada como el hecho de un Estado según el derecho internacional.

4) El comportamiento —distinto de la adopción de una decisión formal— que podría dar lugar a una expulsión puede adoptar la forma de una acción o una omisión del Estado. La omisión puede consistir en particular en una actitud de tolerancia con respecto a las conductas adoptadas contra el extranjero por particulares o entidades que

²¹ En el derecho interno de la mayoría de los Estados, la expulsión adopta la forma de un acto legal del Estado, en el sentido de acto administrativo unilateral, por cuanto constituye una decisión de las autoridades administrativas. Se trata de un acto formal que puede ser recurrido ante los órganos jurisdiccionales del Estado expulsor, ya que la expulsión es un procedimiento que puede dar lugar a un proceso contencioso en cada una de sus etapas. También procede considerar que existe expulsión incluso en ausencia de un acto jurídico formal, como se examina más adelante en el comentario al proyecto de artículo 10.

²² *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 39 a 56. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

actúan a título privado, por ejemplo cuando el Estado se abstiene de proteger adecuadamente a un extranjero contra actos hostiles cometidos por actores no estatales²³. Lo que resulta determinante a los efectos de la definición de la expulsión es que el extranjero en cuestión sea *compelido* a abandonar el territorio de un Estado a causa de un acto jurídico o de un comportamiento —activo o pasivo— atribuible a ese Estado²⁴. Además, para que se trate de una expulsión en virtud de un *comportamiento* (es decir sin que se adopte una decisión formal), es esencial que quede establecida la intención del Estado en cuestión de provocar, mediante ese comportamiento, la salida del extranjero de su territorio²⁵.

5) Para mayor claridad, la Comisión ha juzgado conveniente precisar, en la segunda frase del apartado *a*, que el concepto de expulsión en el sentido del proyecto de artículos no incluye la extradición de un extranjero a otro Estado, ni la entrega a una jurisdicción penal internacional, ni la no admisión de un extranjero en un Estado. En lo que respecta a la no admisión, conviene precisar que en el marco de otros ordenamientos jurídicos en ocasiones se utiliza el término «devolución» en vez de «no admisión». En aras de la coherencia, en el presente proyecto de artículos se emplea esta última expresión. Esa exclusión se refiere a la negativa de las autoridades de un Estado —en general las autoridades encargadas del control de la inmigración y de la vigilancia de las fronteras— de admitir a un extranjero en el territorio de ese Estado. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado con el fin de compeler a un extranjero ya presente, aunque ilegalmente, en su territorio a abandonarlo, corresponden al concepto de «expulsión», tal como se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*. Esta distinción debe entenderse a la luz de la definición del ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos, que incluye tanto a los extranjeros presentes legalmente en el territorio del Estado expulsor como a aquellos cuya presencia en dicho territorio es ilegal²⁶. Además, la exclusión de las cuestiones relativas a la no admisión del ámbito del proyecto de artículos no afecta a las normas de derecho internacional relativas a los refugiados. Esta reserva se debe a que el apartado *b* del proyecto de artículo 6, en el que se enuncia la prohibición de la devolución («*refoulement*») en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, inevitablemente trata cuestiones de admisión.

²³ Véase, *infra*, el proyecto de artículo 10 y su comentario.

²⁴ La expulsión nunca es, ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado expulsor. La medida formal por la que se ordena la expulsión es una medida cautelar y, por tanto, una limitación legal, mientras que la expulsión es una limitación que se experimenta físicamente como tal. Este elemento de coerción es importante ya que permite distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado. Es este elemento el que, precisamente, despierta la atención o el interés no solamente del Estado de destino del expulsado, sino también de terceros Estados con respecto a la situación así creada, en la medida en que el ejercicio de este derecho incuestionable del Estado está relacionado con la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

²⁵ Véanse *infra* los párrafos 3 a 7 del comentario del proyecto de artículo 10.

²⁶ Véanse *supra* los párrafos 2 y 3 del comentario del proyecto de artículo 1.

6) En el apartado *b* del proyecto de artículo 2 se define al «extranjero» como una persona que no posee la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra. Esta definición abarca tanto a las personas nacionales de otro Estado como a las que no tienen nacionalidad de ningún Estado, es decir los apátridas²⁷. De esta definición se desprende asimismo que una persona que tenga la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre en ningún caso podrá ser considerada extranjera con respecto a dicho Estado, aunque posea una o varias otras nacionalidades, ni siquiera en el caso hipotético de que una de ellas pudiera considerarse predominante, desde el punto de vista de su efectividad, con respecto a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

7) La definición de «extranjero» a los efectos del proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el Estado de otorgar a ciertas categorías de extranjeros derechos especiales en materia de expulsión, permitiéndoles, en virtud de su derecho interno, que se acojan a un régimen similar o idéntico al de los nacionales. No obstante, toda persona que no posea la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre se considerará extranjera a los efectos del proyecto de artículos y su expulsión de ese territorio quedará sujeta al presente proyecto de artículos.

Artículo 3. Derecho de expulsión

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 empieza por enunciar, en su primera frase, el derecho de un Estado a expulsar un extranjero de su territorio. Se trata de un derecho cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina. No es una norma exterior la que otorga al Estado el derecho a expulsar; es un derecho inherente del Estado, que se desprende de su soberanía. El derecho de expulsión se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones²⁸, así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones

²⁷ Con respecto a los apátridas, véase el proyecto de artículo 7 *infra*.

²⁸ Véase, por ejemplo, *Lacoste v. Mexico*, Comisión Mexicana, laudo de 4 de septiembre de 1875, en J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, vol. IV, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1898, págs. 3347 y 3348; *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 731; *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, *ibíd.*, págs. 528, 529, 531 y 532; *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, *ibíd.*, págs. 600 a 609, en particular pág. 608 (Ralston, árbitro); *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, *ibíd.*, vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), págs. 323 a 325, en particular pág. 325 (Filtz, árbitro); y *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), págs. 92 a 113.

regionales²⁹. Además está consagrado en el derecho interno de la mayoría de los Estados.

2) La segunda frase del proyecto de artículo 3 recuerda que el ejercicio de este derecho de expulsión está regulado en el presente proyecto de artículos sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables. La referencia a «otras» normas de derecho internacional aplicables no significa que el proyecto de artículos refleje, en conjunto, el derecho internacional vigente entendido como el derecho convencional. Este constituye tanto una labor de codificación del derecho internacional como un ejercicio de desarrollo progresivo de ese derecho. Algunas de las normas que en él se enuncian están consagradas en determinados regímenes convencionales o firmemente establecidas en el derecho internacional consuetudinario, mientras que otras pertenecen a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. Además, la mención expresa de los derechos humanos se justifica por la importancia que reviste su respeto en el contexto de la expulsión, importancia de la que también son muestra las numerosas disposiciones del proyecto de artículos dedicadas a diversos aspectos de la protección de los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión. Entre las «demás normas de derecho internacional aplicables» a las que está sujeto el ejercicio por un Estado de su derecho de expulsar a extranjeros y que no son objeto de disposiciones específicas del proyecto de artículos, cabe mencionar en particular ciertas limitaciones clásicas derivadas de las normas en materia de extranjería, en particular la prohibición de la arbitrariedad, el abuso del derecho y la denegación de justicia. Entre las demás normas aplicables figuran también las normas de los instrumentos de derechos humanos relativas a la suspensión de ciertas disposiciones en situaciones excepcionales. Cabe señalar a este respecto que la mayoría de las obligaciones del Estado en virtud de esos instrumentos no tienen un carácter absoluto y que se prevén excepciones en determinadas situaciones de emergencia, por ejemplo, cuando exista una situación de emergencia pública que amenace la vida de la nación. Así pues, el proyecto de artículo 3 preserva la posibilidad de que el Estado adopte medidas para suspender ciertos requisitos del presente proyecto de artículos cuando la

²⁹ Con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en particular el caso *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda n.º 12313/86, párr. 43, serie A n.º 193. Véase asimismo *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas n.ºs 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párr. 102, serie A n.º 215; *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda n.º 22414/93, párr. 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda n.º 25964/94, párr. 38, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; *Bouchelkia v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda n.º 23078/93, párr. 48, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; y *H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda n.º 24573/94, párr. 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III. En lo que se refiere a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, véase en particular: comunicación n.º 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme v. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998, párr. 20 (R. Murray y M. Evans (eds.), *Documents of the African Commission on Human and People's Rights*, Oxford y Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001, págs. 615 y ss., en particular pág. 617; disponible también en www.achpr.org, *Communications*).

situación lo exija, siempre que esas medidas sean compatibles con las demás obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 enuncia una condición fundamental a la que está sujeto el ejercicio por un Estado de su derecho de expulsar a extranjeros de su territorio. La condición es la adopción por el Estado expulsor de una resolución en ese sentido conforme a la ley.

2) La exigencia de que la adopción de una resolución de expulsión se haga conforme a la ley tiene, ante todo, el efecto de prohibir que un Estado tenga comportamientos destinados a compeler a un extranjero a abandonar su territorio sin notificarle ninguna resolución formal en ese sentido. La prohibición de cualquier forma de expulsión encubierta figura en el proyecto de artículo 10, párrafo 1.

3) La exigencia de conformidad con la ley se desprende, de manera lógica, del hecho de que la expulsión tenga que ejercerse en el marco del derecho. La prerrogativa del Estado de reglamentar las condiciones de expulsión en su territorio dentro de los límites del derecho internacional conlleva la obligación de cumplir las normas que ha dictado o suscrito en la materia³⁰. No es de extrañarse, entonces, que haya amplia convergencia entre las legislaciones nacionales en el requisito mínimo de que el procedimiento de expulsión se ajuste a lo dispuesto por la ley³¹. Por lo demás, esta exigencia está bien establecida en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto universal como regional. En el ámbito universal, figura en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³² (en lo que respecta a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado expulsor), en el artículo 22, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares³³, así como en el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados³⁴, y el artículo 31, párrafo 2, de

³⁰ Hay dos máximas de derecho romano aplicables a este caso. En relación con las normas dictadas por el Estado, «*Patere legem/regulam quam fecisti*», y, en lo que respecta al derecho internacional, «*Pacta sunt servanda*».

³¹ Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 14 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa, el párrafo 2 del artículo 58 de la Constitución de Hungría, el párrafo 5 del artículo 23 de la Constitución de la República Eslovaca o el párrafo 4 del artículo 9 de la Constitución de Finlandia.

³² Esta disposición dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley [...]».

³³ Esta disposición dice lo siguiente: «Los trabajadores migratorios y sus familiares solo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley».

³⁴ Esta disposición indica en particular que la expulsión de un refugiado que se halle legalmente en el territorio de un Estado Contratante «únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes [...]».

la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas³⁵. En el ámbito regional, conviene mencionar el artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³⁶, el artículo 22, párrafo 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica»³⁷, el artículo 1, párrafo 1, del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)³⁸, así como el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos³⁹, en que se establece la misma exigencia en lo que respecta a los extranjeros legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

4) La exigencia de conformidad con la ley debe aplicarse a toda decisión de expulsión, independientemente de si la presencia del extranjero en cuestión en el territorio del Estado expulsor es legal o no. Sin embargo, se entiende que las legislaciones nacionales pueden prever normas y procedimientos diferentes en materia de expulsión, en función del carácter legal o ilegal de esa presencia⁴⁰.

5) La exigencia de conformidad con la ley tiene un alcance absolutamente general, en el sentido que se aplica tanto a las condiciones formales como a las condiciones materiales de la expulsión⁴¹. Por consiguiente, su ámbito de aplicación es más amplio que el de la exigencia análoga enunciada en el proyecto de artículo 5, párrafo 2, a propósito de los motivos de expulsión.

6) En su fallo de 30 de noviembre de 2010 en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. la República Democrática del Congo)*, la Corte Internacional de Justicia confirmó la exigencia de conformidad con la ley, como condición de licitud de una expulsión con arreglo al

³⁵ Esta disposición tiene el mismo tenor, *mutatis mutandis*, que la que se reproduce en la nota anterior en relación con los refugiados.

³⁶ La disposición dice lo siguiente: «Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, solo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley».

³⁷ La disposición dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley».

³⁸ Esta disposición dice lo siguiente: «El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley [...]».

³⁹ Esta disposición dice lo siguiente: «Ningún Estado parte expulsará a una persona que no posea su nacionalidad y se encuentre legalmente en su territorio, a no ser en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley» (Carta Árabe de Derechos Humanos, aprobada por la Cumbre de la Liga de los Estados Árabes en su 16.º período ordinario de sesiones (celebrado en Túnez en mayo de 2004) y que entró en vigor el 15 de marzo de 2008 (véase CHR/NONE/2004/40/Rev.1, o bien *Boston University International Law Journal*, vol. 24, n.º 2 (2006), pág. 147)).

⁴⁰ A ese respecto, véase *infra* el párrafo 4 del proyecto de artículo 26.

⁴¹ Véase, en ese sentido, la opinión del Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, cuando indica, a propósito del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la medida de expulsión debe ser adoptada «por la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones del derecho material y las normas de procedimiento aplicables» (Consejo de Europa, *Explanatory report on Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [Informe explicativo del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], Estrasburgo, 1985, pág. 8, párr. 11; véase también <http://conventions.coe.int>).

derecho internacional. Refiriéndose, en este contexto, al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte observó lo siguiente:

De los propios términos de las dos disposiciones citadas se desprende que la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en esos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones internacionales de ese Estado si se decide conforme a «la ley», es decir, al derecho nacional aplicable en la materia. En este caso, el respeto del derecho interno condiciona, en cierta medida, el respeto del derecho internacional⁴².

7) Si bien la exigencia de conformidad con la ley es condición de licitud de toda medida de expulsión en virtud del derecho internacional, cabe preguntarse cuál es el alcance de la potestad de control, por un órgano internacional, del respeto de las normas de derecho interno en un contexto como el de la expulsión. Cabe prever que un órgano internacional actúe con cierta cautela a este respecto. A título de ejemplo se puede mencionar la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos con respecto a la expulsión por Suecia, en 1977, de una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista. Esta persona adujo ante el Comité que la resolución de expulsión no había sido adoptada «conforme a la ley» y que, por ende, no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos consideró a este respecto que la interpretación del derecho nacional era una cuestión que correspondía fundamentalmente a la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado parte interesado y que «entre las facultades o funciones del Comité no figura[ba] la de evaluar si las autoridades competentes del Estado parte en cuestión ha[bían] interpretado y aplicado la ley nacional [...], a menos que se determin[ara] que las autoridades competentes no ha[bían] interpretado o aplicado la ley de buena fe y result[ara] evidente que ha[bía] habido abuso de poder»⁴³. La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado un criterio similar en lo que respecta a su potestad de control del respeto por un Estado de su derecho interno en el contexto de la expulsión⁴⁴.

⁴² *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 663, párr. 65. En relación con dos aspectos importantes relativos a las garantías procesales que el derecho congoleño otorga a los extranjeros y que tienen por objeto proteger a los interesados de los riesgos de arbitrariedad, la Corte consideró que la expulsión del Sr. Diallo no se había decidido «conforme a la ley» (pág. 666, párr. 73).

⁴³ *Anna Maroufidou c. Suecia*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.13/58 [58/1979], dictamen aprobado el 9 de abril de 1981, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, pág. 167, párr. 10.1.

⁴⁴ Véanse los asuntos *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (nota 13 *supra*), pág. 663, párr. 65, y *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda n.º 9990/82, párr. 58, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 111: «Allí donde el Convenio [Europeo de Derechos Humanos], como en su artículo 5, remite directamente al derecho interno, el cumplimiento de este forma parte integrante de los compromisos de los Estados contratantes, de suerte que el Tribunal tiene competencia para asegurarse de tal cumplimiento en caso necesario (artículo 19); sin embargo, la amplitud de la tarea que incumbe al Tribunal en la materia encuentra límites en la economía del sistema europeo de protección ya que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales, en particular los tribunales, interpretar y aplicar este derecho (véase, entre otros, *mutatis mutandis*, la sentencia *Winterwerp*, de 24 de octubre de 1979, serie A n.º 33, pág. 20, párr. 46)».

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.

3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.

4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) La cuestión de los motivos de expulsión abarca varios aspectos relativos a la indicación del motivo de expulsión, la existencia de un motivo válido y la evaluación de ese motivo por las autoridades competentes. En el proyecto de artículo 5 se abordan esos aspectos.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 5 enuncia una condición esencial en derecho internacional, a saber, la motivación de la resolución de expulsión. La obligación del Estado expulsor de indicar los motivos de una expulsión está bien establecida en derecho internacional. Se reconoce que el Estado, si bien tiene soberanía y, por tanto, competencia exclusiva respecto de las condiciones de admisión de los extranjeros en su territorio, no puede privarlos arbitrariamente del derecho de estancia. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional estimó que el acto por el que se impusiere la expulsión debía «ser motivado de hecho y de derecho»⁴⁵. En su fallo sobre el fondo en el asunto *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia constató que la República Democrática del Congo no había cumplido esa obligación de motivación y que, en todo el procedimiento, no había aducido los motivos que hubieran podido servir de «fundamento convincente» para la expulsión del Sr. Diallo; la Corte dedujo de ello que la detención e internamiento del Sr. Diallo con miras a su expulsión eran arbitrarios. A este respecto, la Corte señaló que no podía por menos que:

constatar que no solo la propia resolución de expulsión no estaba motivada de manera suficientemente precisa [...] sino que la República Democrática del Congo nunca estuvo en condiciones, durante todo el procedimiento, de aducir motivos que pudieran constituir un fundamento convincente para la expulsión del Sr. Diallo. [...] En vista de ello, la detención e internamiento con objeto de permitir la ejecución de esa medida de expulsión, que no tiene ningún fundamento defendible, solo pueden calificarse de arbitrarios en el sentido del artículo 9, párrafo 1, del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y del artículo 6 de la Carta Africana [de Derechos Humanos y de los Pueblos]⁴⁶.

⁴⁵ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30, H. Wehberg (ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basilea, Éditions juridiques et sociologiques, 1957, págs. 51 y ss., en particular pág. 56. Véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), págs. 218 y ss., en particular pág. 225 (disponible en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org).

⁴⁶ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 669, párr. 82.

En el asunto *Amnesty International v. Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que Zambia había vulnerado el derecho del interesado a recibir información al no comunicarle los motivos de su expulsión. Según la Comisión, «el hecho de que no se informara a Banda ni a Chinula de las razones de la medida adoptada contra ellos supone que se les denegara el derecho a recibir información (art. 9, párr. 1)»⁴⁷.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 enuncia la exigencia fundamental de que el motivo de expulsión esté previsto en la ley. La referencia a «la ley» debe entenderse en este caso como una referencia al derecho interno del Estado expulsor. Dicho de otro modo, el derecho internacional supedita la licitud de una resolución de expulsión a la condición de que esa resolución esté fundada en un motivo previsto por el derecho del Estado expulsor. La Comisión considera que esta exigencia se deriva del principio general de conformidad con la ley, enunciado en el proyecto de artículo 4⁴⁸. Sería inútil buscar en el derecho internacional una lista de motivos de expulsión válidos que se apliquen a los extranjeros en general⁴⁹, pues esos motivos deben preverse y definirse en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, con la única reserva indicada en el párrafo 4 del proyecto de artículo, a saber, que esos motivos no deben ser contrarios a las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional. A ese respecto, es obvio que las legislaciones nacionales prevén un abanico bastante amplio de motivos de expulsión. Procede señalar que la violación de la legislación nacional en materia de entrada y estancia (derecho migratorio) es el motivo de expulsión más común. Ese motivo, previsto en muchas legislaciones nacionales, es admisible con arreglo al derecho internacional; dicho de otro modo, el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede constituir en sí misma un motivo de expulsión suficiente. Además, la seguridad nacional y el orden público también son motivos frecuentemente invocados para justificar la expulsión.

4) En el párrafo 3 se enuncian los criterios generales de evaluación, por el Estado expulsor, del motivo de expulsión. Esta evaluación debe efectuarse de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias. La gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión y el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar se mencionan entre los factores que el Estado expulsor debe tener en cuenta, cuando proceda. El criterio del «carácter actual de la amenaza» mencionado al final del párrafo, reviste particular pertinencia cuando el motivo de expulsión consiste en un atentado contra la seguridad nacional o el orden público.

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 5 tiene por único objeto recordar la prohibición de expulsar a un

⁴⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999, párrs. 32 y 33 (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), pág. 749).

⁴⁸ Véase *supra*, el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 4.

⁴⁹ Véase *infra*, sin embargo, el proyecto de artículo 6, apartado a, y el proyecto de artículo 7, en los que se limitan los motivos de expulsión de los refugiados y los apátridas a las «razones de seguridad nacional o de orden público», retomando así las normas que figuran en los instrumentos convencionales pertinentes.

extranjero por un motivo contrario a las obligaciones que incumben al Estado expulsor en virtud del derecho internacional. Esta prohibición se aplicaría en particular a una expulsión basada en un motivo discriminatorio en el sentido del proyecto de artículo 14, *infra*⁵⁰. Debe especificarse que la expresión «a sus obligaciones en virtud del derecho internacional» no significa que el Estado pueda interpretar de manera restrictiva esas obligaciones para sustraerse a otras obligaciones de derecho internacional que le sean exigibles.

SEGUNDA PARTE

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Normas relativas a la expulsión de refugiados

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados y, en particular, de las siguientes normas:

a) un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público;

b) un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 se refiere a la expulsión de refugiados, la cual está sujeta a condiciones restrictivas en virtud de las normas de derecho internacional pertinentes. Enuncia una cláusula «sin perjuicio» encaminada a salvaguardar la aplicación a los refugiados de las normas relativas a su expulsión, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados. En particular, los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 6 recuerdan dos normas relativas a la expulsión o devolución de los refugiados de especial importancia.

2) El término «refugiado» debe entenderse no solo a la luz de la definición general que figura en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, complementada por el artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, que elimina las restricciones geográficas y temporales que acompañaban la definición de 1951,

⁵⁰ Sobre la licitud de los motivos de expulsión a tenor del derecho internacional, véanse asimismo, *infra*, el proyecto de artículo 11 (Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes) y el proyecto de artículo 12 (Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso).

sino también teniendo en cuenta la evolución ulterior en esta materia, incluida la práctica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁵¹. A este respecto, cabe mencionar en particular la definición más amplia del término «refugiado» que recoge la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969.

3) La expresión «normas del derecho internacional relativas a los refugiados» debe interpretarse como una referencia a todas las normas convencionales relativas a los refugiados en los ámbitos universal, regional y subregional, así como a las normas consuetudinarias pertinentes; el proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de dichas normas. El proyecto de artículo 6 hace referencia, en particular, a la cláusula de exclusión que figura en el artículo 1, apartado F, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁵² y las normas relativas a los requisitos de procedimiento aplicables a la expulsión de un refugiado como las que figuran, en particular, en el artículo 32, párrafo 2, de dicha Convención⁵³. El proyecto de artículo también se refiere a las disposiciones del artículo 32, párrafo 3, de la Convención⁵⁴, que exige al Estado expulsor que conceda al refugiado o el apátrida un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país y reserva asimismo a ese Estado el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interno que estime necesarias.

4) Lo que es más, el proyecto de artículo 6 añade que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de cualquier norma y práctica más favorable en materia de

⁵¹ Véase ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reed., Ginebra, 2011 (HCR/IP/4/Spa/Rev.3), cuyo párrafo 28 dice lo siguiente: «Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado».

⁵² Esta disposición dice así: «Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

⁵³ Esta disposición dice así: «La expulsión del refugiado [es decir, un refugiado que se halle legalmente en el territorio del Estado expulsor] únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente».

⁵⁴ Esa disposición establece lo siguiente: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado [es decir, un refugiado “que se halle legalmente en el territorio de tales Estados”] un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias».

protección de refugiados. Además de las normas de derecho internacional, las prácticas nacionales en la materia son de especial relevancia en la medida en que pueden ser la fuente de derechos importantes en favor de los refugiados. Se trata, en particular, de normas pertinentes del derecho interno del Estado expulsor, en tanto en cuanto no sean incompatibles con sus obligaciones internacionales, así como de declaraciones del Estado expulsor en el marco de la aplicación de sus obligaciones convencionales.

5) El apartado *a* del proyecto de artículo 6 reproduce el tenor del artículo 32, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951. La norma en él enunciada, que se aplica únicamente a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado expulsor, limita los motivos de expulsión de dichos refugiados a los que atañen a razones de seguridad nacional u orden público.

6) La prohibición de la expulsión de un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor por razones distintas de la seguridad nacional o el orden público también se ha hecho extensible a todo refugiado que se halle ilegalmente en el territorio del Estado y haya pedido que se le reconozca la condición de refugiado, durante el proceso de examen de su solicitud. No obstante, esa protección se aplica únicamente mientras se esté examinando esa solicitud. Esa excepción, que refleja una tendencia doctrinal⁵⁵ y se sustenta en la práctica de ciertos Estados⁵⁶ y del ACNUR⁵⁷, constituiría una desviación del principio según el cual el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede justificar de por sí la expulsión de dicho extranjero. Esta no se descartaría en caso de que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado tuviera el objetivo manifiesto

⁵⁵ Véase, en particular, ACNUR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Complementary Forms of Protection*, 4 de septiembre de 2001, EC/GC/01/18, disponible en: www.refworld.org/docid/3bfa84345.html, párr. 11 g; véase también E. Lauterpacht y D. Bethlehem, "The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion", en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pág. 87.

⁵⁶ A este respecto, la práctica francesa es muy interesante. Así, a diferencia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que simplemente prohíbe a los Estados Contratantes que, por expulsión o devolución, pongan «en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre» (art. 33), el párrafo 4 del preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, al que se remite la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958, implica, según el Consejo Constitucional francés, «que, de manera general, debe permitirse que el extranjero que reclama ese derecho permanezca provisionalmente en el territorio hasta que se dé respuesta a su petición» (Consejo Constitucional, decisión n.º 93-325 DC de 13 de agosto de 1993, *Journal officiel*, 18 de agosto de 1993, págs. 11722 y ss.). Esta solución se inspira directamente en la adoptada por la Asamblea del Consejo de Estado francés que, en dos ocasiones, ha reconocido la conveniencia de que se permita que un solicitante de asilo que reclama el estatuto de refugiado permanezca provisionalmente en territorio francés hasta que la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas o, en su caso, la Comisión de Recursos de los Refugiados se hayan pronunciado sobre su solicitud (véase R. Abraham, «La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1991, 2 espèces: 1) *M. Nkodia (Alfonso)*; 2) *Préfet de l'Hérault c/ M. Dakoury*», *Revue française de droit administratif*, vol. 8, n.º 1 (enero-febrero de 1992), págs. 90 a 103).

⁵⁷ Véase la nota 51 *supra*.

de dejar sin efecto la resolución de expulsión que pudiera dictarse contra el interesado. Esa excepción solo se refiere a las personas que, aunque no gozan de la condición de refugiado en el Estado de que se trata, corresponden a la definición de «refugiado» en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o, en su caso, otros instrumentos pertinentes, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, de 1969, y, por consiguiente, deben ser reconocidas como refugiados en virtud del derecho internacional. Toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes está excluida de la protección que se reconoce en el proyecto de artículo 6 y puede ser expulsada por motivos distintos de los previstos en el apartado *a* de dicho artículo, por el solo hecho de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea ilegal. En todo caso, el proyecto de artículo 6 debe entenderse sin perjuicio del derecho del Estado a expulsar, por razones distintas de las indicadas en el apartado *a*, al extranjero que haya presentado una solicitud manifiestamente abusiva con el fin de obtener la condición de refugiado.

7) El proyecto de artículo 6, apartado *b*), relativo a la obligación de no devolución, combina los párrafos 1 y 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. A diferencia de las demás disposiciones del presente proyecto de artículos, que no contemplan el supuesto de la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado⁵⁸, el proyecto de artículo 6, apartado *b*, dispone que el proyecto de artículos se entiende también sin perjuicio de esa situación, como lo muestra la primera parte de la frase introductoria: «Un Estado no podrá, en modo alguno, expulsar o devolver [...]». Además, contrariamente a la protección enunciada en el apartado *a*, la mencionada en el apartado *b* se aplica a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado de acogida sea legal o ilegal. Conviene asimismo subrayar que la obligación específica de no devolución que ampara a los refugiados se enuncia sin perjuicio de que se les apliquen las normas generales que prohíben la expulsión hacia determinados Estados, enunciadas en los proyectos de artículo 23 y 24.

Artículo 7. Normas relativas a la expulsión de apátridas

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los apátridas, y en particular de la norma según la cual un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Comentario

1) Al igual que los refugiados, los apátridas gozan, en virtud de las normas pertinentes de derecho internacional, de un régimen favorable que somete su expulsión a condiciones restrictivas. En el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, se califica de apátrida a «toda persona que no

⁵⁸ Véase, *supra*, el proyecto de artículo 2, apartado *a*, *in fine*.

sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»⁵⁹.

2) El proyecto de artículo 7 enuncia una cláusula «sin perjuicio» encaminada a salvaguardar la aplicación a los apátridas de las normas relativas a su expulsión. Se trata, en particular, de las normas relativas a los requisitos de procedimiento aplicables a la expulsión de un apátrida, que figuran en el artículo 31, párrafo 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas⁶⁰. El proyecto de artículo también se refiere a las disposiciones del artículo 31, párrafo 3, de la Convención⁶¹, que exige al Estado expulsor que conceda al apátrida un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país y reserva asimismo a ese Estado el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estime necesarias.

3) Como en el caso del apartado *a* del proyecto de artículo 6 sobre los refugiados, el proyecto de artículo 7 reproduce el tenor del artículo 31, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. También en este caso la limitación de los motivos de expulsión se refiere únicamente a los apátridas legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

4) El proyecto de artículo 7 no contiene una disposición análoga al apartado *b* del proyecto de artículo 6 sobre los refugiados relativa a la obligación de no devolución. Los apátridas, al igual que cualquier otro extranjero objeto de una expulsión, gozan de la protección que se reconoce a los extranjeros en general en los proyectos de artículo 23 y 24 *infra*.

⁵⁹ Esta disposición dice lo siguiente:

«Artículo 1 – Definición del término “apátrida”

1. A los efectos de la presente Convención, el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

2. Esta Convención no se aplicará:

i) A las personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia;

ii) A las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país;

iii) A las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para considerar:

a) Que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definido en los instrumentos internacionales referentes a dichos delitos;

b) Que han cometido un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia, antes de su admisión en dicho país;

c) Que son culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.»

⁶⁰ Esta disposición dice así: «La expulsión del apátrida [es decir, un apátrida que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor] únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al apátrida presentar pruebas en su descargo, interponer recursos y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente».

⁶¹ Esta disposición dice así: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida [es decir, un apátrida “que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados”] un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.»

Artículo 8. Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión

Un Estado no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 se refiere al supuesto en que un Estado priva a uno de sus nacionales de su nacionalidad, convirtiéndolo así en extranjero, con el único fin de expulsarlo. Tal privación de la nacionalidad, en la medida en que no tenga otra justificación que la voluntad del Estado de expulsar a la persona en cuestión, sería abusiva, e incluso arbitraria, en el sentido del artículo 15, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶². Esa es la razón por la cual el proyecto de artículo 8 enuncia la prohibición de la privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión.

2) Sin duda, habría sido más sencillo decir, por ejemplo, que «[u]n Estado no privará a su nacional de su nacionalidad con el único fin de expulsarlo». La Comisión prefirió el enunciado actual, en que las palabras «no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad», aparte de permitir establecer una conexión entre el supuesto examinado y la cuestión de la expulsión de extranjeros, desempeñan una función explicativa: describen cómo el nacional de un Estado puede convertirse en extranjero en ese Estado por la privación de su nacionalidad cuando el único fin del Estado en cuestión es expulsar a la persona de que se trata.

3) No obstante, conviene aclarar que el proyecto de artículo 8 no pretende limitar la aplicación de la legislación en materia de concesión o pérdida de la nacionalidad; por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que afecta al derecho de un Estado a privar a una persona de su nacionalidad por un motivo contemplado en la legislación de ese Estado. De igual modo, el proyecto de artículo 8 no se refiere a las situaciones en que una persona renuncia voluntariamente a su nacionalidad.

4) Por otra parte, el proyecto de artículo 8 no aborda la cuestión de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales, que queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, el cual se refiere únicamente a la expulsión de extranjeros.

Artículo 9. Prohibición de la expulsión colectiva

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.

⁶² Resolución 217(III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Véase también el artículo 20, párrafo 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.»), así como el artículo 29, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 39 *supra*): «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a nadie se privará arbitrariamente o ilegalmente de su nacionalidad».

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 incluye en su párrafo 1 una definición de la expulsión colectiva a los efectos del presente proyecto de artículos. Según esta definición, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros «como grupo». Ese enunciado se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶³. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos de los no ciudadanos, el Sr. David Weissbrodt, también hizo suyo este criterio en su informe final de 2003⁶⁴. Esta definición aborda únicamente el

⁶³ Véase el asunto *Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 45917/99, de 23 de febrero de 1999, párr. 1: «el Tribunal decide que ha de entenderse la expulsión colectiva como toda medida encaminada a obligar a los extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que esa medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo. Además, el hecho de que un cierto número de extranjeros resulte afectado por decisiones semejantes no lleva a concluir que haya una expulsión colectiva cuando cada persona interesada ha tenido la oportunidad de plantear los argumentos para objetar su expulsión a las autoridades competentes en forma individual [...]». Véase también el asunto *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), de 5 de febrero de 2002, demanda n.º 51564/99, párr. 59, ECHR 2002-I: «el Tribunal reiteró su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo n.º 4 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo (véase *Andric*, decisión antes citada)». Véase asimismo el asunto *Georgia v. Russia (I)*, sentencia (sobre el fondo), 3 de julio de 2014, demanda n.º 13255/07, párr. 167: «El Tribunal reitera su jurisprudencia en cuya virtud “la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo n.º 4, ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo” (véase *Čonka*, citado anteriormente, párr. 59). Posteriormente, el Tribunal ha especificado que “el hecho de que una serie de extranjeros sean objeto de decisiones similares no lleva, en sí mismo, a la conclusión de que se trata de una expulsión colectiva, si a cada uno de los interesados, de manera individual, se le ha dado la oportunidad de formular argumentos contra su expulsión ante las autoridades competentes” (véase, entre otros, *Sultani v. France*, sentencia, 20 de septiembre de 2007, demanda n.º 45223/05, ECHR 2007-IV (extractos), párr. 81, y *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], sentencia, 23 de febrero de 2012, demanda n.º 27765/09, ECHR 2012], párr. 184). Ello no significa, no obstante, que si ha habido un examen razonable y objetivo del caso concreto de cada persona, “los antecedentes de la ejecución de las órdenes de expulsión ya no desempeñen papel alguno a la hora de determinar si se ha respetado el artículo 4 del Protocolo n.º 4” (véase *Čonka*, citado anteriormente, [párr. 59]).»

⁶⁴ En dicho informe el Relator Especial decía lo siguiente: «Cualquier medida que obligue a no ciudadanos, como grupo, a salir de un

elemento «colectivo» y debe interpretarse a la luz de la definición general de expulsión que figura en el proyecto de artículo 2, apartado a.

2) El párrafo 2 del proyecto de artículo 9 enuncia la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. Esta prohibición figura expresamente en varios tratados internacionales de derechos humanos. En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias prohíbe expresamente la expulsión colectiva de dichas personas y establece en el párrafo 1 de su artículo 22 que «[l]os trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente». En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 22, párrafo 9, que «[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros». El Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 4 que «[q]uedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». Del mismo modo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone, en el párrafo 5 de su artículo 12, que «[l]a expulsión masiva de extranjeros estará prohibida» y define, en la misma disposición, esa forma de expulsión como «aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso». Por último, la Carta Árabe de Derechos Humanos⁶⁵ estipula en su artículo 26, párrafo 2 *in fine*, que «se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos».

3) El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prohíbe expresamente la expulsión colectiva. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha expresado la opinión de que una expulsión de ese género sería contraria a las garantías procesales a que tiene derecho el extranjero objeto de expulsión. En su Observación general n.º 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, el Comité declaró lo siguiente:

El artículo 13 regula directamente solo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley», su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. *Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa**. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos

país queda prohibida excepto cuando se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada no ciudadano perteneciente al grupo» («Los derechos de los no ciudadanos», informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la decisión 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social (E/CN.4/Sub.2/2003/23 [y Add.1 a 4]), 26 de mayo de 2003, párr. 11 (en el que se cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka v. Belgium* (véase la nota 63 *supra*)). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos habla de «un examen razonable y objetivo». Esa expresión no se ha reproducido en la versión final del proyecto de artículo 9 a fin de poner la expulsión conjunta de más de un extranjero bajo el régimen de derecho común de la expulsión establecido por el presente proyecto de artículos.

⁶⁵ Véase la nota 39 *supra*.

en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros⁶⁶.

4) La prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros enunciada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 debe leerse a la luz del párrafo 3, que la aclara especificando las condiciones en que se puede expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros sin que se considere que dicha medida constituye una expulsión colectiva en el sentido del proyecto de artículos. El párrafo 3 indica que tal medida de expulsión es admisible a condición de que se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos. Esta última indicación se refiere en particular al párrafo 3 del proyecto de artículo 5 que dispone que el motivo de expulsión sea evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar⁶⁷.

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 9 es una cláusula de salvaguarda o «sin perjuicio» concerniente a los casos de conflicto armado. Dicha cláusula, que se refiere, de una manera general, a las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor, tiene por objeto evitar cualquier incompatibilidad entre los derechos y obligaciones del Estado enunciados en el presente proyecto de artículos y los previstos en el derecho internacional humanitario.

Artículo 10. Prohibición de la expulsión encubierta

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

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 tiene por objeto establecer que un Estado no tiene derecho a utilizar técnicas o medios encubiertos o subrepticios para lograr el mismo resultado que podría conseguir con la adopción de una decisión de expulsión, es decir, compeler a un extranjero

a abandonar su territorio. En la doctrina anglófona⁶⁸ se emplea a menudo la expresión *constructive expulsion* para designar modalidades de expulsión distintas de la adopción de una decisión en ese sentido. No obstante, la Comisión consideró que era difícil encontrar en otros idiomas, en particular en francés, un equivalente satisfactorio de la expresión *constructive expulsion*; además, esa expresión podía transmitir una connotación positiva no deseada. Por consiguiente, la Comisión eligió, en este contexto, la expresión «expulsión encubierta».

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 enuncia la prohibición de toda forma de expulsión encubierta, expresando así que dicho procedimiento está prohibido por el derecho internacional en todas sus formas o modalidades. Ello se debe a que, por su naturaleza, una expulsión encubierta vulnera los derechos del extranjero en cuestión, incluidos los derechos procesales enunciados en la cuarta parte del proyecto de artículos.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 10 contiene una definición de expulsión encubierta que se centra en su singularidad. Esta radica en que el Estado expulsor, sin tomar una decisión formal de expulsión, adopta un comportamiento con el que pretende lograr, y de hecho logra, el mismo resultado, es decir, la salida forzosa del extranjero de su territorio. Este elemento de subrepción se expresa mediante el adverbio «indirectamente», que califica la salida del extranjero como el resultado del comportamiento del Estado. Las últimas palabras del párrafo 2 pretenden indicar que la noción de «expulsión encubierta» abarca únicamente los supuestos en que la salida forzosa del extranjero es el *resultado deseado* de una acción u omisión atribuible al Estado. La intención del Estado expulsor de provocar la salida del extranjero de su territorio, que es inherente a la definición de expulsión en general, sigue siendo, por lo tanto, un elemento determinante cuando la expulsión se produce de manera encubierta. Además, el párrafo 2 del proyecto de artículo solo concierne a las acciones u omisiones del Estado que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros en una forma no prevista por la ley. La prohibición enunciada no abarca, en particular, los supuestos en que la expulsión es la consecuencia de una decisión adoptada conforme a la ley y motivada, con arreglo al derecho internacional⁶⁹.

4) Esta definición de expulsión encubierta, que se basa en los elementos de la «coerción» y la «intención», parece ajustarse a los criterios aplicados al respecto por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha examinado varias reclamaciones relativas a situaciones de la misma naturaleza que las previstas en el proyecto de artículo 10. Los dos elementos esenciales de la noción de «expulsión encubierta» que surgen de las decisiones pertinentes de ese tribunal se han resumido de la siguiente manera:

Esos casos parecerían presuponer al menos: 1) que las circunstancias en el país de residencia son tales que no es razonable suponer que el extranjero tenga una alternativa real, y 2) que detrás de los hechos o

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto), 22 de abril de 1986, párr. 10 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/41/40)*, anexo VI, pág. 121).

⁶⁷ Véase *supra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 5.

⁶⁸ Véase, entre otros, R. L. Cove, «State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals», *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n.º 4 (1988), págs. 802 a 838.

⁶⁹ Véanse en particular los proyectos de artículo 4 y 5, *supra*, relativos a la obligación de conformidad con la ley y a los motivos de expulsión, respectivamente.

actos que llevaron al extranjero a partir existe la intención de expulsarlo y, además, esos actos son atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad del Estado⁷⁰.

5) El enfoque adoptado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía parece ir en el mismo sentido. Esta Comisión examinó la reclamación en que Etiopía acusaba a Eritrea de ser responsable de expulsiones «indirectas» o «implícitas» de etíopes, contraviniendo el derecho internacional. La Comisión de Reclamaciones desestimó algunas reclamaciones tras constatar que los etíopes en cuestión no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea ni empujados a marcharse a causa de las políticas gubernamentales, sino que habían abandonado el país por otras razones, como factores económicos o trastornos relacionados con la guerra, de los que Eritrea no era responsable. La Comisión de Reclamaciones señaló que la voluntariedad parecía haber predominado en esas situaciones⁷¹.

Al examinar los casos de expulsión ulteriores, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, fundándose en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, subrayó que en materia de expulsión implícita el umbral jurídico de la responsabilidad era elevado. La Comisión de Reclamaciones concluyó que Etiopía no había aportado la prueba de que ese umbral se hubiera alcanzado, constatando lo siguiente:

126. Etiopía también sostuvo que quienes salieron entre mayo y diciembre de 2000 eran víctimas de expulsión indirecta o implícita ilegal. En líneas generales, las partes expresaron opiniones ampliamente coincidentes acerca del derecho aplicable en esta materia. Ambas citaron la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que establece un umbral elevado para la responsabilidad en materia de expulsión implícita. Según los pronunciamientos de ese Tribunal acerca de la expulsión implícita, quienes abandonan un país tienen que haber experimentado condiciones tan atroces o peligrosas que la única solución realista sea salir del país. Esas condiciones deben ser resultado de las acciones o políticas del gobierno anfitrión o serle claramente atribuibles. Por último, las acciones del gobierno deben haber sido adoptadas con la intención de incitar a extranjeros a marcharse⁷².

127. Según los datos reunidos, los hechos no cumplen esos criterios. La situación económica en Eritrea después de la guerra era difícil tanto para etíopes como para eritreos, pero el Gobierno de Eritrea no creó intencionalmente un marasmo económico generalizado para echar a los etíopes. La Comisión constata que el Gobierno de Eritrea adoptó medidas en el verano de 2000 que eran perjudiciales para los intereses

⁷⁰ D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2010, pág. 470 (observaciones sobre las causas juzgadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos relativas a la expulsión encubierta). En relación con esta jurisprudencia, véase también G. Gaja, «Expulsion of aliens: Some old and new issues in international law», en J. Cardona Llorens (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3 (1999), Castellón, Aranzadi, 2000, págs. 283 a 314, en especial págs. 289 y 290, en que se citan las siguientes decisiones del Tribunal: *Short v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 14 de julio de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), págs. 76 y ss., en particular págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 19 de agosto de 1985, *ibíd.*, vol. 9 (1985-II), págs. 10 y ss., en particular pág. 18; y *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 3 de noviembre de 1987, *ibíd.*, vol. 17 (1987-IV), págs. 135 y ss., en particular págs. 147 y 148. Véanse también P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262; J. R. Crook, «Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience», *AJIL*, vol. 83 (1989), págs. 278 a 311, en especial págs. 308 y 309; y Cove (nota 68 *supra*), págs. 802 a 838.

⁷¹ *Partial Award, Civilians Claims-Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 91 a 95, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI (n.º de venta: B.06.V.7), págs. 277 y 278.

económicos de muchos etíopes y que los etíopes eran objeto de la hostilidad de la opinión pública y víctimas de hostigamiento. Sin embargo, muchos etíopes de Eritrea evidentemente estimaron que había otras soluciones distintas de la salida del país y eligieron quedarse o postergar su partida. La Comisión concluye que el conjunto de los datos reunidos no demuestra que se haya alcanzado el elevado umbral jurídico requerido para la prueba de la pretensión de la existencia de expulsión implícita generalizada⁷².

6) También conviene incluir entre los comportamientos de un Estado que pueden constituir una expulsión encubierta en el sentido del proyecto de artículo 10 el apoyo o la tolerancia manifestados por ese Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares a título individual o colectivo⁷³. El apoyo o la tolerancia manifestados por un Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares podían estar comprendidos en la prohibición de la expulsión encubierta si dicho apoyo o dicha tolerancia constituían «una acción o una omisión atribuible a dicho Estado [...] que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio». Dicho de otro modo, el apoyo o la tolerancia del Estado expulsor deben evaluarse a la luz del criterio de la intención específica a que se hace referencia en la última parte del párrafo 2. Se entiende que deben establecerse requisitos particularmente estrictos a este respecto cuando se trata de una simple tolerancia que no viene acompañada de acciones positivas de apoyo por el Estado a los actos cometidos por particulares. Los criterios de atribución de un comportamiento a un Estado son los mismos que los establecidos en el capítulo II de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados en 2001⁷⁴.

7) El elemento del apoyo o la tolerancia respecto de actos cometidos por particulares puede referirse tanto a actos cometidos por nacionales del Estado en cuestión como a actos cometidos por extranjeros que se encuentran en el territorio de ese Estado. Ese es el sentido de las

⁷² *Ibíd.*, págs. 285 y 286; en la nota de pie de página omitida se hace referencia a los siguientes trabajos: C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 343 a 365; y G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 464 a 471.

⁷³ Véase la Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa de la Asociación de Derecho Internacional. La definición del término «expulsión» que figura en dicha Declaración también se aplica en aquellos casos en que la salida forzosa de personas se logra por medios distintos a una decisión formal de las autoridades del Estado. Esta definición, en efecto, incluye los supuestos en que un Estado apoya, instiga o tolera actos cometidos por sus ciudadanos con la intención de provocar la salida de algunas personas de su territorio. Según la Declaración,

«[...] "expulsión" en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto, o la omisión, de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas;

«[...] "la omisión" puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior [...].»

International Law Association, «Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion», *Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*, Londres, 1987, pág. 13.

⁷⁴ Véase la nota 22 *supra*.

palabras «sus nacionales u otras personas», que de hecho se refieren a personas tanto físicas como jurídicas.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes

Queda prohibida la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 enuncia la prohibición de las expulsiones confiscatorias, es decir, las que tienen por objetivo privar ilegalmente a un extranjero de sus bienes. La privación ilegal de bienes puede, en efecto, ser el fin inconfesado de la expulsión. «Por ejemplo, “el derecho” de expulsión puede ejercerse [...] para expropiar los bienes del extranjero. [...] En ese caso, el ejercicio de esa facultad está fuertemente viciado por ese fin último ilegal que se persigue»⁷⁵. Esas expulsiones, a las que algunos Estados han recurrido en el pasado⁷⁶, son ilícitas en virtud del derecho internacional actual. Es preciso constatar que estas expulsiones, aparte de estar viciadas por lo que respecta a sus motivos⁷⁷, son incompatibles con el principio fundamental enunciado en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General en 1985, según el cual «[n]ingún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos»⁷⁸.

2) Por otra parte, una expulsión cuyo único objetivo sea confiscar bienes al extranjero en cuestión pone en entredicho el derecho de propiedad consagrado en diversos tratados de protección de los derechos humanos⁷⁹. Cabe señalar que la prohibición enunciada en el proyecto de artículo 11 no se aplicaría a las situaciones en que la confiscación de bienes sea la sanción que, con arreglo a la ley, se impone a un extranjero por la comisión de una infracción que dé lugar a la confiscación de bienes.

Artículo 12. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso

Un Estado no recurrirá a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 enuncia en términos generales la prohibición de recurrir a la expulsión con el

fin de eludir un procedimiento de extradición en curso. Se ha podido hablar, en este contexto, de «extradición encubierta»⁸⁰. Como indica claramente el texto del proyecto de artículo 12, la prohibición en cuestión solo se aplica mientras el procedimiento de extradición está en curso, es decir, desde el momento en que el Estado en cuyo territorio se encuentra el extranjero recibe de otro Estado una solicitud de extradición de ese extranjero hasta el momento en que las autoridades competentes del primer Estado toman una decisión definitiva y ejecutada sobre la solicitud de extradición. No se aplicaría a las situaciones en que no se hubiera presentado ninguna solicitud de extradición, ni a aquellas en que la solicitud de extradición se hubiera rechazado o resuelto de otra manera.

2) Además, la prohibición enunciada en el proyecto de artículo 12 solo se aplica a las situaciones en que la expulsión tiene por único objetivo eludir un procedimiento de extradición. El término «eludir» presume la intención del Estado expulsor de servirse del procedimiento de expulsión con el solo propósito de sustraerse a las obligaciones que le incumben en el marco de un procedimiento de extradición. Cuando el único objetivo no es eludir un procedimiento de extradición, el Estado expulsor conserva el derecho de expulsar a un extranjero cuando se cumplan las condiciones para ello.

TERCERA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

⁷⁵ G. S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 209.

⁷⁶ Véanse, en particular, los ejemplos citados en: F. P. Weber, «Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1)», *Cultures et Conflits*, n.º 23 (1996), págs. 107 a 153; A. Bazin, «Les décrets Beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne», *Questions d'Europe*, n.º 59 (23 de septiembre de 2002); y L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *AJIL*, vol. 55 (1961), págs. 545 a 584, en particular pág. 566.

⁷⁷ Véase Goodwin-Gill (nota 75 *supra*), págs. 216 y 217, y 307 y 308.

⁷⁸ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo, art. 9.

⁷⁹ Véase también el proyecto de artículo 20 *infra*, relativo a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión.

⁸⁰ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986 (nota 44 *supra*), párrs. 52 a 60, en especial la conclusión del Tribunal en el párrafo 60 de su sentencia: «En consecuencia, el Tribunal, vistas todas las circunstancias del caso y basándose en una serie de elementos concordantes, llega a la conclusión de que la privación de libertad de que fue objeto el demandante en la noche del 26 al 27 de octubre de 1979 no era “legal”, en el sentido del artículo 5, párrafo 1 f, ni compatible con el “derecho a la seguridad”. Se trataba en realidad de una medida de extradición encubierta, destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges emitió el 15 de mayo de 1979, y no de una “detención cautelar” necesaria en el marco normal de un “procedimiento de expulsión”. A este respecto, las conclusiones del presidente del tribunal de primera instancia de París, aunque carentes de la autoridad de cosa juzgada, y del Tribunal Administrativo de Limoges, aun cuando solo tenía que resolver sobre la legalidad del auto de 17 de septiembre de 1979, revisten a juicio del Tribunal una importancia capital; ponen de manifiesto la vigilancia de que hicieron muestra los jueces franceses. Ha habido, pues, violación del artículo 5, párrafo 1, del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]».

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 13 enuncia la obligación del Estado expulsor de tratar a todo extranjero objeto de expulsión con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión. El enunciado de este párrafo está tomado del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la situación de las personas privadas de libertad. La adición al final de las palabras «durante todo el procedimiento de expulsión» tiene por objeto señalar el carácter general de la obligación en cuestión, que abarca todas las etapas del procedimiento que pueden llevar a la adopción de una resolución de expulsión y su ejecución, incluida, en su caso, la imposición al extranjero de medidas de restricción o privación de la libertad.

2) El principio general del respeto de la dignidad de todo extranjero objeto de expulsión reviste una especial importancia, teniendo en cuenta que no es infrecuente que durante el procedimiento de expulsión los extranjeros en cuestión sean sometidos a tratos humillantes que, si bien no constituyen necesariamente tratos crueles, inhumanos o degradantes, atentan no obstante contra la dignidad humana. La expresión «dignidad inherente al ser humano», que se ha tomado del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene por objeto indicar que la dignidad a que se hace referencia debe interpretarse como un atributo inherente a todo ser humano.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 13 es un simple recordatorio del derecho de todo extranjero objeto de expulsión a que se respeten sus derechos humanos. La palabra «incluidos», que precede a la referencia a los derechos humanos enunciados en el proyecto de artículos, tiene por objeto indicar que la mención específica de determinados derechos en el proyecto de artículos solo se justifica por su particular pertinencia en el contexto de la expulsión; no debe interpretarse que esta mención implica en modo alguno que es más importante respetar estos derechos que otros derechos humanos que no se mencionan en el proyecto de artículos. Huelga decir que el Estado expulsor debe respetar, con relación al extranjero objeto de expulsión, todas las obligaciones de protección de los derechos humanos que le incumben tanto en virtud de los tratados internacionales en que es parte como en virtud del derecho internacional general. Aclarado este extremo, conviene mencionar en particular, en este contexto, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985⁸¹.

Artículo 14. Prohibición de la discriminación

El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

⁸¹ Véase la nota 78 *supra*.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 versa sobre la obligación de respetar los derechos sin discriminación en el contexto de la expulsión de extranjeros. La obligación de no discriminar está enunciada, con fórmulas que varían, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales⁸². Esta obligación también ha sido reconocida por la jurisprudencia en relación con la expulsión. En particular, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos la reconoció en términos generales en el asunto *Rankin*:

El demandante que alega haber sido expulsado tiene que demostrar la ilegalidad de la acción del Estado que lo expulsó, o sea que dicha acción fue arbitraria o discriminatoria o que constituyó un incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado en virtud de los tratados⁸³.

Cabe mencionar asimismo el llamado caso de las *mujeres de Mauricio*, en que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que se había vulnerado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque la legislación en cuestión introducía una discriminación por motivos de sexo al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad de Mauricio, pero no a los maridos de esa nacionalidad⁸⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió el criterio del Comité de Derechos Humanos en el caso de las *mujeres de Mauricio* anteriormente mencionado en su sentencia dictada el 28 de mayo de 1985 en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*⁸⁵. En efecto, el Tribunal declaró, por unanimidad, que cada una de las demandantes había sido víctima de discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: a diferencia de los inmigrantes varones establecidos en el Reino Unido, las demandantes no tenían derecho, en la misma situación, a obtener para sus cónyuges no nacionales permisos de entrada y residencia en el país. Tras señalar que «el avance hacia la igualdad entre los sexos es hoy en día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa», el Tribunal estimó que «una distinción basada en el sexo solo podría considerarse compatible con el Convenio por razones muy poderosas»⁸⁶. También subrayó que el artículo 14

⁸² Véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 62 *supra*), el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo n.º 12, o el artículo 28 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁸³ *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (véase la nota 70 *supra*), pág. 142, párr. 22.

⁸⁴ *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio c. Mauricio*, observaciones relativas a la Comunicación n.º R 9/35 aprobadas por el Comité el 9 de abril de 1981, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, anexo XIII, págs. 140 y ss., párr. 9.2.

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, sentencia de 28 de mayo de 1985, serie A n.º 94; Marc Bossuyt señala los pasajes pertinentes de esta sentencia en su comentario del artículo 14 en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999, págs. 482 y 483.

⁸⁶ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* (véase la nota 85 *supra*), párr. 78.

pretendía «impedir la discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Convenio en aquellos casos en que existen diversas maneras de cumplir las obligaciones que se derivan de él»⁸⁷. En cambio, el Tribunal consideró que, en ese caso, el hecho de que las normas aplicables afectaran «a menos personas blancas que de otra raza» no era «motivo suficiente para atribuirles carácter racista», ya que no había ninguna «cláusula que estableciera distinciones entre personas o grupos sobre la base de su raza o de su origen étnico»⁸⁸.

2) El proyecto de artículo 14 enuncia la obligación del Estado expulsor de respetar los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna. Por cuanto esa obligación se refiere al ejercicio del derecho de expulsión, abarca tanto la decisión de expulsar o no como las modalidades para la toma de la decisión de expulsión y su eventual ejecución.

3) La lista de motivos de discriminación prohibidos contenida en el proyecto de artículo 14 se basa en la que figura en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la adición del motivo del «origen étnico» y de una referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional». La mención expresa del «origen étnico» en el proyecto de artículos se justifica tanto por el carácter incuestionable de la prohibición de la discriminación por ese motivo en el derecho internacional actual como por la particular pertinencia de las cuestiones étnicas en el contexto de la expulsión de extranjeros. La referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» indica claramente el carácter no exhaustivo de la lista de motivos de discriminación prohibidos que figura en el proyecto de artículo 14.

4) En lo que respecta a la prohibición de toda discriminación por motivos de orientación sexual, sigue habiendo diferencias y en ciertas regiones la práctica varía. En todo caso, existe práctica internacional y jurisprudencia sobre el tema. Conviene señalar que, según la interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la referencia al «sexo» en los artículos 2, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta noción incluye la orientación sexual⁸⁹.

5) La referencia en el proyecto de artículo a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» permite recoger cualquier desarrollo normativo concerniente a los motivos de discriminación prohibidos que haya tenido lugar con posterioridad a la adopción del Pacto. Por otra parte, también mantiene las posibles excepciones a la obligación de no discriminar por motivos de origen nacional. En particular deja a salvo

la posibilidad de que los Estados establezcan entre ellos regímenes jurídicos especiales basados en el principio de la libre circulación de sus nacionales, como el de la Unión Europea⁹⁰.

Artículo 15. Personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad.

2. En particular, en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 establece requisitos específicos en lo que respecta a la expulsión de personas vulnerables como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad o las mujeres embarazadas.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 15 tiene un alcance general. Establece la obligación del Estado expulsor de otorgar a las personas vulnerables objeto de expulsión el trato y la protección apropiados habida cuenta de su vulnerabilidad y sus necesidades especiales. La formulación de la exigencia de que esas personas sean «consideradas como tales» tiene por objeto subrayar la importancia que reviste el reconocimiento previo de su vulnerabilidad por el Estado expulsor, puesto que es precisamente ese reconocimiento el que justificará que se les otorgue un trato y una protección particulares.

3) No es posible enumerar en un proyecto de artículo todas las categorías de personas vulnerables que podrían merecer una protección especial en el marco de un procedimiento de expulsión. Además de las categorías de personas que se mencionan explícitamente, cabe pensar en otras personas como las que sufren una enfermedad incurable o una enfermedad que necesita cuidados especiales que, hipotéticamente, no se pueden dispensar —o resultan difíciles de dispensar— en el posible o los posibles Estados de destino. La adición de las palabras «y otras personas vulnerables» indica claramente que la lista que figura en el párrafo 1 no es exhaustiva.

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 15 se refiere al caso específico de los niños y su enunciado reproduce el del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹¹. Si bien no excluye la toma en

⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 82.

⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 85.

⁸⁹ *Nicholas Toonen c. Australia*, comunicación n.º 488/1992, observaciones aprobadas el 31 de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/49/40)*, vol. II, págs. 234 y ss., en particular pág. 243, párr. 8.7. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, entre otros, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, demanda n.º 33290/96, párr. 28, ECHR 1999-IX; y *E. B. v. France* [GC], sentencia de 22 de enero de 2008, demanda n.º 43546/02, párr. 50.

⁹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de esta cuestión en el asunto de un nacional de Marruecos que fue expulsado de Bélgica. El Tribunal dijo que, «[e]n lo que se refiere al trato preferente dado a los nacionales de los demás Estados miembros de las comunidades, hay una justificación objetiva y razonable para ello, ya que Bélgica pertenece, junto con esos Estados, a un ordenamiento jurídico especial» (*Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párr. 49).

⁹¹ El artículo 3, párrafo 1, dice así: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

consideración de otros factores pertinentes, el párrafo 2 exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las decisiones concernientes a los niños que sean objeto de expulsión⁹².

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 16. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión.

Comentario

El proyecto de artículo 16 recuerda la obligación del Estado expulsor de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión. Este derecho, que, según el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «es inherente a la persona», se proclama, ciertamente de manera diversa, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto de carácter universal⁹³ como de carácter regional⁹⁴.

Artículo 17. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 recuerda, en el contexto de la expulsión, la prohibición general de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. Se trata de una obligación consagrada en diversos instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional⁹⁵. La obligación de no someter a los extranjeros a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se enuncia asimismo en la resolución 40/144 de la Asamblea

⁹² Véase, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentencia de 12 de octubre de 2006, demanda n.º 13178/03, ECHR 2006-XI, párr. 55.

⁹³ Véanse en particular el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (nota 62 *supra*) y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁹⁴ Véanse el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el artículo 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 39 *supra*).

⁹⁵ Véanse, entre otros, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 62 *supra*), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 4 del preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 5, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

General⁹⁶. En su fallo de 30 de noviembre de 2010, dictado en la causa *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia recordó, con respecto a un caso de expulsión, que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes formaba parte del derecho internacional general⁹⁷.

2) El proyecto de artículo 17 concierne solamente a la obligación del Estado expulsor mismo de no someter a un extranjero a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En cambio, la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tales tratos o penas se enuncia en el proyecto de artículo 24 *infra*.

3) El proyecto de artículo 17 no aborda la cuestión de en qué medida la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se aplica también cuando tales tratos son infligidos no por órganos *de iure* o *de facto* del Estado sino por personas o grupos de personas que actúan a título privado. Esa cuestión se ha dejado al criterio de los órganos internacionales de vigilancia o, llegado el caso, los tribunales que hubieran de pronunciarse sobre el alcance exacto de las obligaciones derivadas de un determinado instrumento de protección de los derechos humanos⁹⁸.

Artículo 18. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 consagra la obligación del Estado expulsor de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. Este derecho es especialmente pertinente en el contexto de la expulsión de extranjeros. En efecto, por el hecho mismo de compeler a un extranjero a abandonar el territorio de un Estado, la expulsión puede afectar a la unidad de la familia de ese extranjero en caso de que, por razones diversas, los miembros de su familia no estén en condiciones de seguirle al Estado de destino. No resulta pues sorprendente comprobar que la legislación y la jurisprudencia de diversos Estados reconocen la necesidad de tener en cuenta las consideraciones familiares como posible factor restrictivo de la expulsión de extranjeros⁹⁹.

⁹⁶ Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (véase la nota 78 *supra*), art. 6.

⁹⁷ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 671, párr. 87. Véase también *infra* el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 24.

⁹⁸ Véanse a este respecto las cuestiones mencionadas en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 24 *infra*.

⁹⁹ Véanse, por ejemplo: España, Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica n.º 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, arts. 57.5 b y 64.2 a; República Checa, Ley n.º 326, de 30 de noviembre de 1999, relativa a la estancia de los extranjeros y la modificación de ciertas leyes (modificada por la Ley n.º 140, de 3 de abril de 2001, y la Ley n.º 427, de 21 de diciembre de 2010), arts. 9 3); Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2002:716) arts. 8:15, 8:13 y 8a:2; y Suiza, Ley Federal de Nacionales Extranjeros

2) El derecho a la vida familiar está recogido tanto en instrumentos universales como en convenciones regionales de protección de los derechos humanos. En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 17 lo siguiente:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, *su familia**, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Asimismo, a tenor del artículo 5, párrafo 1 *b*, de la Declaración de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, los extranjeros gozan del derecho a la «protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia»¹⁰⁰.

3) En el ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en su artículo 8, párrafo 1, que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea retoma *in extenso* esta disposición en su artículo 7. Según el apartado *c* de la sección III del Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento, al pronunciarse sobre la expulsión, los Estados contratantes deberán, entre otras cosas, tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas afectadas. Y si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, partidaria por lo demás de la protección de la familia (véase

su artículo 18), no contiene este derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en su artículo 11, párrafo 2, en los mismos términos que el mencionado artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁰¹ lo recoge igualmente en su artículo 21.

4) No obstante, la obligación de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión, enunciada en la primera oración del proyecto de artículo 18, no ofrece a ese extranjero una protección absoluta contra la expulsión. En efecto, la segunda oración de ese proyecto de artículo establece que el Estado expulsor no interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho. Esa limitación figura explícitamente en el artículo 17, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 21, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos, así como en el artículo 8, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰².

5) Las disposiciones del proyecto de artículo 18 se entienden sin perjuicio del régimen de protección de la vida familiar establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En virtud de esa jurisprudencia, el Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar salvo en los casos previstos por la ley y manteniendo un «justo equilibrio» entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión. Esta noción de «justo equilibrio» se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más concretamente, en la condición según la cual una «injerencia» en la vida familiar debe constituir «una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria» en el sentido del párrafo 2 de esa disposición. En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal estimó que la expulsión del Sr. Moustaquim no cumplía esta condición¹⁰³. Dadas las circunstancias del caso, en particular la larga estancia del Sr. Moustaquim en Bélgica, las relaciones establecidas por sus familiares y allegados con el país así como el intervalo relativamente largo transcurrido entre la última infracción cometida por el Sr. Moustaquim y la resolución de expulsión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la medida no era «necesaria en una sociedad democrática», ya que «no se había garantizado un justo equilibrio entre los intereses en juego, y había habido pues una desproporción entre el medio utilizado y el objetivo legítimo que se pretendía alcanzar»¹⁰⁴. El Tribunal ha examinado en varias otras ocasiones la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular en los asuntos *Nasri c. Francia*¹⁰⁵, *Cruz Varas y otros c. Suecia*¹⁰⁶

(n.º 142.20), de 16 de diciembre de 2005, art. 3 2) y Capítulo 7: Reunificación Familiar (arts. 42 a 52). Véase también: *Re Ratzlaff*, Tribunal de Casación de Bélgica, 21 de septiembre de 1959, ILR, vol. 47, págs. 263 y 264; *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado de Bélgica, 13 de julio de 1953, ILR, vol. 20, págs. 335 y 336; *K.A. v. State of the Netherlands*, Tribunal de Distrito de La Haya, 12 de julio de 1979, ILR, vol. 74, pág. 444; *Deportation to U. Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Rineland-Palatinado, 16 de mayo de 1972, ILR, vol. 73, págs. 613 a 617; *In Re Paul B.*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1 de marzo de 1966, ILR, vol. 45, págs. 371 a 376; *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, ILR, vol. 61, págs. 436 a 443; *Expulsion of Alien Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelaciones de Baviera, 12 de enero de 1966, ILR, vol. 57, págs. 313 a 315; *Residence Prohibition Order Case, (1)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, ILR, vol. 61, págs. 431 a 433; *Expulsion of Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo de Apelación, 25 de octubre de 1956, ILR, vol. 23, págs. 393 a 395; *Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación del Land de Renania del Norte-Westfalia, 16 de mayo de 1961, ILR, vol. 32, págs. 255 a 257; *In re Barahona*, Corte Suprema de Costa Rica, 10 de agosto de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, asunto n.º 138, págs. 386 a 388; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, Canadá, Tribunal Superior de Justicia de Ontario, 22 de marzo de 1960, Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 1960, ILR, vol. 32, págs. 252 a 255; *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, cuarto circuito, 20 de mayo de 1993, 993 F.2d 1537 (4th Cir. 1993); *Fernandes v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de noviembre de 1980, ILR, vol. 78, págs. 371 a 378; *Harisiades v. Shaughnessy*, ILR, vol. 19, págs. 345 a 350 (el interesado fue expulsado a pesar de que su esposa e hijos eran nacionales). Véase también el memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párrs. 466 y 467.

¹⁰⁰ Véase la nota 78 *supra*.

¹⁰¹ Véase la nota 39 *supra*.

¹⁰² Por lo demás, esta exigencia se enuncia, en términos generales, en el proyecto de artículo 4 *supra*.

¹⁰³ *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párrs. 41 a 46.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 41 y 46.

¹⁰⁵ *Nasri v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 13 de julio de 1995, demanda n.º 19465/92, en especial el párrafo 46, serie A n.º 320-B.

¹⁰⁶ *Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda n.º 15576/89, en especial los párrafos 88 y 89, serie A n.º 201.

y *Boultif c. Suiza*¹⁰⁷. En este último asunto, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era «necesaria en una sociedad democrática»¹⁰⁸.

6) El criterio del «justo equilibrio» parece también compatible con el enfoque adoptado por el Comité de Derechos Humanos al examinar la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁹.

Artículo 19. Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. a) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.

b) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará

¹⁰⁷ *Boultif v. Switzerland*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 2 de agosto de 2001, demanda n.º 54273/00, ECHR 2001-IX.

¹⁰⁸ En términos más generales, en el asunto *Boultif v. Switzerland*, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era «necesaria en una sociedad democrática». Esos criterios se refieren fundamentalmente al carácter y la gravedad de la infracción cometida por el demandante, la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y muchos otros factores relacionados con los vínculos familiares del demandante, en particular sus hijos:

«El Tribunal solo ha resuelto un número limitado de casos en los que el principal obstáculo para la expulsión era que esta crearía dificultades para que los cónyuges permanecieran juntos, en particular si uno de ellos o los hijos se trasladaran a vivir en el país de origen del otro. Por lo tanto, es necesario establecer unos principios rectores para determinar si la medida en cuestión era necesaria en una sociedad democrática. Al evaluar los criterios pertinentes en este tipo de casos, el Tribunal deberá considerar el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito y el comportamiento del demandante durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que la pareja ha vivido verdaderamente en familia; si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que inició la relación de familia, y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos. Además, el Tribunal deberá considerar la gravedad de las dificultades con que pueda tropezar el demandante en su país de origen, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no es motivo suficiente para descartar la expulsión» (*Boultif v. Switzerland* (nota 107 *supra*), párr. 48).

¹⁰⁹ Según el Comité: «La separación de una persona de su familia por medio de su expulsión podría considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17 si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación» (comunicación n.º 558/1993, *Giosue Canepa c. el Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/52/40)*, vol. II, págs. 116 y ss., en particular pág. 123, párr. 11.4). En un asunto anterior, el Comité había afirmado lo siguiente: «[...] El Comité entiende que la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado» (comunicación n.º 538/1993, *Charles E. Stewart c. el Canadá*, dictamen aprobado el 1 de noviembre de 1996, *ibíd.*, págs. 46 y ss., en particular pág. 59, párr. 12.10).

separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.

2. a) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.

3. a) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.

Comentario

1) El proyecto de artículo 19 enuncia las obligaciones del Estado expulsor con respecto a la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. Esas obligaciones solo se refieren a las situaciones en que la privación de libertad se ordena en el marco de un procedimiento de expulsión y cuyo único objetivo es la expulsión del extranjero. Las normas enunciadas en el proyecto de artículo 19 no conciernen a la detención de extranjeros por motivos distintos de la expulsión, ni siquiera cuando esta sea consecuencia de la comisión de un delito que constituiría un motivo tanto para la privación de libertad como para la expulsión.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 19 enuncia el carácter no arbitrario y no punitivo de la detención a que sea sometido un extranjero con miras a su expulsión¹¹⁰. El apartado *a* establece el principio general según el cual esta detención no debe ser arbitraria ni tener carácter punitivo, mientras que el apartado *b* enuncia una de las consecuencias de dicho principio. El apartado *b* dispone en efecto que, salvo en circunstancias excepcionales, un extranjero que esté detenido a efectos de su expulsión debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad. Esta garantía se reconoce a los procesados, en su condición de personas no condenadas, en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Habida cuenta del carácter no punitivo de la detención a efectos de expulsión, la garantía enunciada en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto debe concederse con mayor motivo a los extranjeros que sean sometidos a esta forma de detención, como se desprende de la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos en sus comentarios sobre el artículo 13 del Pacto, relativo a la expulsión. El Comité señala, en efecto, que si el procedimiento de expulsión entraña detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la

¹¹⁰ Véase a este respecto, Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/85 [y Add.1 a 3 (y Add.3/Corr.1) y Add.4]), 30 de diciembre de 2002, párr. 43: «La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo».

privación de libertad (arts. 9¹¹¹ y 10¹¹²)¹¹³. La misma exigencia se enuncia en el principio 8 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988. Dicho principio, que abarca asimismo la detención con fines de expulsión, estipula que «[l]as personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas». La Corte Internacional de Justicia también ha reconocido que el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 9, párrafos 1 y 2, del Pacto no se limita a los procedimientos penales sino que «en principio, también se aplican a las medidas privativas de libertad adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo, como las que pueden resultar necesarias para ejecutar una medida de expulsión forzada de un extranjero del territorio nacional»¹¹⁴.

3) La referencia a las «circunstancias excepcionales» que podrían justificar el incumplimiento de la norma enunciada en el apartado *b* del párrafo 1 está tomada del artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4) La norma enunciada en el apartado *b* del párrafo 1 no exige necesariamente la creación por el Estado expulsor de establecimientos especialmente destinados a la detención de extranjeros a efectos de su expulsión; la detención de esos extranjeros podría tener lugar en un establecimiento en el que se encuentren también detenidas personas condenadas a penas de privación de libertad, a condición de

que los extranjeros en cuestión estén instalados en una sección separada de ese establecimiento.

5) Conviene precisar que la garantía mencionada se aplica únicamente a un internamiento que tenga por objeto garantizar la ejecución de una resolución de expulsión; se entiende por tanto sin perjuicio del caso en que el extranjero objeto de expulsión haya sido condenado por un delito penal, incluido el supuesto en que la expulsión pueda haber sido dictada como medida alternativa o adicional a la privación de libertad.

6) La importante cuestión de la duración de la detención, que plantea en la práctica problemas delicados, constituye el objeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 19, que consta de dos apartados. El apartado *a* tiene un alcance general y enuncia el principio según el cual la detención de un extranjero a efectos de expulsión está sujeta a limitaciones temporales. Por una parte, debe limitarse al período razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión y, por otra, no debe tener una duración excesiva¹¹⁵. Esas exigencias hallan confirmación en la jurisprudencia internacional y en la legislación de diversos Estados y en un gran número de resoluciones judiciales de órganos jurisdiccionales nacionales¹¹⁶. El calificativo

¹¹⁵ La prohibición de toda detención de duración excesiva fue afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véase en particular el caso *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), de 15 de noviembre de 1996 (nota 29 *supra*), párr. 113: «El Tribunal recuerda, sin embargo, que solo el desarrollo del procedimiento de expulsión justifica la privación de libertad basada en esta disposición [art. 5, párr. 1 f)]. A falta de la diligencia debida en la conducción del proceso, la detención deja de estar justificada a tenor del artículo 5, párrafo 1 f). [...] Es preciso determinar entonces si la duración del procedimiento de expulsión ha sido excesiva».

Véase asimismo: Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (nota 110 *supra*), párr. 35 («La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida») y párr. 75 *g* ([recomendación de] «[v]elar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida»).

¹¹⁶ Véanse, por ejemplo: *In re de Souza*, Brasil, Tribunal Federal Supremo, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, asunto n.º 139, págs. 333 y 334; *Zadydas v. Davis et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001, 533 U.S. 678 (2001), *United States Reports*, vol. 533, pág. 678; *In re Flaumembaum*, Argentina, Cámara Criminal de la Capital, 24 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, asunto n.º 94, págs. 313 a 315 (véase también *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 23 (1941), pág. 773); *Ruling No. 6, Case of the review of the constitutionality of a provision in the second part of article 31 of the USSR Act of 24 July 1981*, «On the legal status of aliens in the USSR» in connection with the complaint of *Yahya Dashi Gafur*, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de febrero de 1998; *In re Cantor*, Corte Suprema Federal (Argentina), 6 de abril de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, asunto n.º 143, págs. 392 y 393 (véase también *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 180, 1938, pág. 197); *In re Hely*, Corte Federal y de Casación de Venezuela, 16 de abril de 1941, *Memoria de la Corte Federal y de Casación 1942*, t. I, pág. 419, citado en ILR, vol. 10, pág. 313; *Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba (Canadá), 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, asunto n.º 154, págs. 291 y 292; *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachusetts, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, asunto n.º 95, págs. 316 a 318.

¹¹¹ El artículo 9 del Pacto dispone lo siguiente: «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

¹¹² El artículo 10 del Pacto dispone lo siguiente: «1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. *a*) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; *b*) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».

¹¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 66 *supra*), párr. 9.

¹¹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 668, párr. 77.

«razonablemente necesario», que figura en el apartado *a*, tiene por objeto ofrecer a las autoridades administrativas y, en su caso, a un órgano judicial, un criterio para poder evaluar la necesidad y la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión.

7) El apartado *b* del párrafo 2 establece que la prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente. El propósito de la condición del control judicial de las autoridades competentes es evitar posibles abusos por parte de las autoridades administrativas en lo que respecta a la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. El contenido del apartado *b* del párrafo 2 se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁷.

8) El párrafo 3 del proyecto de artículo 19 se inspira en una recomendación formulada por la Relatora Especial sobre los derechos de los trabajadores migrantes¹¹⁸. El apartado *a* de ese párrafo enuncia la condición de que la detención de un extranjero a efectos de expulsión se examine a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley. Según los términos mismos del apartado *a*, es la detención como tal, y no la decisión inicial concerniente al internamiento, lo que debe ser objeto de este examen periódico. Esa garantía resulta del carácter no punitivo de la detención de un extranjero a efectos de expulsión.

9) El apartado *b* del párrafo 3 enuncia el principio según el cual debe ponerse fin a la detención a efectos de expulsión cuando esta no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión. La observancia de ese principio se entiende sin perjuicio del derecho del Estado expulsor de aplicar al extranjero objeto de expulsión su legislación penal por los delitos que hubiere cometido. Todo el párrafo debe entenderse a la luz del párrafo 2, lo que significa en particular que, en virtud del apartado *a* del párrafo 2, incluso en caso de que la imposibilidad de ejecutar la expulsión fuese imputable al extranjero en cuestión, la detención de este no podría tener una duración excesiva.

Artículo 20. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión y le permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.

¹¹⁷ Véase, en particular, *Shamsa v. Poland*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, demandas n.ºs 45355/99 y 45357/99, párr. 59. El Tribunal se refirió a «la garantía de *habeas corpus*» que figura en el artículo 5, párr. 4, del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] para «apoyar la idea de que la detención que se prolonga más allá del período inicial previsto en el párrafo 3 requiere la intervención de un “tribunal” como garantía contra la arbitrariedad».

¹¹⁸ Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (véase la nota 110 *supra*), párr. 75 g. Esta recomendación dice así:

«g) [...] La decisión de detener a un migrante debería ser objeto de una revisión periódica sobre la base de criterios legislativos claros. Debería ponerse fin a la detención cuando sea imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no puedan imputarse al migrante.»

Comentario

1) El proyecto de artículo 20, que se refiere a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión, enuncia dos obligaciones que incumben al Estado expulsor. La primera se refiere a la adopción de medidas para proteger los bienes del extranjero en cuestión, mientras que la segunda concierne a la libre disposición por este de sus bienes.

2) El enunciado del proyecto de artículo 20 es lo bastante general para incorporar todas las garantías relativas a la protección de los bienes de un extranjero objeto de expulsión en virtud de los instrumentos jurídicos aplicables en cada caso. Conviene recordar que el artículo 17, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁹ dispone que «[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad». En lo que concierne más concretamente a la expulsión, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone en su artículo 22 lo siguiente:

6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

[...]

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

En el ámbito regional, el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone:

Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 21, relativo al derecho a la propiedad privada, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

[...]

Asimismo, el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Protocolo n.º 1) dispone lo siguiente:

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

¹¹⁹ Véase la nota 62 *supra*.

Por último, el artículo 31 de la Carta Árabe de Derechos Humanos¹²⁰ dispone lo siguiente:

El derecho a la propiedad privada está garantizado a todas las personas y se prohíbe en todos los casos confiscar arbitraria o ilegalmente la totalidad o parte de los bienes de una persona.

3) Cabe considerar que la obligación de proteger los bienes de un extranjero objeto de expulsión implica normalmente que este pueda disponer de una oportunidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado expulsor. La negativa a conceder al extranjero esa oportunidad ha dado lugar a reclamaciones internacionales¹²¹. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional había aprobado una resolución que incluía una disposición según la cual los extranjeros domiciliados, residentes o que tuvieran un establecimiento comercial en el Estado expulsor debían tener la oportunidad de liquidar sus asuntos e intereses:

La expulsión de extranjeros domiciliados, residentes o que tengan un establecimiento mercantil no deberá decretarse sino de manera que no defraude la confianza que hubieran tenido en las leyes del Estado. Deberá dejarles la libertad para utilizar, bien directamente, a ser posible, o bien por medio de terceros elegidos por ellos, todas las vías legales para liquidar sus asuntos e intereses, tanto activos como pasivos, en el territorio¹²².

Más de un siglo después, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró, en el asunto *Rankin*, que una expulsión era ilícita si se privaba al extranjero interesado de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales:

La aplicación de esta política podría, en términos generales, ser contraria a las restricciones de forma y de fondo impuestas al derecho de un Estado de expulsar a extranjeros de su territorio, según se desprende de las disposiciones del Tratado de Amistad [, Comercio y Derechos Consulares] y del derecho internacional consuetudinario. [...] Por

¹²⁰ Véase la nota 39 *supra*.

¹²¹ En el asunto *Hollander*, los Estados Unidos solicitaron a Guatemala una indemnización por la expulsión sumaria de uno de sus nacionales y señalaron que el Sr. Hollander «[...] fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [Los Estados Unidos alegaron que,] con independencia de las facultades que le atribuyen sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que habría cometido más de tres meses antes [...]» (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. IV, pág. 107). Véase también la carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un miembro del Congreso, de 15 de diciembre de 1961 [M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), pág. 861] (caso del *Dr. Breger*): «En cuanto a la expulsión del Dr. Breger de la isla de Rodas en 1938, cabe señalar que, en virtud de los principios generales de derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cuando quiera, con tal de que no ejecute la expulsión de manera arbitraria, por ejemplo haciendo uso de una fuerza innecesaria o denegando al extranjero una oportunidad razonable de salvaguardar sus bienes. En vista de la declaración del Dr. Breger, según la cual las autoridades italianas le ordenaron que saliera de la isla de Rodas en un plazo de seis meses, parece dudoso que la responsabilidad internacional del Gobierno italiano pueda fundarse en el motivo de que no se le diera tiempo suficiente para salvaguardar sus bienes» (Harris (nota 70 *supra*), pág. 470).

¹²² *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 41, Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 58; véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 226.

ejemplo, [...] privando al extranjero de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales antes de su expulsión¹²³.

Asimismo, refiriéndose más específicamente a los trabajadores migrantes, el párrafo 18 (secc. VI) de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (n.º 86), aprobada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dice así:

1) Cuando un trabajador migrante haya sido regularmente admitido en el territorio de un Miembro, dicho Miembro debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.

2) Dicho acuerdo debería prever:

[...]

c) que el migrante deberá haber recibido una notificación previa a fin de que tenga tiempo suficiente para disponer de sus propiedades;

[...] ¹²⁴.

Tales consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales, que, en particular, pueden reconocer al extranjero la posibilidad razonable de liquidar cualquier reclamación salarial u otros créditos antes de su salida del país o precisar, llegado el caso, las medidas que deben adoptarse para velar por la protección de los bienes del extranjero durante la detención de este último a la espera de su expulsión¹²⁵. Más en general, la necesidad de proteger los bienes de los extranjeros objeto de expulsión se tiene igualmente en cuenta, en diverso grado y según diversas modalidades, en la legislación de varios Estados¹²⁶.

4) Según el proyecto del artículo 20, la libre disposición de los bienes debe garantizarse al extranjero «de conformidad con la ley». Esta precisión no debe interpretarse como una autorización para aplicar las leyes del Estado expulsor que tengan por efecto denegar o limitar arbitrariamente esta libre disposición. Sin embargo, permite tener suficientemente en cuenta el posible interés del Estado expulsor en limitar o prohibir, de conformidad con su propia legislación, la libre disposición de determinados bienes, en particular los adquiridos ilegalmente por el extranjero en cuestión o que sean el producto de actividades delictivas o de otros comportamientos ilícitos. Además, la precisión de que debe permitirse al extranjero disponer libremente de sus bienes «incluso desde fuera del país» pretende tener en cuenta las necesidades específicas de un extranjero que hubiera abandonado ya el territorio del Estado expulsor en razón de una resolución de expulsión adoptada contra él. Este último elemento fue tenido en cuenta por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 2010 dictado en el asunto *Diallo*, aunque la Corte consideró finalmente que en ese caso los derechos

¹²³ *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (véase la nota 70 *supra*), pág. 147, párr. 30 e. Por lo que respecta al Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre el Irán y los Estados Unidos, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 284, n.º 4132, pág. 93.

¹²⁴ OIT, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, 1985, pág. 811; disponible en: www.ilo.org, *Normas del trabajo*.

¹²⁵ Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 714.

¹²⁶ Para una panorámica general, véase *ibíd.*, párr. 481.

propios del Sr. Diallo en su calidad de asociado no habían sido violados por la República Democrática del Congo, puesto que «no se había probado que se hubiera impedido al Sr. Diallo convocar juntas generales desde el extranjero, en calidad de administrador o de socio»¹²⁷.

5) Está claro que las normas enunciadas en el proyecto de artículo 20 deben entenderse sin perjuicio del derecho que se reconoce a todo Estado de expropiar o nacionalizar los bienes de un extranjero, de conformidad con las normas aplicables de derecho internacional.

6) La cuestión de los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado no se aborda específicamente en el proyecto de artículo 20, ya que la Comisión optó, como se dice en el comentario al proyecto de artículo 9, por no tratar los aspectos de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. Cabe señalar, sin embargo, que la cuestión de los derechos de propiedad en caso de conflicto armado fue objeto de un examen detallado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía¹²⁸.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

1. El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión.

2. En caso de ejecución forzosa de la resolución de expulsión, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional.

3. El Estado expulsor concederá al extranjero objeto de expulsión un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias.

Comentario

1) El proyecto de artículo 21 se refiere a la protección que el Estado expulsor debe proporcionar al extranjero objeto de expulsión en relación con su salida hacia el Estado de destino. Este proyecto de artículo abarca tanto el supuesto de una salida voluntaria como el de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión.

2) A tenor del párrafo 1 del proyecto de artículo 21, el Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para

¹²⁷ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 681, párr. 121.

¹²⁸ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27-32*, resolución de 17 de diciembre de 2004, párrs. 124 a 129, 133, 135 y 136, 140, 142, 144 a 146, 151 y 152; así como *Ethiopia's Claim 5*, resolución de 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 71 *supra*), párrs. 132 a 135 (Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, págs. 195 a 247 y 249 a 290).

facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión¹²⁹. Aun cuando pretenda, en cierta medida, dar precedencia a la solución de una salida voluntaria del extranjero, no puede interpretarse que esta disposición autorice al Estado expulsor a ejercer presiones indebidas sobre el extranjero para que opte por una salida voluntaria antes que por una ejecución forzosa de la resolución de expulsión. Tiene por objeto facilitar la salida voluntaria cuando proceda.

3) El párrafo 2 se refiere al supuesto de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión. Dispone que, en tal caso, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional. A este respecto conviene precisar que la expresión «traslado seguro [...] de conformidad con las normas de derecho internacional» se refiere tanto a la exigencia de garantizar la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión y de evitar cualquier uso excesivo de la fuerza contra él, como a la necesidad de garantizar, si es necesario, la seguridad de otras personas distintas del extranjero en cuestión, por ejemplo, los pasajeros de un avión utilizado por ese extranjero para trasladarse al Estado de destino.

4) Esta exigencia de respeto de la persona expulsada resulta implícitamente del laudo arbitral dictado en el asunto *Lacoste*, aunque se falló que el demandante no había sido tratado con dureza:

Asimismo, *Lacoste* reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. [...] Sin embargo, no parece que la expulsión fuera ejecutada con dureza y, a instancia del propio demandante, se amplió el plazo fijado para su salida del país¹³⁰.

Del mismo modo, en el asunto *Boffolo*, el árbitro indicó en términos generales que: «La expulsión [...] debe ejecutarse de la manera que resulte menos perjudicial para la persona afectada.»¹³¹ En el asunto *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado de la persona y la obligación de ejecutar la expulsión sin indignidad ni perjuicio inútil:

¹²⁹ El retorno voluntario del extranjero objeto de expulsión es el que más respeta la dignidad humana y, al mismo tiempo, el de más fácil gestión administrativa. Se trata de un proceso de expulsión en que la ejecución se negocia entre el Estado expulsor y el extranjero afectado por la medida de expulsión. En 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa insistió en este retorno voluntario, al afirmar que «el Estado de acogida deberá adoptar medidas que alienten el retorno voluntario, que es preferible al forzado» (Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, 925.ª Reunión de los Delegados de los Ministros, 4 de mayo de 2005, documentos del Consejo de Ministros, CM(2005)40 final, 9 de mayo de 2005, principio rector 1). En el mismo sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas indicó, en su propuesta de directiva sobre el retorno, de 1 de septiembre de 2005, que la decisión sobre el retorno «establecerá un oportuno plazo para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a menos que haya razones para creer que la persona concernida pudiera fugarse durante dicho período» (Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM(2005) 391 final, art. 6, párr. 2).

¹³⁰ *Lacoste v. Mexico*, Comisión Mexicana, laudo de 4 de septiembre de 1875 (véase la nota 28 *supra*), págs. 3347 y 3348.

¹³¹ *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 534 (Ralston, árbitro).

[...] [Si] la exclusión del demandante se hubiera ejecutado sin indignidad ni rigor inútil, el árbitro no tendría otra opción que desestimar su demanda.

[...]

Todas las pruebas indican que era un hombre de bien y que tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su expulsión y, con independencia de que se le considere como un hombre de bien o simplemente como un hombre, el derecho al respeto de su persona y a no ser objeto de ofensas a su sensibilidad era uno de sus derechos fundamentales más importantes y uno de los privilegios inestimables de la libertad. Al árbitro se le ha enseñado a considerar a la persona de otro como algo sagrado a cuya integridad no se puede ocasionar ningún menoscabo, por ligero que sea, con ira o sin causa, sin su consentimiento y que, si se comete ese hecho, cabe considerar que constituye una agresión por la que hay que pagar una indemnización de daños y perjuicios proporcional al espíritu y la naturaleza de la agresión y a la calidad del hombre que ha sido víctima de ella¹³².

5) Cuando el transporte del extranjero al Estado de destino se efectúe, por ejemplo, por avión, la referencia a las normas de derecho internacional comprenderá asimismo las normas sobre el transporte aéreo, en particular la reglamentación aprobada en el marco de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). A ese respecto, conviene mencionar en especial el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, incluido su Anexo 9. Este último dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

5.2.1 *Durante el período en que un pasajero no admisible, o una persona que va a ser deportada, estén bajo la custodia de funcionarios del Estado, estos deberán preservar la dignidad de dichas personas y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad.*

6) En los dos supuestos a que se refiere el proyecto de artículo 21 (salida voluntaria del extranjero o ejecución forzosa de la resolución de expulsión), el párrafo 3 exige al Estado expulsor que conceda al extranjero un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias. Las circunstancias que deben tomarse en consideración para determinar, en cada caso, cuál parecería ser un plazo razonable son de índole diversa. En particular pueden tener que ver con las relaciones (sociales, económicas o de otro tipo) que el extranjero objeto de expulsión ha establecido con el Estado expulsor, con el comportamiento del extranjero en cuestión, incluido, en su caso, el carácter de la amenaza que la presencia de ese extranjero en su territorio podría constituir para la seguridad nacional o al orden público del Estado expulsor, o incluso el riesgo de que dicho extranjero eluda a las autoridades del Estado a fin de evitar su expulsión. La exigencia de la concesión de un plazo razonable para preparar la salida debe entenderse a la luz de la necesidad de permitir al extranjero objeto de expulsión que proteja de manera adecuada sus derechos de propiedad y demás intereses en el Estado expulsor¹³³.

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del derecho internacional, o a cualquier Estado que

acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado.

2. Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del derecho internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor.

Comentario

1) El proyecto de artículo 22 versa sobre la determinación del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión. En ese contexto, el párrafo 1 se refiere, en primer lugar, al Estado de nacionalidad del extranjero, ya que es indiscutible que dicho Estado tiene la obligación de recibirlo con arreglo al derecho internacional¹³⁴. En el caso de un extranjero que tenga varias nacionalidades, se entenderá que la expresión «Estado de su nacionalidad» se refiere a cada uno de los países cuya nacionalidad posea. Si el extranjero objeto de expulsión teme por su vida de manera justificada o existen razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a penas crueles, inhumanas y degradantes en uno de los países cuya nacionalidad posee, no podrá ser expulsado a ese país de conformidad con los proyectos de artículo 23 y 24 del presente proyecto de artículos. El primer párrafo reconoce también la existencia de otros posibles Estados de destino, distinguiendo entre los que podrían estar obligados, en virtud del derecho internacional, a recibir al extranjero y los que no están sujetos a dicha obligación. Esta distinción refleja, en lo que respecta a la expulsión de extranjeros, el principio incontestable según el cual un Estado no está obligado a acoger extranjeros en su territorio, salvo en los casos en que una norma de derecho internacional le imponga dicha obligación. A pesar de su carácter esencial, esta distinción no establece necesariamente un orden de prioridad en la determinación del Estado de destino de un extranjero expulsado: en otras palabras, el hecho de que se haya identificado un Estado de nacionalidad y de que, en principio, no exista ningún obstáculo jurídico para la expulsión del extranjero a ese Estado no excluye en modo alguno la posibilidad de expulsar al extranjero a otro Estado que esté obligado a recibirlo en virtud del derecho internacional o a cualquier otro Estado que acepte recibirlo. A ese respecto, el Estado expulsor, aun conservando cierto margen de discrecionalidad en esta materia, debería tomar en consideración, en la medida de lo posible, las preferencias expresadas por

¹³² *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 732.

¹³³ Véase *supra* el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 20.

¹³⁴ Véase, en particular, la Convención para Determinar la Condición de los Extranjeros en el Territorio de las Partes Contratantes, aprobada por la VI Conferencia Internacional Americana, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928. El segundo párrafo del artículo 6 dice lo siguiente: «Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio». Véase también Instituto de Derecho Internacional, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, período de sesiones de Ginebra, 9 de septiembre de 1892, art. 2: «En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él a sus súbditos o a los que, tras haber perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra nacionalidad» (Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 51; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 219). Véase asimismo el artículo 32, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

el extranjero expulsado a efectos de determinar el Estado de destino¹³⁵.

2) Mediante la fórmula «cualquier otro Estado que tenga la obligación de recibirlo en virtud del derecho internacional» se pretende abarcar los supuestos en que un Estado distinto del Estado de nacionalidad del extranjero expulsado estaría obligado a recibirlo en virtud de una norma de derecho internacional, ya se trate de una norma convencional que obligue a ese Estado o de una norma de derecho internacional consuetudinario¹³⁶. Conviene mencionar, en este contexto, la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos con respecto al artículo 12, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

El alcance de la expresión «su propio país» es más amplio que el de «país de su nacionalidad»¹³⁷. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia¹³⁷.

Así pues, el párrafo 1, al reconocer al extranjero objeto de expulsión la posibilidad de elegir el Estado de destino, le permite indicar el Estado con el que mantiene relaciones más estrechas, como el Estado de su último lugar de residencia, el Estado donde nació, en el que tiene relaciones familiares o de otro tipo o en el que mantiene vínculos financieros particulares. El párrafo 1 del proyecto de artículo 22 confiere al Estado expulsor el derecho a evaluar esos diferentes factores a fin de preservar sus intereses, así como los intereses del extranjero objeto de expulsión.

¹³⁵ Véase, en particular, el artículo 22, párrafo 7, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece lo siguiente: «Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen». Véase también el artículo 32, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹³⁶ Para ejemplos del primer supuesto, véase R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992, vol. I, págs. 898 y 899, donde se hace referencia, entre otros instrumentos, al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 1957; el Protocolo que Exime a los Nacionales de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia de la Obligación de Disponer de un Pasaporte o un Permiso de Residencia para Permanecer en un País Nórdico Distinto del Suyo, de 1954 (Islandia se adhirió al Protocolo en 1955); el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la Supresión del Control de Pasaportes en las Fronteras entre los Países Nórdicos, de 1957 (Islandia pasó a ser parte en el Convenio en 1965), modificado por un acuerdo ulterior de 1979; y el Convenio entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos relativo a la Transferencia del Control de las Personas a las Fronteras Exteriores del Territorio del Benelux, de 1960.

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 27 (Libertad de circulación (art. 12)), aprobada el 18 de octubre de 1999, párr. 20 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 134).

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 22 concierne al supuesto de que no se haya podido identificar al Estado de nacionalidad ni a ningún otro Estado que tenga la obligación de recibir al extranjero en virtud del derecho internacional. En tal caso, se dice que el extranjero podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o estancia o, cuando sea aplicable, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor. Esta última parte de la frase («al Estado desde el que entró en el Estado expulsor») debe entenderse que se refiere en primer lugar al Estado de embarque, aunque la fórmula elegida sea lo bastante amplia para abarcar también situaciones en las que un extranjero haya entrado en el territorio del Estado expulsor por otros medios que no sean el transporte aéreo.

4) Los acuerdos de readmisión presentan un indudable interés a la hora de determinar el Estado de destino de un extranjero expulsado. Esos acuerdos se inscriben en el amplio campo de la cooperación internacional, en el cual los Estados actúan de manera soberana en función de consideraciones diversas que no se prestan en modo alguno a la uniformidad normativa mediante la codificación. Además, la aplicación de tales acuerdos debe hacerse en cumplimiento de las normas pertinentes de derecho internacional, en particular las relativas a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión.

5) La determinación, de conformidad con el proyecto de artículo 22, del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión debe efectuarse en cumplimiento de las obligaciones a que se refieren el proyecto de artículo 6, apartado b (prohibición de la devolución (*refoulement*)), y los proyectos de artículo 23 y 24, que prohíben expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada o a un Estado en el que dicho extranjero pueda ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada

1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no aplique la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Comentario

1) El proyecto de artículo 23 se refiere a la protección de la vida del extranjero objeto de expulsión en relación con la situación en el Estado de destino. El párrafo 1 prohíbe expulsar a un extranjero «a un Estado en el que su vida estaría amenazada» por alguno de los motivos enumerados en el proyecto de artículo 14, que establece la

obligación de no discriminar. La fórmula referente a un Estado «en el que su vida estaría amenazada», que delimita el alcance de esta prohibición de expulsar, se ajusta al tenor del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en que se enuncia la prohibición de devolución (*refoulement*), sin ampliar por ello al conjunto de los extranjeros la prohibición de expulsar o devolver a un refugiado a un Estado en el que su libertad estaría amenazada.

2) Los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el proyecto de artículo 14 y se reproducen en el proyecto de artículo 23 son los que figuran en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este respecto, no hay ninguna razón válida para que la lista de motivos de discriminación que figura en el proyecto de artículo 23 sea más breve que la del proyecto de artículo 14. En particular, la lista de motivos que figura en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es demasiado restringida para el presente proyecto de artículo, que trata no solo de personas que responden a la definición de «refugiado», sino también de los extranjeros en general y en múltiples situaciones posibles. En cuanto a la prohibición de toda discriminación en razón de la orientación sexual, existe una tendencia en ese sentido en la práctica internacional y en la jurisprudencia, sin que dicha prohibición esté universalmente reconocida¹³⁸.

3) El párrafo 2 del proyecto del artículo 23 concierne al caso particular en el que la vida del extranjero objeto de expulsión estaría amenazada en el Estado de destino por la imposición o ejecución de la pena de muerte, salvo que hubiese obtenido previamente la garantía de que no se impondría dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no sería ejecutada. La posición que ha adoptado el Comité de Derechos Humanos es la de que, en virtud del artículo 6 del Pacto, un Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona a otro Estado en el que esa persona haya sido condenada a muerte, sin haber obtenido previamente garantías de que no va a ejecutarse la condena¹³⁹. Si bien se puede considerar que, dentro de esos límites precisos, esta prohibición constituye ya una tendencia consolidada del derecho internacional, sería difícil afirmar que el derecho internacional vaya más lejos en esta materia.

4) Por consiguiente, el párrafo 2 del proyecto de artículo 23 corresponde a la esfera del desarrollo progresivo en dos aspectos. En primer lugar, porque la prohibición enunciada va dirigida no solo a los Estados que no tengan

la pena de muerte o que la hayan abolido, sino también a los Estados que, aunque la mantienen en su legislación, ya no la aplican en la práctica; ese es el sentido de la parte de la frase que dice: «[u]n Estado que no aplique la pena de muerte [...]». En segundo lugar, porque el alcance de la protección se ha ampliado de tal manera que abarca tanto el supuesto en que la pena de muerte ya ha sido impuesta como aquel en que existe un riesgo real de que se imponga.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario

1) El enunciado del proyecto de artículo 24, que impone al Estado expulsor la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se inspira en el del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984¹⁴⁰. No obstante, el artículo 3 de la Convención de 1984 limita la obligación de no expulsión a los actos de tortura. No la hace extensiva, pues, a las situaciones en que exista una razón fundada para creer que el extranjero objeto de expulsión será sometido a un trato o pena cruel, inhumano o degradante¹⁴¹. Sin embargo, el proyecto de artículo 24 amplía el alcance de la protección ofrecida por esta disposición convencional, ya que la obligación de no expulsión enunciada en el proyecto de artículo abarca no solo la tortura sino también otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta ampliación del alcance de la prohibición ha sido confirmada a nivel universal y en determinados sistemas regionales. A nivel universal, en la Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos se señala que «[...] los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la

¹⁴⁰ El artículo 3 de la Convención dice lo siguiente:

«1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.»

¹⁴¹ Véase, en particular, *S. V. y otros c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 49/1996, 15 de mayo de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/56/44)*, anexo VII, pág. 96; *B. S. c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 166/2000, 14 de noviembre de 2001, *ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/57/44)*, anexo VII, pág. 144; y *T. M. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 228/2003, 18 de noviembre de 2003, *ibíd.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/59/44)*, anexo VII, pág. 312; véase también M. Nowak y E. McArthur (eds.), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, págs. 165 y 166.

¹³⁸ Véase *supra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 14.

¹³⁹ Véase al respecto: asunto *Judge c. el Canadá*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 829/1998, dictamen aprobado el 5 de agosto de 2003, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/58/40)*, vol. II, pág. 90, párr. 10.6: «Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá como Estado Parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor, pero al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor.»

expulsión o la devolución¹⁴². En el dictamen relativo al asunto *Maksudov y otros c. Kirguistán*, de 16 de julio de 2008, el Comité de Derechos Humanos recordó el principio enunciado en la Observación general n.º 20 y añadió que «[...] no debe supeditarse a consideraciones relativas a la seguridad nacional o al tipo de conducta de que es acusada o sospechosa la persona»¹⁴³. Una recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial va en el mismo sentido¹⁴⁴. A nivel regional, este enfoque global, no aplicado específicamente a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, se afirmó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una posición similar en el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, en el que indicó que:

[l]a tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴⁶. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas¹⁴⁶.

2) En cuanto a la determinación de la existencia de «razones fundadas» en el sentido del proyecto de artículo 24, conviene recordar el texto del párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que exige que las autoridades competentes tengan en cuenta «todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un

¹⁴² Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 20 (44) (artículo 7), 3 de abril de 1992, párr. 9 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/47/40)*, anexo VI, pág. 190).

¹⁴³ *Maksudov y otros c. Kirguistán*, Comité de Derechos Humanos, comunicaciones n.ºs 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, 16 de julio de 2008, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/63/40)*, vol. II, anexo V, pág. 254, párr. 12.4.

¹⁴⁴ Véase la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de «velar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o un territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» (Recomendación general n.º 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/59/18)*, pág. 99, párr. 27).

¹⁴⁵ Véase en particular el asunto *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (nota 29 *supra*), párrs. 72 a 107. En el párrafo 80, el Tribunal afirma lo siguiente: «La prohibición de los malos tratos enunciada en el artículo 3 es igualmente absoluta en materia de expulsión. Así pues, cada vez que se haya probado la existencia de razones fundadas para creer que una persona estaría realmente en peligro de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si fuera expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado Contratante de protegerla contra tales tratos nace en caso de expulsión [...]». En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta. La protección que ofrece el artículo 3 es, pues, más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 1951 [...]».

¹⁴⁶ *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 25 de noviembre de 2004, Serie C n.º 119, párr. 100.

cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos». Esta disposición ha sido interpretada en múltiples ocasiones por el Comité contra la Tortura creado en aplicación de esa Convención, el cual ha examinado diversas comunicaciones en que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria al artículo 3¹⁴⁷.

3) El Comité contra la Tortura aprobó directrices relativas al artículo 3 en su Observación general n.º 1¹⁴⁸. En las directrices se indica la información que puede servir para determinar si la expulsión de un extranjero a un determinado Estado se ajusta al artículo 3:

Aunque no es exhaustiva, convendría presentar la siguiente información:

a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos? (Véase el párrafo 2 del artículo 3.)

b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?

¹⁴⁷ Véanse, en particular, *Mutombo c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 13/1993, 27 de abril de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/49/44)*, anexo V, secc. B, pág. 46; *Khan c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 15/1994, 15 de noviembre de 1994, *ibíd.*, quincuagésimo período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/50/44)*, anexo V, secc. A, pág. 46; *Kisoki c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 41/1996, 8 de mayo de 1996, *ibíd.*, quincuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/51/44)*, anexo V, secc. A, pág. 83; *Tala c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 43/1996, 15 de noviembre de 1996, *ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/52/44)*, anexo V, secc. A, pág. 61; *Páez c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 39/1996, 28 de abril de 1997, *ibíd.*, secc. B, pág. 90; *Aemei c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 34/1995, 9 de mayo de 1997, *ibíd.*, pág. 75; *Ali Falakflaki c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 89/1997, 8 de mayo de 1998, *ibíd.*, quincuagésimo tercer período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/53/44 y Corr.1)*, anexo X, secc. A, pág. 100; *Ayas c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 97/1997, 12 de noviembre de 1998, *ibíd.*, quincuagésimo cuarto período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/54/44)*, anexo VII, secc. A, pág. 60; *Korban c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 88/1997, 16 de noviembre de 1998, *ibíd.*, pág. 48; *Haydin c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 101/1997, 20 de noviembre de 1998, *ibíd.*, pág. 71; *Elmi c. Australia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 120/1998, 14 de mayo de 1999, *ibíd.*, pág. 115; *A. S. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 149/1999, 24 de noviembre de 2000, *ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/56/44)*, anexo VII, secc. A, pág. 169; *Arana c. Francia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 63/1997, 9 de noviembre de 1999, *ibíd.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/55/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 94; *Karoui c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 185/2001, 8 de mayo de 2002, *ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/57/44)*, anexo VII, secc. A, pág. 191; *Ríos c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 133/1999, 23 de noviembre de 2004, *ibíd.*, sexagésimo período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/60/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 104; *T. A. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 226/2003, 6 de mayo de 2005, *ibíd.*, pág. 191; *Agiza c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 233/2003, 20 de mayo de 2005, *ibíd.*, pág. 200; *Brada c. Francia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 195/2002, 17 de mayo de 2005, *ibíd.*, pág. 129; *Dadar c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, 23 de noviembre de 2005, *ibíd.*, sexagésimo primer período de sesiones, *Suplemento n.º 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 255.

¹⁴⁸ Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1), aprobada el 21 de noviembre de 1997 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/53/44 y Corr.1)*, anexo IX, pág. 50).

c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas de la tortura?

d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el inciso a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?

e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?

f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?

g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no¹⁴⁹?

El Comité indicó igualmente que las razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura deben ir más allá de la pura teoría o sospecha, pero que no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable¹⁵⁰. Otros elementos sobre los cuales el Comité contra la Tortura ha dado aclaraciones importantes son la existencia de un riesgo personal de ser sometido a tortura¹⁵¹; la existencia, en ese contexto, de un riesgo actual y previsible¹⁵²; la cuestión de la expulsión posterior a un tercer Estado¹⁵³; así como el carácter absoluto de la prohibición¹⁵⁴.

4) Como en el caso del proyecto de artículo 17¹⁵⁵, la Comisión prefirió no abordar en el texto del proyecto de artículo 24 los supuestos en que el riesgo de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes emane de personas o grupos de personas que actúen a título privado. A este respecto, conviene recordar que, en su Observación general n.º 1, el Comité contra la Tortura se pronunció sobre esta cuestión del modo siguiente:

¹⁴⁹ *Ibid.*, pág. 51, párr. 8.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 6: «Teniendo en cuenta que el Estado Parte y el Comité están obligados a evaluar si hay razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si se procediese a su expulsión, devolución o extradición a otro Estado, el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable».

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 1: «La aplicación del artículo 3 se limita a los casos en que existen razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención». Véase también: *Mutombo c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 13/1993, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994 (nota 147 *supra*), pág. 52, párr. 9.3.

¹⁵² Véanse, por ejemplo, *A. D. c. los Países Bajos*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 96/1997, 12 de noviembre de 1999, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/55/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 108; y *U. S. c. Finlandia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 197/2002, 1 de mayo de 2003, *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/58/44)*, anexo VI, secc. A, pág. 163.

¹⁵³ Sobre ese punto, véase la Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) del Comité contra la Tortura (nota 148 *supra*), párr. 2: «El Comité opina que la expresión “otro Estado”, que figura en el artículo 3, puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada. No obstante, también puede entenderse referida a cualquier Estado al cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente al autor».

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, *Páez c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 39/1996, 28 de abril de 1997 (nota 147 *supra*); y *Dadar c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, 23 de noviembre de 2005 (nota 147 *supra*).

¹⁵⁵ Véase *supra* el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 17.

De conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, «un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos», solo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) (véase la nota 148 *supra*), párr. 3. Véanse asimismo: Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, *Dadar c. el Canadá*, decisión de 23 de noviembre de 2005 (nota 147 *supra*), pág. 264, párr. 8.4; comunicación n.º 177/2001, *H. M. H. I. c. Australia*, decisión de 1 de mayo de 2002, *ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/57/44)*, anexo VII, secc. A, págs. 159 y ss., en particular págs. 165 y 166, párr. 6.4; y comunicación n.º 191/2001, *S. S. c. los Países Bajos*, decisión de 5 de mayo de 2003, *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/58/44)*, anexo VI, secc. A, págs. 121 y ss., en particular pág. 131, párr. 6.4: «[L]a cuestión de si el Estado Parte tiene obligación de abstenerse de expulsar a una persona que pueda correr el riesgo de experimentar dolores o sufrimientos graves a manos de una entidad no gubernamental, sin el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, escapa al alcance del artículo 3 de la Convención, a menos que la entidad no gubernamental ocupe y ejerza una autoridad cuasi oficial en el territorio al que se devolvería al autor de la queja [...]».

Véase asimismo la comunicación n.º 237/2003, *M. C. M. V. de F. c. Suecia*, decisión de 14 de noviembre de 2005, *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A, págs. 210 y ss., en particular pág. 216, párr. 6.4:

«[...] El Comité no está convencido de que los hechos sufridos por la autora en 2000 y 2003 estuviesen de algún modo vinculados con sus actividades políticas anteriores o las de su esposo y estima que la autora no ha demostrado suficientemente que dichos incidentes podían atribuirse a agentes del Estado o a grupos que actuaban en nombre de dichos agentes o bajo su control efectivo».

Véase también la comunicación n.º 120/1998, *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, dictamen aprobado el 14 de mayo de 1999, *ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/54/44)*, anexo VII, secc. A, págs. 115 y ss., en particular págs. 126 y 127, párrs. 6.5 a 6.8:

«El Comité no comparte la opinión del Estado Parte de que la Convención no es aplicable en el presente caso puesto que, según el Estado Parte, los actos de tortura a los que el autor teme ser sometido en Somalia no corresponden a la definición de tortura del artículo 1 (es decir, dolores o sufrimientos infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, en el presente caso por motivos discriminatorios). El Comité señala que durante varios años Somalia ha carecido de un gobierno central, que la comunidad internacional está negociando con las facciones beligerantes y que algunas de las facciones que operan en Mogadishu han creado instituciones cuasi oficiales y están negociando el establecimiento de una administración común. Se desprende de todo ello que, de hecho, esas facciones ejercen ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos. En consecuencia, para los fines de la aplicación de la Convención, a los miembros de esas facciones se les puede aplicar la expresión “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas” contenida en el artículo 1.

El Estado Parte no impugna el hecho de que se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en Somalia. Además, la Experta independiente sobre la situación de los derechos humanos en Somalia nombrada por la Comisión de Derechos Humanos describió en su último informe^[...] la gravedad de esas violaciones, la situación caótica que impera en el país, la importancia de la identidad de los clanes y la vulnerabilidad de clanes pequeños y desarmados, como el clan shikal al que pertenece el autor.

El Comité señala además, sobre la base de la información de que dispone, que la zona de Mogadishu en que residen principalmente los shikal, y donde residiría probablemente el autor si alguna vez llegara a Mogadishu, está sometida al control efectivo del clan hawiye que ha establecido instituciones cuasi oficiales y administra varios servicios públicos. Además, fuentes fidedignas subrayan que no existe ningún acuerdo público ni oficioso de protección entre los clanes hawiye y shikal y que los shikal siguen estando a merced de las facciones armadas.

Además de lo antedicho, el Comité estima que hay dos factores que apoyan el alegato del autor de que es especialmente vulnerable al tipo de actos a que se hace referencia en el artículo 1 de la Convención.

(Continuación en la página siguiente.)

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dedujo del carácter absoluto del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que esa disposición puede aplicarse también cuando el peligro no emana del propio Estado de destino sino de «personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública», a condición de que las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de proporcionar una protección apropiada al interesado:

En razón del carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye que el artículo 3 pueda aplicarse también cuando el peligro emane de personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública. Sin embargo, deberá demostrarse que el peligro existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de proporcionar una protección apropiada para conjurarlo¹⁵⁷.

CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

Artículo 25. Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

El Estado de tránsito protegerá los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Comentario

La ejecución de una decisión de expulsión implica a menudo el tránsito del extranjero por uno o varios Estados antes de llegar al Estado de destino¹⁵⁸. El proyecto de artículo 25 establece la obligación del Estado de tránsito de proteger los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. El enunciado que se ha dado a esta disposición indica claramente que el Estado de tránsito solo tiene que respetar sus propias obligaciones, derivadas de convenciones internacionales en las que es parte o de normas de derecho internacional general, y no las obligaciones que, por definición, solo vinculan al Estado expulsor.

CUARTA PARTE

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

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

a) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;

b) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;

c) derecho a ser oído por una autoridad competente;

d) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;

e) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y

f) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley.

3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.

4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 26 enuncia, en su párrafo 1, una lista de derechos procesales de los que debe gozar todo extranjero objeto de expulsión, independientemente de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea legal o no, con la única excepción —prevista en el párrafo 4 del proyecto de artículo— de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de ese Estado desde hace poco tiempo.

2) El párrafo 1 *a* enuncia el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión. Se trata de una garantía esencial cuyo respeto por el Estado expulsor constituye una *conditio sine qua non* del ejercicio por el extranjero objeto de expulsión de sus derechos procesales. Esta condición fue incorporada explícitamente en el artículo 22, párrafo 3, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, que dispone que la decisión de expulsión «les será comunicada en un idioma que puedan entender». En 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que «[l]a orden de expulsión será notificada al expulsado»¹⁵⁹ y además que «[s]i el expulsado tiene la facultad de recurrir a un alto tribunal judicial

(Continuación de la nota 156.)

En primer lugar, el Estado Parte no ha negado la veracidad de las afirmaciones del autor de que su familia fue seleccionada especialmente como blanco por el clan hawiye, como consecuencia de lo cual fueron ejecutados su padre y su hermano, violada su hermana, y el resto de la familia obligada a huir y a trasladarse constantemente de una a otra parte del país para ocultarse. En segundo lugar, su caso ha recibido amplia publicidad y, por lo tanto, si regresara a Somalia se le podría acusar de empañar la reputación de los hawiye.»

¹⁵⁷ Asunto *H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997 (véase la nota 29 *supra*), párr. 40.

¹⁵⁸ En general, se otorga prioridad al retorno directo, sin escalas en puertos o aeropuertos de tránsito de otros Estados. Sin embargo, el retorno de personas en situación irregular puede exigir el tránsito por aeropuertos de ciertos Estados para realizar la conexión con el tercer Estado de destino (véase el Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Comisión de las Comunidades Europeas, 10 de abril de 2002, COM(2002) 175 final, punto 3.3, pág. 19).

¹⁵⁹ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30, Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 56; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 225.

o administrativo, deberá ser informado, en la misma orden, tanto de esta circunstancia como del plazo que debe observarse»¹⁶⁰. La obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero en cuestión está recogida en la legislación de varios Estados¹⁶¹.

3) El párrafo 1 *b* enuncia el derecho a recurrir la decisión de expulsión, derecho que está bien consolidado en el derecho internacional. En el ámbito universal, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la persona amenazada de expulsión, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», el derecho a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión. Dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto [...], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», tendrá la posibilidad de «*exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión** [...]»¹⁶². El artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, enuncia el mismo derecho: «Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen [...]». En el plano regional, el artículo 1, párrafo 1 *a*, del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone que un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida de expulsión deberá poder «hacer valer las razones que se opongan a su expulsión». El artículo 3, párrafo 2, del Convenio Europeo de Establecimiento establece la misma garantía al disponer que, «[a] no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, un nacional de una Parte Contratante que resida legalmente desde hace más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte Contratante no será expulsado sin que antes se le haya permitido hacer valer las razones que pueda invocar contra su expulsión». Por último, el derecho del extranjero a impugnar su expulsión está consagrado asimismo en las legislaciones internas¹⁶³.

4) El derecho a ser oído por una autoridad competente, que se enuncia en el párrafo 1 *c*, es esencial para el ejercicio del derecho a recurrir la resolución de expulsión, que

constituye el objeto del párrafo 1 *b*. Aunque el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no concede expresamente al extranjero el derecho a ser oído, el Comité de Derechos Humanos ha estimado que la idea de que pueda adoptarse una decisión de expulsión sin que el extranjero haya tenido la posibilidad de ser oído puede plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto:

El Comité está preocupado también porque la Junta de Inmigración y la Junta de Apelación para los Extranjeros pueden, en ciertos casos, inhibirse y declinar la jurisdicción en favor del Gobierno, con lo que se dictan decisiones de expulsión y denegación de la inmigración o el asilo sin que los interesados hayan tenido la posibilidad de ser oídos con las debidas garantías. En opinión del Comité, esta práctica puede, en determinadas circunstancias, plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto¹⁶⁴.

La legislación nacional de algunos Estados reconoce el derecho del extranjero a ser oído en el marco de un procedimiento de expulsión, al igual que varios tribunales nacionales¹⁶⁵. En vista de las divergencias existentes en la práctica de los Estados en esta materia, no puede pretenderse que el derecho internacional reconozca al extranjero objeto de expulsión el derecho a ser oído en persona por una autoridad competente. Lo que se exige es que se reconozca al extranjero la facultad de explicar su situación y de hacer valer sus propias razones ante la autoridad competente. Según las circunstancias, un procedimiento escrito puede resultar suficiente desde la perspectiva del derecho internacional. Comentando algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre cuestiones referentes a los artículos 13 y 14 del Pacto, un autor ha escrito lo siguiente: «Aunque sería conveniente, por regla general, hacer valer en audiencia las razones contrarias a una expulsión inminente, el artículo 13, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 3 *d*, no consagra el derecho del extranjero a comparecer personalmente»¹⁶⁶.

5) El párrafo 1 *d* enuncia el derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce al extranjero que se halle legalmente en el Estado expulsor el derecho a recurrir la resolución de expulsión, pero sin precisar el tipo de órgano que debe examinar el recurso:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero [...] *someter su caso a revisión ante la autoridad*

¹⁶⁴ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1 de noviembre de 1995, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40*, vol. I (A/51/40), vol. I, párr. 88.

¹⁶⁵ Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.213-2, L.512-1, L.522-1 y L.524-1; y Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2005:716), art. 13.3. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 618.

¹⁶⁶ M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2.ª ed. rev., Kehl, N. P. Engel, 2005, pág. 297 (citando las comunicaciones n.º 173/1984, *M. F. c. los Países Bajos*, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarentésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/40/40), párr. 4; n.º 236/1987, *V. M. R. B. c. el Canadá*, *ibíd.*, *cuarentésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/43/40); n.º 155/1983, *Eric Hammel c. Madagascar*, *ibíd.*, *cuarentésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/42/40), párrs. 19.2 y 20; y n.º 193/1985, *Pierre Giry c. la República Dominicana* (véase la nota 162 *supra*), párrs. 5.5 y 6).

¹⁶⁰ *Ibíd.*, art. 31.

¹⁶¹ Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 649.

¹⁶² Véase *Pierre Giry c. la República Dominicana*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 193/1985, opiniones de 20 de julio de 1990, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarentésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40*, vol. II (A/45/40), vol. II, págs. 41 y ss., en particular págs. 43 y 44, párr. 5.5. El Comité resolvió que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no adoptar su decisión «conforme a la ley» y al no permitir al interesado exponer las razones que lo asistían en contra de su expulsión ni someter su caso a examen de la autoridad competente.

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.522-1 y L.522-2; y Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2005:716), capítulo 14. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 618.

competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas¹⁶⁷.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a recurrir y las demás garantías a que se refiere el artículo 13 solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». El Comité ha señalado asimismo que el recurso a disposición del extranjero expulsado debe ser efectivo:

Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional»¹⁶⁸.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado también que las reclamaciones presentadas ante las misiones diplomáticas o las oficinas consulares del Estado expulsor no constituyen una solución satisfactoria de conformidad con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

A juicio del Comité, las facultades discrecionales del Ministro del Interior de ordenar sin garantías la expulsión de cualquier extranjero, si así lo exigen la seguridad y el interés público, plantean problemas en lo que respecta al artículo 13 del Pacto, sobre todo si el extranjero ha entrado en territorio sirio de manera legal y ha obtenido un permiso de residencia. Las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirias no constituyen una solución satisfactoria por lo que respecta al Pacto¹⁶⁹.

El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo contra la violación de cualquiera de los derechos o libertades enunciados en el Convenio, especialmente en caso de expulsión¹⁷⁰:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

¹⁶⁷ Artículo citado en la comunicación n.º 193/1985 del Comité de Derechos Humanos, *Pierre Giry c. la República Dominicana* (véase la nota 162 *supra*), pág. 44, párr. 5.5. (El Comité estimó que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no permitir al interesado hacer examinar su caso por una autoridad competente.)

¹⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 66 *supra*), pág. 121, párr. 10. En *Eric Hammel c. Madagascar* (comunicación n.º 155/1983, dictamen aprobado el 3 de abril de 1987 (véase la nota 166 *supra*), pág. 147, párr. 19.2), el Comité estimó que el demandante no había tenido acceso a una vía efectiva para recurrir su expulsión. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (nota 13 *supra*), pág. 666, párr. 74.

¹⁶⁹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/56/40)*, vol. I, pág. 62, párr. 82 (22).

¹⁷⁰ En cambio, la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en casos de expulsión no está tan clara: «Cuando no entre en consideración ninguno de los derechos enunciados en el Convenio, solo se aplican las garantías procesales relativas a los recursos en general. Si bien el artículo 6 se refiere solamente a los recursos relativos a “derechos y obligaciones de carácter civil” y a “cualquier acusación en materia penal”, el Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido de que incluye sanciones disciplinarias. Debe entenderse asimismo que están comprendidas medidas tales como la expulsión, que afectan de modo significativo a las personas» (Gaja, «Expulsion of aliens...» (nota 70 *supra*) págs. 309 y 310).

Al pronunciarse sobre una demanda basada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de un caso de expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo lo siguiente acerca del recurso a que se refiere el artículo 13:

En semejante caso, dado el carácter irreversible del daño que podría producirse si se materializaba el riesgo de malos tratos y vista la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3, la idea de un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 exige examinar con plena independencia el argumento de que existen razones fundadas para temer un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3. En este examen no debe tenerse en cuenta lo que el interesado pueda haber hecho para justificar la expulsión ni cualquier amenaza a la seguridad nacional que pueda percibir el Estado expulsor¹⁷¹.

El artículo 1 del Protocolo n.º 7 del del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce al extranjero expulsado el derecho a hacer examinar su caso por una autoridad competente:

1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

[...]

b) hacer que se examine su caso, y

[...]

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.

De modo análogo, el artículo 3, párrafo 2, del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, un nacional de una Parte Contratante que resida legalmente desde hace más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte Contratante no será expulsado sin que antes se le haya permitido hacer valer las razones que puede invocar contra su expulsión, *presentar un recurso a tal efecto y hacerse representar ante una autoridad competente o ante la persona o las personas especialmente designadas por la autoridad competente*.*

El artículo 83 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el artículo 9, párrafo 5, del Convenio Europeo sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes, y el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁷² exigen también que la resolución de expulsión pueda ser recurrida. Este derecho de recurso ha sido reconocido en términos prácticamente idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la Asamblea General en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea:

¹⁷¹ *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*), párr. 151.

¹⁷² Véase la nota 39 *supra*.

Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y *que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas**.

En su Recomendación general n.º 30, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recalcó la necesidad de contar con un recurso efectivo en los casos de expulsión y recomendó que los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial velen por que:

[...] [l]os no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos¹⁷³.

Refiriéndose al caso de los inmigrantes en situación irregular, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha subrayado también que conviene ofrecer la posibilidad de un recurso al extranjero expulsado:

La Comisión no desea poner ni pone en tela de juicio el derecho de todo Estado a ejercitar una acción judicial contra inmigrantes ilegales y expulsarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes lo deciden. No obstante, considera inadmisibles expulsar a individuos sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante los tribunales nacionales competentes, por cuanto ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta [Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos] y al derecho internacional¹⁷⁴.

Asimismo, en otro asunto, la Comisión resolvió que Zambia había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no dar a un individuo la oportunidad de impugnar una orden de expulsión:

36. Zambia ha infringido el artículo 7 de la Carta al denegar al demandante la posibilidad de ejercitar las acciones administrativas que tenía a su disposición en virtud de la Ley sobre la Nacionalidad. [...] En cualquier caso, la residencia y el estatuto de Banda en Zambia habían sido aceptados. Este había aportado una contribución a la política del país. Las disposiciones del artículo 12 4) han sido violadas.

[...]

38. La situación de John Lyson Chinula es aún peor. No ha tenido ninguna posibilidad de impugnar la orden de expulsión. El Gobierno no puede afirmar desde luego que Chinula había entrado en la clandestinidad en 1974 al expirar su permiso de estancia. Chinula era a todas luces un hombre de negocios y un político eminente. Si el Gobierno deseaba tomar medidas contra él podía haberlo hecho. El que no lo hiciera no justifica el carácter arbitrario de su detención y su expulsión, el 31 de agosto de 1994. Chinula tenía derecho a defender su causa ante los tribunales de Zambia. Zambia ha violado el artículo 7 de la Carta.

[...]

52. El artículo 7 1 a) dispone lo siguiente:

«Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso.

...

¹⁷³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general n.º 30 (véase la nota 144 *supra*), párr. 25. Véanse también las observaciones finales del Comité relativas a Francia, 1 de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18 (A/49/18)*, párr. 144 (derecho de apelación).

¹⁷⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 159/96, párr. 20 (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), pág. 617).

a) El derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados...»

53. Al denegar al Sr. Chinula la posibilidad de recurrir la orden de su expulsión, el Gobierno de Zambia le ha privado del derecho a defender su causa ante un tribunal imparcial, en violación de todas las leyes nacionales de Zambia y las normas internacionales de derechos humanos¹⁷⁵.

6) El párrafo 1 e, cuyo tenor se basa en el del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia el derecho del extranjero objeto de expulsión a estar representado ante la autoridad competente. Desde el punto de vista del derecho internacional, ese derecho no entraña necesariamente, en el contexto de un procedimiento de expulsión, el derecho a hacerse representar por un abogado. En todo caso, no entraña la obligación del Estado expulsor de pagar los gastos de la representación.

7) El derecho del extranjero a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente, que se enuncia en el párrafo 1 f y está reconocido en la legislación de varios Estados¹⁷⁶, es un componente esencial del derecho a ser oído que se reconoce en el párrafo 1 c. Es también del todo pertinente en lo que respecta al derecho a la notificación de la resolución de expulsión y al derecho a recurrir esa resolución, a los que se refieren los párrafos 1 a y 1 b del presente proyecto de artículo. Cabe señalar a este respecto la preocupación expresada por el Comité de los Derechos del Niño acerca del «maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a [...] servicios de interpretación»¹⁷⁷. La gratuidad de la interpretación es necesaria para el ejercicio efectivo, por el extranjero en cuestión, de sus derechos procesales. A este respecto, incumbe al extranjero indicar a las autoridades competentes el idioma o los idiomas que es capaz de comprender. Sin embargo, no puede interpretarse que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete incluya el derecho a conseguir la traducción de documentos que pueden ser voluminosos, ni la interpretación a un idioma que no es de uso corriente en la región en que se encuentre el Estado o en el ámbito internacional, siempre que ello no impida que la audiencia sea imparcial. El texto del párrafo 1 f está calcado del artículo 14, párrafo 3 f, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia ese derecho en el contexto de un proceso penal.

8) El respeto de los derechos procesales enunciados en el proyecto de artículo 26, párrafo 1, incumbe al Estado expulsor en virtud del derecho internacional general. Lo que es más, el párrafo 2 indica que la lista de derechos

¹⁷⁵ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia* (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), págs. 750 y 752).

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, España, Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica n.º 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, art. 63.3; Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.111-8, L.221-4, L.512-2 y L.522-2; y Suecia, Ley Administrativa (SFS 1986:223), art. 8 y Ley de Extranjería (SFS 2005:716), art. 13:11. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 645.

¹⁷⁷ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002 (CRC/C/15/Add.185), párr. 45 a.

procesales que figura en el párrafo 1 se entiende sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley. Se trata, ante todo, de derechos o garantías que la legislación del Estado expulsor reconoce a los extranjeros (por ejemplo, un eventual derecho a la asistencia jurídica gratuita)¹⁷⁸ y que este Estado estaría obligado a respetar en virtud de su obligación, derivada de una norma de derecho internacional, de actuar conforme a la ley en todo el procedimiento de expulsión¹⁷⁹. Además, debe entenderse que el párrafo 2 preserva asimismo cualquier otro derecho procesal que el extranjero objeto de expulsión pueda tener en virtud de una norma de derecho internacional, en particular convencional, que obligue al Estado expulsor.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 26 versa sobre la asistencia consular, que debe cumplir una función de garantía del respeto de los derechos del extranjero objeto de expulsión. Dicho párrafo se refiere al derecho del extranjero a *solicitar* asistencia consular, lo que no equivale a un derecho a conseguir esa asistencia. En efecto, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado de nacionalidad del extranjero tiene libertad para decidir si va a prestarle o no asistencia y el proyecto de artículos no aborda la cuestión de la existencia eventual de un derecho a la asistencia consular en virtud del derecho interno de ese Estado. Al mismo tiempo, el Estado expulsor está obligado, en virtud del derecho internacional, a no impedir el ejercicio por el extranjero de su derecho a solicitar asistencia consular ni tampoco, llegado el caso, la prestación de esta asistencia por el Estado que envía. El derecho de un extranjero objeto de expulsión a solicitar asistencia consular está consagrado asimismo de manera expresa en algunas legislaciones nacionales¹⁸⁰.

10) La asistencia consular a que se hace referencia en el proyecto de artículo 26, párrafo 3, abarca las diversas formas de asistencia que el extranjero objeto de expulsión podría recibir de su Estado nacional de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de relaciones consulares que se recogen, en lo esencial, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Es con arreglo a esas normas que se deben determinar tanto el derecho del extranjero interesado a solicitar asistencia consular como las obligaciones que incumben al Estado expulsor en el presente contexto. Conviene mencionar muy especialmente el artículo 5 de

¹⁷⁸ En relación con el derecho del expulsado a recibir asistencia jurídica gratuita, véase, entre otras, la legislación pertinente de la Unión Europea, en particular la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuyo artículo 12 establece lo siguiente:

«[...]»

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan.»

(*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 016, 23 de enero de 2004, pág. 50.)

¹⁷⁹ Véase el proyecto de artículo 4 *supra* y su comentario.

¹⁸⁰ Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 631. Véase también el sexto informe del Relator Especial, *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 373 a 378.

esa Convención, en el que figura una enumeración de las funciones consulares, así como su artículo 36, que concierne a la comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. El artículo 36, párrafo 1 *a*, garantiza esta libertad de comunicación en términos muy generales, lo que lleva a considerar que se trata de una garantía plenamente aplicable en el marco de un procedimiento de expulsión. Por otra parte, la misma garantía se enuncia en términos igualmente generales en el artículo 10 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General¹⁸¹. El artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que trata del supuesto de una persona que sea encarcelada o puesta en prisión preventiva o cualquier otra forma de detención, enuncia la obligación del Estado receptor de informar a la oficina consular competente si el interesado lo solicita y de informar a este último de los derechos que se le reconocen al respecto, mientras que el párrafo 1 *c* consagra el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido. En otros contextos no referentes a la expulsión de extranjeros, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en las causas *LaGrand* y *Avena y otros nacionales mexicanos*¹⁸². La Corte señaló entonces que «[...] el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36 enuncia las obligaciones que tiene el Estado de residencia con respecto a una persona detenida y al Estado que envía»¹⁸³ y que «la claridad de esas disposiciones, leídas en su contexto, no deja lugar a dudas»¹⁸⁴. La misma Corte abordó de nuevo esta cuestión, en ese caso a propósito de una detención a efectos de expulsión, en su sentencia de 30 de noviembre de 2010 en la causa *Diallo*. Confirmando su jurisprudencia en la causa *Avena y otros nacionales mexicanos*¹⁸⁵, la Corte recordó que corresponde a las autoridades del Estado que proceden a la detención:

informar espontáneamente a la persona detenida de su derecho a solicitar que se avise a su consulado; el hecho de que esa persona no haya solicitado tal cosa, no solo no justifica que se incumpla la obligación de informar que incumbe al Estado que procede a la detención, sino que más bien podría explicarse precisamente, en algunos casos, por el hecho de que esa persona no ha sido informada de los derechos que le asisten a ese respecto. [...] Por otra parte, el hecho de que las autoridades consulares del Estado de nacionalidad de la persona detenida hayan sido informadas de la detención por otras vías no elimina la violación de la obligación de informar «sin dilación» a esa persona de sus derechos¹⁸⁶.

Habiendo constatado, por lo demás, que la República Democrática del Congo no había aportado el «menor

¹⁸¹ Esta disposición dice así: «Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional».

¹⁸² *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial págs. 489 a 498, párrs. 64 a 91; *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial págs. 39 a 57, párrs. 49 a 114.

¹⁸³ *LaGrand* (véase la nota 182 *supra*), pág. 494, párr. 77.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Avena* (véase la nota 182 *supra*), pág. 46, párr. 76.

¹⁸⁶ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 672, párr. 95.

elemento que corroborara» la afirmación de que había informado oralmente al Sr. Diallo de sus derechos, la Corte Internacional de Justicia resolvió que dicho Estado había violado el artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁸⁷.

11) El párrafo 4 se refiere al supuesto de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor desde hace poco tiempo. Está redactado en forma de cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» a fin de preservar, en ese supuesto, la aplicación de cualquier instrumento legislativo del Estado expulsor concerniente a la expulsión de esas personas. Varias legislaciones nacionales prevén procedimientos simplificados para la expulsión de extranjeros cuya presencia en su territorio es ilegal. En el marco de esos procedimientos, el extranjero en cuestión a menudo no goza del derecho a impugnar su expulsión ni *a fortiori* de los derechos procesales mencionados en el párrafo 1, cuya finalidad es hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, en concepto de desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión estimó conveniente reconocer los derechos procesales enunciados en el párrafo 1 incluso a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor, siempre que esa presencia haya tenido una duración mínima. Según la legislación de algunos países, dicha duración no debe ser superior a seis meses¹⁸⁸.

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible.

Comentario

1) El proyecto de artículo 27, que reconoce un efecto suspensivo al recurso interpuesto contra una resolución de expulsión por un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor, corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. La práctica de los Estados en esta materia no es suficientemente uniforme y convergente para servir de base, en el derecho existente, a una norma de derecho internacional general que prevea el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible para el extranjero objeto de expulsión.

2) No obstante, la formulación, en el proyecto de artículos, de tal efecto suspensivo parece justificado. Entre las razones que abogan en favor del efecto suspensivo figura sin duda el hecho de que a menudo, a menos que se suspenda la ejecución de la resolución de expulsión, el recurso no sería muy eficaz habida cuenta

de los obstáculos, en especial de carácter económico, que podría encontrar para su regreso un extranjero que hubiera tenido que abandonar mientras tanto el territorio del Estado expulsor a consecuencia de una resolución de expulsión cuyo carácter ilícito solo se determinaría después de su salida.

3) Se observará, a este respecto, la posición asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo concerniente al efecto del recurso en la ejecución de la resolución. El Tribunal, al tiempo que reconocía la facultad discrecional de que gozan los Estados partes a este respecto, indicó que las medidas cuyos efectos fueran potencialmente irreversibles no debían aplicarse hasta que las autoridades nacionales hubiesen determinado si eran compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el asunto *Čonka c. Bélgica*, el Tribunal resolvió que había habido violación del artículo 13 del Convenio:

El Tribunal considera que la efectividad del recurso a tenor del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. [...] En consecuencia, el artículo 13 se opone a que tales medidas sean ejecutadas antes incluso del resultado del examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con el Convenio, aunque los Estados contratantes tienen un cierto margen discrecional en cuanto al modo en que cumplirán sus obligaciones con arreglo a esta disposición [...]¹⁸⁹.

4) Cabe mencionar también que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó que los extranjeros expulsados del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa tuvieran derecho a un recurso con efecto suspensivo, que debería examinarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la resolución de expulsión:

Con respecto a la expulsión:

[...]

2. toda resolución de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería estar sujeta a un derecho de recurso con efecto suspensivo;

3. en caso de recurso contra la expulsión, el procedimiento de apelación deberá haberse completado dentro de los tres meses siguientes a la resolución de expulsión¹⁹⁰.

A este respecto, es interesante constatar que la Asamblea Parlamentaria reconoció además ese derecho de recurso a los extranjeros en situación irregular:

Un extranjero que carezca de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro por razones jurídicas concretas que no sean de orden político ni religioso. El interesado tendrá el derecho y la posibilidad de interponer recurso ante un órgano de apelación independiente antes de ser expulsado. Habría que estudiar también si, o como alternativa, tendrá derecho a acudir ante un juez. Será informado de sus derechos. Si recurre a un tribunal o a una alta autoridad administrativa, no podrá procederse a su expulsión mientras su recurso esté pendiente de examen.

¹⁸⁹ *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 63 *supra*), párr. 79. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A. C. and Others v. Spain*, sentencia, 22 de abril de 2014, demanda n.º 6528/11, párr. 88.

¹⁹⁰ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomendación 1624 (2003): Common policy on migration and asylum, 30 de septiembre de 2003, párr. 9 (disponible en <http://assembly.coe.int/Documents>).

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 673, párrs. 96 y 97.

¹⁸⁸ Véase el debate de esta cuestión en el sexto informe del Relator Especial, *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 293 a 316.

El titular de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una resolución judicial firme¹⁹¹.

La Comisión no ha ido tan lejos.

Artículo 28. Procedimientos internacionales de recurso individual

El extranjero objeto de expulsión podrá hacer uso de cualquier procedimiento de recurso individual disponible ante una instancia internacional competente.

Comentario

El proyecto de artículo 28 tiene por objeto recordar que los extranjeros objeto de expulsión pueden, según los casos, tener acceso a procedimientos de recurso individual ante una instancia internacional competente. Se trata en lo esencial de procedimientos de recurso individual establecidos en diversos instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional.

QUINTA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

1. El extranjero que, encontrándose legalmente en el territorio de un Estado, sea expulsado por este, tendrá derecho a la readmisión en el Estado expulsor si una autoridad competente determina que la expulsión fue ilícita, a no ser que la readmisión constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o que por alguna otra razón el extranjero ya no cumpla las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor.

2. En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero.

Comentario

1) El proyecto de artículo 29 afirma, a título de desarrollo progresivo y cuando se reúnan determinadas condiciones, un derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita. Aunque pueda encontrarse tal derecho, con diversidad de condiciones, en la legislación de algunos Estados¹⁹² e incluso en el plano internacional¹⁹³, la práctica no parece ser suficientemente convergente para que se pueda afirmar

¹⁹¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, apéndice de la recomendación 769 (1975) relativa a la condición jurídica de los extranjeros, 3 de octubre de 1975, apéndice (Principles on which a uniform aliens law in Council of Europe member States could be based), párrs. 9 y 10 (disponible en: <http://assembly.coe.int/ Documents>).

¹⁹² Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, art. L.524-4.

¹⁹³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció este derecho en el caso de la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero. La Comisión Interamericana resolvió lo siguiente:

la existencia, en derecho positivo, de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita.

2) Incluso desde la perspectiva del desarrollo progresivo, la Comisión se mostró prudente al formular ese derecho. En efecto, el proyecto de artículo 29 se refiere únicamente al caso de un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado en cuestión y que ha sido expulsado de manera ilícita, siempre que la ilicitud de esa expulsión haya sido reconocida por una autoridad competente, y a no ser que el Estado expulsor pueda invocar legítimamente alguna de las razones mencionadas en el proyecto de artículo para denegar la readmisión del extranjero en cuestión.

3) El término «ilícita» con que se califica la expulsión en el proyecto de artículo se refiere a toda expulsión que contravenga una norma de derecho internacional. Sin embargo, también debe entenderse a la luz del principio enunciado en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y reiterado en el proyecto de artículo 4, según el cual un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley, es decir, en primer lugar, conforme al derecho interno del Estado expulsor.

4) Con arreglo al proyecto de artículo 29, cabe invocar el derecho a la readmisión únicamente en los supuestos en que las autoridades del Estado expulsor o un órgano internacional, como una corte o un tribunal, que sea competente al respecto hayan determinado, mediante resolución obligatoria, que la expulsión era ilícita. No hay tal determinación cuando las autoridades competentes constatan que la ilicitud de una resolución de expulsión en el momento en que fue adoptada ha sido subsanada conforme a la ley. La Comisión consideró que no hubiera sido apropiado subordinar el reconocimiento de ese derecho a la anulación de la resolución de expulsión ilícita, ya que, en principio, solo las autoridades del Estado expulsor son competentes para anular tal resolución. Además, el enunciado del proyecto de artículo 29 abarca asimismo los supuestos en que la expulsión se ha producido sin la adopción de una resolución formal, es decir de resultados de un comportamiento atribuible al Estado expulsor¹⁹⁴. Ahora bien, al subordinar el derecho a la readmisión a la determinación previa de la ilicitud de la expulsión por una autoridad competente, el proyecto de artículo 29 evita reconocer al extranjero, en el presente contexto, la facultad de juzgar por sí mismo si la expulsión de que ha sido objeto era lícita o ilícita.

5) El proyecto de artículo 29 no debe entenderse en el sentido de que confiera a la determinación por un órgano

«Recomendar al Gobierno de Guatemala: a) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseara; b) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y c) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 7378 (Guatemala), 25 de junio de 1981, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 9 Rev.1, 16 de octubre de 1981, pág. 65).

¹⁹⁴ Véase al respecto el proyecto de artículo 10 *supra*, que prohíbe toda forma de expulsión encubierta.

internacional efectos jurídicos distintos de los previstos en el instrumento por el que se creó el órgano en cuestión. Reconoce únicamente, a título de desarrollo progresivo y sobre una base independiente, un derecho a la readmisión en el territorio del Estado expulsor cuya existencia está sujeta, entre otras cosas, a una determinación vinculante previa de ilicitud.

6) Como indica claramente ese proyecto de artículos, el Estado expulsor conserva el derecho de denegar la readmisión del extranjero expulsado de manera ilícita, si esa readmisión constituye una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si por alguna otra razón el extranjero ya no cumple las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor. Es necesario reconocer tales excepciones a la readmisión a fin de mantener un justo equilibrio entre los derechos del extranjero ilícitamente expulsado y el poder del Estado expulsor de controlar la entrada de todo extranjero en su territorio de conformidad con su legislación vigente en el momento en que debe pronunciarse sobre la readmisión del extranjero en cuestión. El objeto de la última excepción mencionada en el proyecto de artículo 29 es tener en cuenta el hecho de que, en algunos casos, pueden no darse ya las circunstancias o elementos con arreglo a los cuales se había concedido al extranjero una autorización de entrada o de residencia. No obstante, la facultad del Estado para determinar las condiciones de readmisión debe ejercerse de buena fe; así, el Estado expulsor no tendría derecho a denegar la readmisión fundándose en disposiciones de su legislación que considerasen la mera existencia de una decisión de expulsión adoptada anteriormente, que resultó ser ilícita, como un obstáculo para la readmisión. Esta limitación se refleja en el proyecto de artículo 29, párrafo 2, que dice: «En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero». Este enunciado se inspira en el artículo 22, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁹⁵.

7) Por último, la formulación de un derecho a la readmisión de conformidad con el proyecto de artículo 29 debe entenderse sin perjuicio del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al que se hace referencia en el proyecto de artículo 30. En particular, las normas generales relativas a la reparación de un hecho internacionalmente ilícito siguen siendo pertinentes en el contexto de la expulsión de extranjeros.

Artículo 30. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

La expulsión de un extranjero en violación de obligaciones del Estado expulsor enunciadas en el presente proyecto de artículos o en cualquier otra norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional de ese Estado.

¹⁹⁵ Dicha disposición dice lo siguiente: «Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate*».

Comentario

1) Nadie discute que toda expulsión en violación de una norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional del Estado expulsor por hecho internacionalmente ilícito. A este respecto, el proyecto de artículo 30 ha de interpretarse a la luz de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁹⁶. La segunda parte enuncia el contenido de la responsabilidad internacional del Estado, incluido en lo que concierne a la expulsión de extranjeros¹⁹⁷.

2) El principio fundamental de la reparación íntegra por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito se enuncia en el artículo 31 sobre la responsabilidad del Estado¹⁹⁸, mientras que el artículo 34¹⁹⁹ enuncia las diferentes formas de reparación, a saber, la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36) y la satisfacción (art. 37). La jurisprudencia relativa a la reparación en casos de expulsión ilícita es especialmente abundante²⁰⁰.

3) La restitución, en forma de regreso del extranjero al Estado expulsor, se ha elegido a veces como modo de reparación. A este respecto, el primer Relator Especial del tema de la responsabilidad internacional, Sr. García Amador, indicó que «[e]n cuanto a los casos de expulsión arbitraria, las formas de satisfacción empleadas han sido las de que se deje sin efecto la medida y se permita al particular extranjero reintegrarse al país»²⁰¹. El Sr. García Amador se remitió en este contexto a los casos *Lampton y Wiltbank* (concernientes a dos ciudadanos de los Estados

¹⁹⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 92 a 124.

¹⁹⁷ Véase el párrafo 5 del comentario general de la Comisión a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *ibíd.*, pág. 32.

¹⁹⁸ El artículo 31 (Reparación) dice así: «1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado» (*ibíd.*, pág. 96).

¹⁹⁹ El artículo 34 (Formas de reparación) dice así: «La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo» (*ibíd.*, pág. 101).

²⁰⁰ Véase, por ejemplo, *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903 (nota 28 *supra*), págs. 323 a 325 (Filtz, árbitro); *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (nota 28 *supra*), págs. 600 a 609; *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (nota 28 *supra*), págs. 730 a 733; *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, opinión dictada el 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 368 a 371; *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987 (nota 28 *supra*), págs. 92 a 113; *Moustaqim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de febrero de 1991 (nota 29 *supra*); *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2002 (nota 63 *supra*).

²⁰¹ Sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros – La reparación del daño), *Anuario... 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1, pág. 28, párr. 99.

Unidos expulsados de Nicaragua en 1894), y al caso de cuatro súbditos británicos igualmente expulsados de Nicaragua²⁰². El derecho al regreso en caso de expulsión ilícita ha sido dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero²⁰³.

4) La jurisprudencia ha considerado en muchas ocasiones la indemnización como forma de reparación reconocida del perjuicio sufrido por el extranjero expulsado o por el Estado de su nacionalidad de resultados de una expulsión ilícita. Nadie discute que el perjuicio indemnizable comprende tanto el daño material como el moral²⁰⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una nueva orientación al derecho a la reparación al incluir el «daño al proyecto de vida» en la categoría de perjuicios sufridos por las víctimas de violaciones de los derechos humanos²⁰⁵.

Varios tribunales arbitrales han otorgado una indemnización por daños y perjuicios a extranjeros que habían sido víctimas de expulsiones ilícitas. En el caso *Paquet*, el árbitro resolvió que, visto el carácter arbitrario de la expulsión, el Gobierno de Venezuela debía pagar al Sr. Paquet una indemnización por el perjuicio directo que había sufrido:

[...] la práctica general entre los gobiernos es la de dar, si se piden, explicaciones al gobierno de la persona expulsada, y que, cuando estas son denegadas, como en el presente caso, la expulsión, puede considerarse como un acto arbitrario de tal carácter que da lugar a una reparación, agravado en el presente caso por el hecho de que las facultades del poder ejecutivo, según la Constitución de Venezuela, no lo autorizan a prohibir la entrada en el territorio nacional o a expulsar de él a los

²⁰² *Ibid.*, nota 159. Estos asuntos son mencionados en Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV (nota 121 *supra*), págs. 99 a 101. Lampton y Wiltbank habían sido expulsados por el Gobierno nicaragüense y luego autorizados a regresar a Nicaragua a petición de los Estados Unidos. En cuanto a los cuatro súbditos británicos, Gran Bretaña había exigido «la anulación incondicional de los decretos de expulsión», a lo que Nicaragua respondió que «no había lugar a la revocación del decreto de expulsión, por cuanto todas las personas culpables de participar en la rebelión de los misquitos habían sido amnistiadas» (*ibid.*, pág. 101).

²⁰³ «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve: [...] 3. Recomendar al Gobierno de Guatemala: a) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseara; b) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y c) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 7378 (Guatemala) (véase la nota 193 *supra*)).

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, sobre esta cuestión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Emre v. Switzerland*, 22 de mayo de 2008, demanda n.º 42034/04; o Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, Serie C n.º 134; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 25 de noviembre de 2006, Serie C n.º 159. Véase también, a ese respecto, el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia el 19 de junio de 2012 en la causa *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, indemnización, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., que se aborda *infra* en el párrafo 6 del comentario a este proyecto de artículo.

²⁰⁵ Véanse, entre otras, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), Serie C n.º 42, párrs. 144 a 154; *Cantoral Benavides (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001 (reparaciones), Serie C n.º 88, párrs. 60 y 80; y *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas), Serie C n.º 132, párrs. 87 a 89.

extranjeros domiciliados de quienes el Gobierno sospeche que son una amenaza para el orden público;

Considerando, además, que la suma demandada no parece exagerada:

Resuelve que N. A. Paquet tiene derecho a una indemnización de 4.500 francos²⁰⁶.

En el caso *Oliva*, el árbitro también condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios en razón de la pérdida resultante de la revocación de una concesión, aunque limitada a los gastos en que había incurrido el extranjero y al tiempo que había dedicado a obtener el contrato²⁰⁷. El Comisionado Agnoli había considerado que el carácter arbitrario de la expulsión habría justificado de por sí el ejercicio de una acción por daños y perjuicios:

[...] debería otorgarse una indemnización no inferior a 40.000 bolívares, independientemente de cualquier suma que se le conceda justamente por la ruptura arbitraria del contrato mencionado, puesto que no cabe duda de que, aunque no hubiera podido obtener la concesión en cuestión, el mero hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización²⁰⁸.

En otros asuntos, la manera ilegal como se ejecutó la expulsión (incluida la duración y las condiciones de la detención que la precedieron) es lo que dio lugar a indemnización. En el caso *Maal* el árbitro otorgó una indemnización por daños y perjuicios al demandante a causa de los malos tratos que había sufrido. Dado que los responsables de la expulsión no habían sido sancionados, el árbitro consideró que era necesario que la indemnización otorgada consistiera en una suma suficiente para «expresar el reconocimiento de la afrenta» causada al demandante:

Al árbitro se le ha enseñado a considerar a la persona de otro como algo sagrado a cuya integridad no se puede ocasionar ningún menoscabo, por ligero que sea, con ira y sin causa, sin su consentimiento y que, si se comete ese hecho, cabe considerar que constituye una agresión por la que hay que pagar una indemnización de daños y perjuicios proporcional al espíritu y la naturaleza de la agresión y a la calidad del hombre que ha sido víctima de ella. [...] Puesto que no hay nada que parezca indicar que las personas a las que el Gobierno de Venezuela encomendó esta importante tarea hayan sido reprendidas, sancionadas o relevadas de sus funciones, el único modo en que este Gobierno puede expresar su sentimiento y cumplir sus deberes hacia el súbdito de un Estado soberano y amigo es resarciéndole mediante una indemnización pecuniaria. Esta debe consistir en una suma suficiente para expresar el reconocimiento de la afrenta causada a ese súbdito y su deseo de satisfacer íntegramente su deuda para con él.

Tan siquiera por esta afrenta, el árbitro estima que el Gobierno demandado debe pagar al Gobierno demandante, en nombre del demandante, la suma de quinientos dólares oro de los Estados Unidos de América, o el equivalente en plata al tipo de cambio vigente en la fecha del pago, y que en consecuencia se puede poner el fallo en ese sentido²⁰⁹.

En el caso *Daniel Dillon* se otorgó una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los malos tratos infligidos al demandante de resultados de la duración y las condiciones de su detención:

²⁰⁶ *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 325.

²⁰⁷ *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), págs. 607 a 609 (Ralston, árbitro), que contiene detalles acerca del cálculo de la indemnización en ese caso concreto.

²⁰⁸ *Oliva* (véase la nota 28 *supra*), pág. 602 (Agnoli, comisionado).

²⁰⁹ *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (véase la nota 28 *supra*), págs. 732 y 733 (Plumley, árbitro).

Sin embargo, en opinión de la Comisión, el hecho de haber estado detenido el demandante por largo tiempo, y el de haber estado comunicado y sin información acerca del objeto de su detención, constituyen un maltrato y un padecimiento no justificados por el objeto de la detención, a tal grado que hacen responsables a los Estados Unidos Mexicanos conforme al derecho internacional. Estima que la suma por la cual debe fallarse puede justamente fijarse en 2.500 dólares de los Estados Unidos, sin intereses²¹⁰.

En el caso *Yeager*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos otorgó al demandante una indemnización: a) por la pérdida de los bienes que había debido abandonar porque no se le había dado tiempo suficiente para salir del país²¹¹, y b) por el dinero que le habían confiscado en el aeropuerto los «*komitehs* revolucionarios»²¹².

En algunos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha otorgado una indemnización pecuniaria por daños morales resultantes de una expulsión ilícita. En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal rechazó una demanda de indemnización fundada en la pérdida de ingresos resultante de una expulsión contraria al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, subrayando la falta de relación de causalidad entre esa violación y la pretendida pérdida de ingresos. No obstante, el Tribunal otorgó al demandante, sobre una base de equidad, la suma de 100.000 francos belgas en concepto de reparación moral por el tiempo que tuvo que vivir alejado de su familia y sus amigos, en un país con el que no tenía vínculo alguno²¹³. En el asunto *Čonka c. Bélgica*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concedió una indemnización de 10.000 euros por el perjuicio moral resultante de una expulsión contraria al artículo 5, párrafos 1 y 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad), el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio (prohibición de las expulsiones colectivas) y el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo), tomado juntamente con el artículo 4 del Protocolo n.º 4²¹⁴.

5) La satisfacción como forma de reparación está prevista en el artículo 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado²¹⁵. Es susceptible de ser aplicada en el caso de una expulsión ilícita, en particular en los supuestos en que aún no se haya ejecutado la resolución de expulsión. En esos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una sentencia en la que se declarase ilícita la resolución de expulsión constituía una forma apropiada de satisfacción y, por lo tanto, no concedió ninguna otra reparación moral. Pueden señalarse a este respecto los asuntos *Beldjoudi c. Francia*²¹⁶, *Chahal c. el*

*Reino Unido*²¹⁷ y *Ahmed c. Austria*²¹⁸. Conviene recordar a ese respecto que la propia Comisión, en su comentario al artículo 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado precisó que «[u]na de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material [...] es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente»²¹⁹. También a propósito de la satisfacción como forma de reparación, es oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se contenta con conceder indemnizaciones a las víctimas de expulsiones ilegales, ya que considera que «dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos [y] sancionar a todos los responsables»²²⁰.

6) La cuestión de la reparación por hechos internacionalmente ilícitos relacionados con la expulsión de un extranjero fue abordada recientemente por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 30 de noviembre de 2010 dictado en la causa *Diallo*:

La Corte, habiendo concluido que la República Democrática del Congo había violado las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 36, párrafo 1 b, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares [...], tiene que determinar ahora, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, cuáles son las consecuencias que se desprenden de esos hechos internacionalmente ilícitos que generan la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo²²¹.

Tras haber recordado el régimen jurídico de la reparación, basado en el principio, enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual la reparación, en la medida de lo posible, debe «eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y

A n.º 234-A: «Los demandantes deben de haber sufrido un perjuicio moral, pero esta sentencia les otorga una compensación suficiente a este respecto». El Tribunal añadió que habría habido violación del artículo 8 del Convenio «si la resolución de expulsar al Sr. Beldjoudi [hubiera sido] ejecutada» (párrafo 1 de la parte dispositiva).

²¹⁷ *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*), párr. 158: «Habiendo resuelto que no había habido violación del párrafo 1 del artículo 5 [...], el Tribunal no otorga ninguna reparación del perjuicio moral por el período en que el Sr. Chahal estuvo detenido. En cuanto a las demás reclamaciones, el Tribunal considera que la constatación de que la expulsión, si se ejecutara, constituiría una violación del artículo 3 y de que ha habido violación de los artículos 5, párrafo 4, y 13 constituye una satisfacción equitativa suficiente».

²¹⁸ *Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*). El Tribunal denegó una compensación en forma de indemnización por la pérdida salarial porque no apreciaba ninguna relación de causalidad entre el daño material alegado y su conclusión respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50). El Tribunal dijo a continuación: «El Tribunal estima que el interesado debe de haber sufrido un perjuicio moral, pero que la presente sentencia le otorga una compensación suficiente a ese respecto» (párr. 51); luego resolvió: «[...] mientras el demandante corra un riesgo real de ser sometido en Somalia a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, habría violación de esa disposición si la resolución de expulsarlo a ese país fuera ejecutada» (párrafo 2 de la parte dispositiva).

²¹⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 114, comentario del artículo 37, párr. 6.

²²⁰ *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero de 2002 (reparaciones), Serie C n.º 91, párr. 73; véase también el párrafo 106.

²²¹ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 691, párr. 160.

²¹⁰ *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, opinión dictada el 3 de octubre de 1928 (véase la nota 200 *supra*), pág. 369.

²¹¹ *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987 (véase la nota 28 *supra*), págs. 107 a 109, párrs. 51 a 59.

²¹² *Yeager* (véase la nota 28 *supra*), pág. 110, párrs. 61 a 63.

²¹³ *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párrs. 52 a 55.

²¹⁴ *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 63 *supra*), párrs. 42 y ss.

²¹⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 112 a 115.

²¹⁶ *Beldjoudi v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda n.º 12083/86, párr. 86, Serie

restablecer la situación que hubiera existido probablemente de no haberse cometido dicho acto»²²², y el principio recordado recientemente en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, según el cual la reparación puede tomar «la forma de la indemnización o de la satisfacción, o incluso de la indemnización y de la satisfacción»²²³, la Corte Internacional de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

Vistas las circunstancias del caso, en particular el carácter fundamental de las obligaciones relativas a los derechos humanos que han sido violadas y la demanda de reparación en forma de indemnización presentada por Guinea, la Corte resuelve que, además de la constatación judicial de dichas violaciones, la reparación debida a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo ha de ser en forma de indemnización²²⁴.

Posteriormente, el 19 de junio de 2012, la Corte dictó un fallo sobre la cuestión de la indemnización que la República Democrática del Congo debía abonar a la República de Guinea²²⁵. La Corte concedió a Guinea una indemnización de 85.000 dólares de los Estados Unidos, por el perjuicio no material sufrido por el Sr. Diallo a causa de los hechos ilícitos atribuibles a la República Democrática del Congo²²⁶, así como, por razones de equidad, una indemnización de 10.000 dólares que debía compensar la pérdida de bienes personales denunciada por el Sr. Diallo²²⁷. La Corte desestimó en cambio, por falta de pruebas, las demandas presentadas con el fin de obtener una indemnización por el lucro cesante que habría sufrido el Sr. Diallo durante su detención y como consecuencia de su expulsión ilícita²²⁸. De manera general, la Corte abordó

en su fallo varias cuestiones relativas a las condiciones y modalidades de la indemnización, en particular la relación de causalidad entre los actos ilícitos y el perjuicio, la evaluación del perjuicio, incluido el perjuicio no material, y la prueba de este último.

Artículo 31. Protección diplomática

El Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.

Comentario

1) El proyecto de artículo 31 remite a la institución de la protección diplomática, cuyo régimen jurídico está bien establecido en el derecho internacional. Nadie discute que el Estado de nacionalidad de un extranjero objeto de expulsión tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, en las condiciones establecidas por las normas de derecho internacional relativas a esta materia. Estas normas están reflejadas esencialmente en los artículos sobre la protección diplomática aprobados por la Comisión en 2006²²⁹, cuyo texto figura en el anexo de la resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

2) En su fallo de 2007 sobre las excepciones preliminares en la causa *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia reiteró, en el contexto de la expulsión de extranjeros, dos condiciones esenciales para el ejercicio de la protección diplomática, a saber, el vínculo de nacionalidad y el agotamiento previo de los recursos internos²³⁰.

²²² *Factory at Chorzów*, sentencia n.º 13 (sobre el fondo), 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 47.

²²³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, I.C.J. Reports 2010, págs. 14 y ss., en particular pág. 103, párr. 273.

²²⁴ *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 691, párr. 161.

²²⁵ *Ahmadou Sadio Diallo*, indemnización, fallo de 19 de junio de 2012 (véase la nota 204 *supra*).

²²⁶ *Ibid.*, págs. 333 a 335, párrs. 18 a 25.

²²⁷ *Ibid.*, págs. 335 a 338 y 343, párrs. 26 a 36 y 55.

²²⁸ *Ibid.*, págs. 338 a 342, párrs. 37 a 50.

²²⁹ Para el texto de los artículos sobre la protección diplomática y los comentarios correspondientes, véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrs. 49 y 50.

²³⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, excepciones preliminares, fallo de 24 de mayo de 2007, I.C.J. Reports 2007, págs. 582 y ss., en especial pág. 599, párr. 40.