

**Asamblea General**

Distr. general
28 de mayo de 2010
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional**62º período de sesiones**

Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio
a 6 de agosto de 2010

Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros**Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial****Adición****Índice**

	<i>Página</i>
Segunda parte. Procedimientos de expulsión	3
I. Consideraciones preliminares: distinción entre “extranjeros en situación legal” y “extranjeros en situación ilegal”	3
A. Fundamento de la distinción entre “extranjeros en situación legal” y “extranjeros en situación ilegal”	3
B. Aclaración semántica de las nociones de extranjero “residente” o “que se halla legalmente” o “ilegalmente” en el territorio de un Estado	5
II. Procedimientos aplicables a la expulsión de los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado	7
A. Extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio del Estado que los expulsa	7
B. Caso de los extranjeros en situación ilegal que han residido durante un período prolongado en el territorio del Estado que los expulsa	16
Proyecto de artículo A1. Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento	18
III. Normas de procedimiento aplicables a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado	19
A. Consideraciones de carácter general	19



B.	Naturaleza de procedimiento	23
C.	Garantías de procedimiento	25
1.	Garantías procesales en el derecho internacional y en el derecho interno	25
a)	Conformidad con la ley	25
i)	Consagración en el sistema universal de protección de los derechos humanos.	25
ii)	Consagración en los instrumentos regionales	26
iii)	Consagración en las legislaciones nacionales	27
	Proyecto de artículo B1. Obligación de conformidad con la ley	28
b)	El derecho a ser informado del procedimiento de expulsión	30
c)	El derecho a impugnar la expulsión	34
i)	Consideraciones de carácter general	34
ii)	El derecho a ser oído	36
iii)	El derecho a estar presente	38
d)	El derecho a un recurso eficaz.	39
e)	La no discriminación en las garantías procesales.	40
f)	El derecho a la protección consular.	41
g)	El derecho a un asesor	43
h)	Asistencia jurídica	45
i)	Traducción e interpretación	46
2.	Las garantías procesales en el marco del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea	47
a)	Notificación de la decisión de expulsión	47
b)	El derecho a un recurso eficaz	48
	Proyecto de artículo C1. Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión	51

Segunda parte. Procedimientos de expulsión

1. Con excepción de unas pocas disposiciones – por lo demás de carácter muy general – relativas a los derechos de los extranjeros que se encuentran en situación regular en los Estados, contenidas en algunos instrumentos internacionales, no existen, en términos estrictos, normas detalladas de derecho internacional que establezcan el procedimiento de expulsión y que permitan conciliar los derechos de la persona en vías de expulsión con el derecho soberano del Estado que la expulsa. La cuestión de la expulsión no está totalmente reglamentada en este ordenamiento jurídico y las normas de procedimiento aplicables a este respecto, ya sean de forma o de fondo, así como las vías de recurso que se ofrecen a las personas interesadas, se desprenden en gran parte del análisis detallado de las legislaciones y jurisprudencias nacionales. Surge del presente análisis la necesidad de hacer una distinción entre el procedimiento aplicable a los extranjeros que han entrado legalmente en el territorio de un Estado, y el aplicable a los que habrían entrado ilegalmente en él, en vista de que algunas legislaciones nacionales dispensan, dentro de esta última categoría, un trato diferente a los extranjeros que, si bien entraron ilegalmente en el territorio del Estado, residen en él desde hace algún tiempo.

I. Consideraciones preliminares: distinción entre “extranjeros en situación legal” y “extranjeros en situación ilegal”

A. Fundamento de la distinción entre “extranjeros en situación legal” y “extranjeros en situación ilegal”

2. En primer lugar corresponde hacer una breve precisión terminológica. El lenguaje no jurídico hace uso de un vocabulario muy gráfico para distinguir los migrantes extranjeros en función de su situación jurídica en el Estado de residencia. Se habla así de “inmigrantes clandestinos” por oposición a los “legales” o “en situación regular”. Los textos jurídicos no emplean una terminología uniforme. Algunos distinguen, según el caso, entre extranjeros “legales” y extranjeros “ilegales”, o extranjeros que se hallan “legalmente” en el territorio de un Estado, por oposición a los que se encuentran allí “ilegalmente”. Otros hablan de extranjeros “en situación regular”, por oposición a los que estarían “en situación irregular” en el territorio de un Estado. Todas estas expresiones se refieren sin embargo a una misma y única realidad: los inmigrantes que residen en un Estado de conformidad con la legislación relativa a la entrada y la estancia de extranjeros, y los que se encuentran en un Estado en contravención de dicha legislación. Por lo tanto, emplearemos como sinónimos las expresiones extranjeros que se hallan “legalmente” o “en situación regular” en el territorio de un Estado, por una parte, y extranjeros que se encuentran allí “ilegalmente” o “en situación irregular”, por la otra.

3. No obstante, son muy pocos los textos internacionales que consagran expresamente el principio de la distinción entre los extranjeros que se hallan en situación regular en un Estado y los extranjeros que se encuentran allí en situación irregular. Parecería incluso que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es la única que establece explícitamente esa distinción. El artículo 31 de dicha Convención, titulado expresamente “Refugiados que se encuentren

ilegalmente en el país de refugio”, rige el tratamiento de esta categoría de refugiados por los Estados Contratantes, pese a que el artículo 32, que se refiere expresamente a la “Expulsión”, solamente prohíbe a los Estados Contratantes expulsar a cualquier “refugiado (...) que se halle legalmente en el territorio de tales Estados”.

4. Esta distinción es necesaria por cuanto tiene un fundamento implícito en varios otros instrumentos jurídicos internacionales. En efecto, dicha distinción se desprende del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹, que establece:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo 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 exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”.

5. Esta disposición prevé únicamente el caso del extranjero que se halla “legalmente” en el territorio de un Estado, lo que significa, *a contrario sensu*, que excluye al que estaría allí “ilegalmente”, sugiriendo así que existen las dos categorías de extranjeros y que no pueden ser tratadas de manera idéntica.

6. La distinción entre extranjeros que se hallan “legalmente” en el territorio de un Estado y los que se encuentran allí “ilegalmente” puede inferirse también del párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares², que estipula:

“Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso”.

7. También en este caso cabe considerar que esta disposición, al igual que toda la Convención, se aplica únicamente a los trabajadores migratorios legales. En efecto, el hecho de que un trabajador migratorio pueda, llegado el caso, ser “privado de su autorización de residencia” o de su “permiso de trabajo”, implica que ya tiene esa autorización, la que condiciona, en la mayoría de los Estados, el otorgamiento del “permiso de trabajo”. No cabe duda entonces de que esta disposición se refiere solamente a la situación de los trabajadores migratorios legales en lo que respecta a la legislación sobre la entrada y la estancia en el Estado de acogida, por oposición a

¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 999, pág. 171 (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966).

² Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 2220, pág. 3 (adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003).

los trabajadores ilegales, comúnmente llamados “trabajadores clandestinos” o “trabajadores en negro”.

8. También es sabido que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954³ establece que los Estados Contratantes “no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados”.

9. Los extranjeros considerados “personas protegidas” constituyen una categoría que se encuentra principalmente en las legislaciones nacionales y no en los instrumentos internacionales. Esta categoría de extranjeros goza de determinadas garantías que la ley no ofrece a los inmigrantes ilegales que han llegado en fecha reciente, los que, por su parte, están sujetos al procedimiento de devolución o deportación por infringir las normas de entrada en el territorio del Estado. Como veremos más adelante, las legislaciones de la mayoría de los Estados prevén para estos últimos un procedimiento sumario de devolución o deportación cuyas modalidades pueden variar de un Estado a otro.

10. Cabe aclarar que si bien la distinción entre estas diferentes categorías de extranjeros es necesaria en aras de la codificación y, eventualmente, con miras al desarrollo progresivo, teniendo en cuenta asimismo las orientaciones que surgen del derecho internacional así como las que dimanar de la práctica de los Estados, no es en absoluto imprescindible en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos de las personas expulsadas. Éstas siguen siendo seres humanos con independencia de las condiciones en las que hayan entrado en el Estado que las expulsa y, como tales, tienen derecho a gozar de la misma protección de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana y, en particular, del derecho al respeto de la dignidad humana.

B. Aclaración semántica de las nociones de extranjero “residente” o “que se halla legalmente” o “ilegalmente” en el territorio de un Estado

11. El artículo 1 del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de los Derechos Humanos) establece en su párrafo 1 que “un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley (...)”. En su informe explicativo de este artículo, el Comité Directivo sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa destacó que el término “residente” no designaba al “extranjero que ha llegado a un puerto o a cualquier otro punto de entrada [y que] no ha pasado aún por el control de inmigración, [ni] al extranjero que ha sido admitido en el territorio de un Estado únicamente en tránsito o, en calidad de no residente, por un período limitado”⁴. En

³ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, 28 de septiembre de 1954, Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 360, pág. 117 [adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954].

⁴ Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo (Francia), 22 de noviembre de 1984, *Série des traités européens*, N° 117. A-L Ducroquetz, *La expulsión des*

lo que respecta al término “legalmente”, el Comité Directivo aclaró que cada Estado fijaba las condiciones que debía reunir un extranjero para estar en situación regular en su territorio. Además, el artículo 1 del Protocolo N° 7 “se aplica no solamente al extranjero que ha entrado legalmente en el territorio, sino también a aquel que entró ilegalmente pero cuya situación se regularizó con posterioridad”⁵. A la inversa, la persona que deja de reunir las condiciones de entrada o permanencia exigidas por la legislación del Estado parte en cuestión “no puede considerarse que se halla 'legalmente' en el territorio de [ese] Estado”⁶.

12. Otros textos adoptados en el marco del Consejo de Europa dan una definición más concisa de los términos de residencia legal. Así, en el apartado b) de la sección II del Protocolo anexo al Convenio Europeo de Establecimiento de 1955 se dispone brevemente que “se considera que los nacionales de las Partes contratantes residen legalmente en el territorio de una de ellas cuando han cumplido [las normas que rigen la admisión, la estancia y la circulación de los extranjeros]”. En 1993, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo N° 7 sólo se aplicaba a los solicitantes que hubieran permanecido en el territorio del Estado en cuestión a la espera “de una decisión sobre [su] solicitud de asilo político o de la obtención de un permiso de estancia”, una vez vencida su visa temporaria⁷. La Comisión agregó que el artículo en cuestión no se aplicaba al interesado que no tuviera un permiso de estancia, a partir del momento en que su solicitud de asilo fuera rechazada en forma definitiva⁸.

13. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las modalidades de aplicación de esta disposición, en particular en el caso *Sejdovic*, en el que entendió “que en el momento en que las autoridades italianas decidieron expulsar a los demandantes, éstos no se hallaban 'legalmente' en Italia, dado que carecían de un permiso de estancia válido, y que el artículo 1 del Protocolo N° 7 no se aplica al caso en examen”⁹. A la inversa, en la sentencia dictada el 5 de octubre de 2006 en el caso *Bolat*, relativo a la expulsión de Rusia de un nacional turco, el Tribunal señaló que el artículo 1 del Protocolo N° 7 era aplicable en la medida en que, en ese caso concreto, el demandante “había sido admitido legalmente en el territorio ruso para residir en él [y] se le había expedido un permiso de estancia, que fue posteriormente prorrogado en virtud de una resolución judicial dictada en su favor”¹⁰.

14. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación general N° 15 de 1986, explicó que el requisito de legalidad previsto en el artículo 13 del Pacto de 1966 implicaba que se debía tener en cuenta el

étrangers en droit international y européen, Tesis dactilografiada, Universidad de Lille (Francia), 2007.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 13 de enero de 1993, *Voulfovitch y otros c. Suecia*, demanda N° 19373/92, *Décisions et rapports* 74, pág. 199.

⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión del 8 de febrero de 1993, *S.T. c. Francia*, demanda N° 20649/92.

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión sobre la admisibilidad de 14 de marzo de 2002, *Sejdovic y Sulejmanovic c. Italia*, demanda N° 57575/00, punto 8, causa desestimada por una sentencia de 8 de noviembre de 2002.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Rusia*, demanda N° 14139/03, párr. 77.

derecho nacional en materia de entrada y estancia “para determinar el carácter de [la protección otorgada por este artículo a los extranjeros], y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente .. y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados [por esta disposición]”¹¹. No obstante, agregó el Comité, si la cuestión controvertida es la licitud de la entrada o permanencia de un nacional extranjero, toda decisión que desemboque en su expulsión debe adoptarse “con arreglo a lo previsto en el artículo 13”¹².

15. Así pues:

- a) Se considera “residente” en un Estado, al extranjero que ha pasado por el control de inmigración y ha franqueado los puntos de entrada en el territorio de dicho Estado, que son, entre otros, los puertos, los aeropuertos y los puestos fronterizos terrestres;
- b) En cambio, no se considera residente al extranjero que ha sido admitido en el territorio de un Estado solamente en tránsito o como no residente, por un período limitado;
- c) Se considera que un extranjero se halla “legalmente” o “en situación regular” en el territorio de un Estado cuando reúne las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación de dicho Estado;
- d) En cambio, se considera que un extranjero se halla “ilegalmente” o “en situación irregular” en el territorio de un Estado cuando no reúne, o ha dejado de reunir, las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación de dicho Estado.

16. En opinión del Relator Especial, estas precisiones terminológicas podrían contribuir a mejorar y enriquecer las definiciones contenidas en el proyecto de artículo 2 que fue remitido por la Comisión al Comité de Redacción en 2007¹³.

II. Procedimientos aplicables a la expulsión de los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado

A. Extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio del Estado que los expulsa

17. En la mayoría de los países, las autoridades administrativas son las únicas competentes para decidir respecto de la expulsión de un extranjero que ha entrado ilegalmente en el territorio del Estado. En efecto, muchos países no hacen intervenir al juez en el procedimiento de expulsión cuando el extranjero está en situación irregular. Un estudio realizado por el Senado francés sobre la expulsión de los

¹¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27º período de sesiones (1986), Observación general N° 15, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto" (HRI/GEN/1/Rev.8), párr. 9.

¹² *Ibid.*

¹³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/62/10)*, párr. 188, pág. 123.

extranjeros en situación irregular en determinados Estados europeos describe ampliamente esta situación¹⁴. El estudio subraya la disparidad de las legislaciones nacionales en la materia.

18. En Alemania, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la ley del 30 de julio de 2004 relativa a la estancia, la actividad profesional y la integración de los extranjeros en el territorio federal. Dicha ley, que entró en vigor el 1 de enero de 2005, reiteró en esta materia los elementos esenciales de las disposiciones de la ley de 1990 sobre los extranjeros. La ley favorece la partida voluntaria de los extranjeros en situación irregular. La expulsión no requiere una decisión específica, de modo que no puede ser impugnada. En cambio, la decisión de someter a detención administrativa, adoptada por el juez a solicitud de la administración, puede ser apelada. De hecho, en este Estado, las medidas de expulsión no requieren una decisión específica porque la expulsión constituye apenas una modalidad de ejecución de la obligación de abandonar el territorio en la que se encuentra todo extranjero en situación irregular. Ahora bien, para los extranjeros en situación irregular, la obligación de abandonar el territorio es en todos los casos de ejecución inmediata: ya sea solamente en virtud de la ley sobre los extranjeros, cuando la falta del permiso de estancia se debe a que el extranjero entró ilegalmente o no solicitó dicho permiso, o en virtud del acto administrativo que deniega el permiso de estancia. En este Estado, la ejecución de la ley sobre los extranjeros incumbe a la administración responsable de la inmigración en los *Länder*.

19. La posibilidad de ejecución forzada, prevista en la ley sobre los extranjeros, existe de manera general en el derecho administrativo alemán. De acuerdo con la ley de 1953 sobre la ejecución administrativa, un acto administrativo que impone una obligación o una prohibición no constituye únicamente título ejecutivo, sino que puede ser objeto de ejecución forzada por la administración, directamente y sin la intervención de un juez. La obligación de abandonar el territorio puede ser impuesta por la fuerza a todos los extranjeros que no tienen permiso de estancia, ya sea solamente en virtud de la ley sobre los extranjeros, o en virtud de un acto administrativo que determina la extinción de su derecho a permanecer en el territorio de la República Federal. Cuando la falta del permiso de estancia se debe a que el extranjero entró ilegalmente o no solicitó dicho permiso, la ley sobre los extranjeros dispone que la obligación de abandonar el territorio puede ser impuesta por la fuerza, sin necesidad de una decisión administrativa. En los demás casos, la ley sobre los extranjeros hace nacer la obligación de abandonar el territorio, ya sea de la negativa de la administración a extender un permiso de estancia, o de otro acto administrativo (revocación del permiso otorgado o limitación de su plazo de validez, por ejemplo). La obligación de abandonar el territorio sólo puede ser impuesta por la fuerza a partir del momento en que el acto administrativo del que emana puede serlo él mismo, es decir, desde el momento del rechazo definitivo de los recursos¹⁵ interpuestos contra ese acto. La ejecución forzada de la obligación de abandonar el territorio no está por ende subordinada al dictado de un acto administrativo concreto, debido a su carácter directamente ejecutorio.

¹⁴ Véase los documentos de trabajo del Senado (serie legislación comparada), *L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*, N° 162, abril de 2006.

¹⁵ Estos recursos no tienen efecto suspensivo.

20. Existen en definitiva dos procedimientos de expulsión de los extranjeros en situación irregular. El primero, sumario y comparable al de devolución en la frontera, es aplicable a los extranjeros que hayan entrado en forma ilícita en Alemania en los últimos seis meses. Pueden ser expulsados sin una orden previa y sin ser notificados por escrito. Sin embargo, no es posible expulsar a un extranjero en situación irregular hacia un país en el que corra el riesgo de ser perseguido. La ley prevé la posibilidad de garantizar la expulsión de determinados extranjeros sometiéndolos a detención (*Abschiebungshaft*: detención relativa a la expulsión). Enumera los motivos que justifican una medida de esa índole, entre ellos el hecho de haber entrado en el territorio de la República Federal sin un documento válido. Los extranjeros que hayan entrado en forma ilícita en Alemania en los últimos seis meses y a los que corresponda aplicar el primer procedimiento de expulsión pueden ser sometidos a detención administrativa. El segundo procedimiento, que ofrece más garantías a los interesados, se aplica a los demás extranjeros en situación irregular. Están comprendidos en esta categoría, por una parte, los extranjeros que habiendo entrado legalmente en el país no hayan obtenido un permiso de estancia, y, por la otra, los que habiendo entrado en forma ilícita hayan permanecido en el país por más de seis meses porque no se les aplicó ninguna medida de expulsión durante los primeros seis meses de su estancia en Alemania. El procedimiento de expulsión de esta categoría de extranjeros se examinará en mayor detalle más adelante, en el capítulo dedicado al procedimiento de expulsión de los “extranjeros ilegales que son residentes de larga data”. En ambos casos, la ejecución de la medida de expulsión puede garantizarse mediante el traslado de los interesados a un centro de tránsito o a un centro de detención.

21. En Bélgica, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la ley del 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, la permanencia, el establecimiento y la deportación de extranjeros, así como el decreto real del 8 de octubre de 1981, que reglamenta la aplicación de dicha ley. Ambos textos han sido modificados en varias oportunidades después de su entrada en vigor. La ley favorece la partida voluntaria de los extranjeros en situación irregular, de tal manera que la expulsión, en principio, sólo se decide cuando el interesado no ha obedecido una orden de abandonar el territorio dentro de un plazo determinado. Todas las medidas vinculadas a la expulsión, incluida la detención, son adoptadas por la administración. En efecto, según la ley de 1980, las decisiones de expulsión son adoptadas por el ministro competente en las cuestiones relacionadas con la inmigración, es decir, por el Ministro del Interior. Sin embargo, la resolución del Ministro del Interior del 17 de mayo de 1995, relativa a la delegación de las facultades del Ministro en materia de acceso al territorio, permanencia, establecimiento y deportación de extranjeros, prevé que las decisiones de expulsión aplicables a los extranjeros que hayan entrado en Bélgica eludiendo los controles fronterizos pueden ser adoptadas por los funcionarios de la Oficina de Extranjeros¹⁶, siempre que sean de determinada jerarquía, por los alcaldes y los funcionarios municipales responsables de la policía de extranjeros¹⁷, y por los

¹⁶ La Oficina de Extranjeros forma parte del Servicio Público Federal Interior, que es la administración subordinada a la autoridad del Ministro del Interior. La Oficina de Extranjeros se encarga de hacer cumplir la ley sobre los extranjeros. Tiene, en particular, una dependencia llamada "deportación".

¹⁷ En las comunas más importantes, existe un servicio que tiene competencia únicamente en materia de extranjeros, mientras que, en los otros, es el servicio de población el que se encarga de las cuestiones relativas a los extranjeros.

agentes de la policía judicial y los suboficiales de gendarmería. Las decisiones de expulsión aplicables a los demás extranjeros expulsables (por ejemplo a los que se les haya denegado el derecho de asilo y que no hayan abandonado el país cuando debían hacerlo) sólo pueden ser adoptadas por los funcionarios de determinada jerarquía de la Oficina de Extranjeros. Contra las decisiones de expulsión se puede interponer un recurso de anulación o una demanda de suspensión ante el Consejo de Estado, mientras que las medidas privativas de libertad pueden ser impugnadas ante un juez.

22. En el Camerún, en lo que respecta a los extranjeros que entran en el Camerún de manera irregular, el artículo 59 del decreto N° 2000/286, de 12 de octubre de 2000, que establece las condiciones de entrada, estancia y salida de extranjeros, estipula claramente que: "La medida de devolución es adoptada en la entrada del territorio nacional por el jefe del puesto fronterizo o de inmigración".

23. En Dinamarca, las normas principales sobre la expulsión surgen de la ley sobre los extranjeros, que ha sido modificada varias veces en los últimos años. El texto actualmente en vigor es la ley N° 826, de 24 de agosto de 2005. El ministerio competente, que es el Ministerio para los refugiados, los inmigrantes y la integración, ha aclarado las normas legislativas en varias circulares. La ley fomenta el retorno voluntario de los extranjeros en situación irregular a sus países de origen, de manera que la expulsión, en principio, sólo se decide cuando el interesado no colabora con las autoridades para abandonar el país. Con excepción de las decisiones privativas de libertad, que son de competencia del juez¹⁸, todas las decisiones vinculadas al procedimiento de expulsión son adoptadas por la administración y sólo pueden ser objeto de un recurso administrativo no suspensivo. Las decisiones de expulsión relativas a extranjeros en situación irregular son adoptadas por la Agencia para los Extranjeros, que depende del Ministerio para los refugiados, los inmigrantes y la integración y que se encarga de la aplicación de la ley sobre los extranjeros.

24. La instrucción y la ejecución de toda decisión de expulsión dictada por la Agencia para los Extranjeros compete a la policía. La decisión debe tener en cuenta la situación personal del extranjero, en particular su grado de integración en la sociedad danesa, su edad, su estado de salud y sus vínculos con personas que residan en Dinamarca, entre otros aspectos. La decisión debe también indicar el plazo dentro del cual el interesado debe abandonar el país, plazo que según se establece en la ley sobre los extranjeros no puede ser inferior a 15 días. De conformidad con las normas generales enunciadas en la ley sobre los actos administrativos, la decisión de expulsión debe expresar los motivos en que se funda, mencionar las vías de recurso de que dispone el extranjero y proporcionar indicaciones prácticas a ese respecto. La policía es quien notifica al interesado la decisión de expulsión adoptada por la Agencia para los Extranjeros. La notificación debe estar traducida, a menos que no exista ninguna duda de que el extranjero comprende la lengua danesa. Para garantizar la correcta ejecución de la decisión de expulsión, incluso antes de que sea adoptada, la policía puede tomar medidas de control. Puede exigir al extranjero en situación irregular que le entregue sus

¹⁸ Existe un solo orden jurisdiccional, compuesto por 82 tribunales, dos tribunales de apelaciones y la Corte Suprema. No hay jurisdicción administrativa: los litigios entre la administración y los ciudadanos son resueltos generalmente por instancias especializadas antes de ser sometidas, si corresponde, a la jurisdicción ordinaria.

documentos de identidad, le deposite una fianza, se traslade a uno de los tres centros de tránsito¹⁹ o se presente periódicamente ante ella. La medida que se ordena con mayor frecuencia es el traslado a un centro de tránsito, con la obligación de presentarse ante la policía dos veces por semana. Estas medidas de control pueden ser recurridas ante el Ministro para los refugiados, los inmigrantes y la integración, pero dicho recurso no tiene efecto suspensivo. En caso necesario, el extranjero puede ser sometido a detención administrativa (*frihedsberøvelse*: privación de libertad). La ley sobre los extranjeros reserva la aplicación de esta medida, por una parte, a los casos en que los demás mecanismos de control son insuficientes para garantizar la presencia del interesado y, por la otra, a los casos en que el extranjero no coopera con su partida, por ejemplo negándose a dar información sobre su identidad.

25. En España, las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de la ley orgánica Nº 4, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros. Este texto ha sido modificado varias veces después de su entrada en vigor, en particular por la ley orgánica Nº 8, de 22 de diciembre de 2000. En la versión inicial de la ley orgánica Nº 4, de 11 de enero de 2000, los extranjeros en situación irregular eran solamente pasibles de una multa administrativa. El Real Decreto Nº 2393, de 30 de diciembre de 2004, amplía las disposiciones de la ley sobre los extranjeros, en particular los artículos relativos a la expulsión. La expulsión de los extranjeros es una medida administrativa de ejecución inmediata. No obstante, el extranjero puede obtener la suspensión de la resolución de expulsión mientras espera que se resuelva su recurso de anulación. En cambio, la decisión de someter al extranjero a detención en un centro de internamiento administrativo es adoptada por el juez a pedido de la administración. La decisión de expulsión es adoptada por la administración, por el subdelegado del Gobierno, es decir, por la representación del Gobierno nacional en la provincia. En las comunidades autónomas compuestas por una sola provincia, la autoridad competente es la delegación del Gobierno. Estas estructuras administrativas comprenden unidades especializadas en la aplicación de la ley sobre los extranjeros. La resolución de expulsión debe ser objeto de un proceso de instrucción previo que se encomienda a la policía. En efecto, de acuerdo con la ley sobre los extranjeros, encontrarse en España sin una autorización de estancia constituye una infracción administrativa grave²⁰. Los autores de una infracción de este tipo son pasibles de una multa administrativa que oscila entre 301 y 6.000 euros, monto que debe determinarse en función de las posibilidades económicas del interesado. Sin embargo, los extranjeros en situación irregular pueden ser sancionados con la expulsión en lugar de una multa. La expulsión de los extranjeros en situación irregular no se resuelve de acuerdo con el procedimiento administrativo sancionador del derecho ordinario, sino mediante un procedimiento simplificado en virtud del cual las expulsiones pueden resolverse en 48 horas. Sin embargo, el procedimiento simplificado sigue las diferentes etapas del procedimiento ordinario. La policía notifica al extranjero en situación irregular que se ha entablado un procedimiento de expulsión en su contra, entregándole un “acuerdo de iniciación”

¹⁹ En esos centros de tránsito se recibe también a los solicitantes de asilo durante todo el período de examen de su solicitud, así como a las personas a las que se les deniega el derecho de asilo, hasta que abandonan el país.

²⁰ La ley sobre los extranjeros distingue tres categorías de infracciones administrativas: leves, graves y muy graves.

fundado de expulsión. El interesado dispone entonces de 48 horas para presentar la información que considere pertinente. Puede, en particular, aportar las pruebas de su integración en la sociedad española e impugnar los fundamentos de la aplicación del procedimiento simplificado, en teoría reservado a los casos excepcionales en los que conviene decidir la expulsión en el menor tiempo posible.

26. A partir de que se inicia el procedimiento de expulsión, el extranjero tiene derecho a la asistencia gratuita de un abogado y, en su caso, de un intérprete. Si la policía, que instruye el procedimiento, no recibe observaciones del interesado, o éste no reacciona, el acuerdo de iniciación se transmite tal como está a la administración competente para que dicte la resolución de expulsión, y se advierte de ello al extranjero. De lo contrario, las observaciones del extranjero son verificadas dentro de los tres días siguientes y se transmite un nuevo acuerdo de iniciación al interesado, que dispone nuevamente de 48 horas para presentar información. Una vez vencido este plazo, el acuerdo de iniciación es transmitido al órgano competente. La resolución de expulsión debe adoptarse en el plazo de seis meses a partir del momento en que se inició el procedimiento. Durante este periodo, el interesado puede ser sometido a medidas de control, que se enumeran en la ley sobre los extranjeros: retirada del pasaporte, presentación periódica ante las autoridades, residencia obligatoria en determinado lugar, detención “cautelar”²¹ por un período máximo de 72 horas e internamiento administrativo. Una vez que adquiere carácter definitivo, la resolución de expulsión es notificada al interesado. Debe expresar sus motivos y fundarse únicamente en los elementos expuestos en el acuerdo de iniciación. Debe también indicar las vías de recurso a disposición del extranjero. Es de ejecución inmediata²².

27. En el Reino Unido, las cuestiones relativas a la expulsión están a cargo de los funcionarios del servicio de inmigración, pero el Ministro del Interior tiene, independientemente de cualquier caso en particular, la posibilidad de tomar él mismo la decisión, por ejemplo para acelerar el procedimiento. Las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular surgen de las diversas leyes sobre los extranjeros que están actualmente en vigor: la ley de 1971 sobre inmigración, la ley de 1999 sobre inmigración y asilo, la ley de 2002 sobre nacionalidad, inmigración y asilo, y la ley de 2004 sobre el tratamiento de las solicitudes de asilo e inmigración, incluidas sus diversas modificaciones. Las disposiciones de estas leyes han sido aclaradas en reglamentos de aplicación. Además, en un manual de instrucciones destinado al personal de los servicios de inmigración se detallan las modalidades de aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias relacionadas con la expulsión.

28. La expulsión de un extranjero en situación irregular es una medida administrativa que, por regla general, se ejecuta en forma inmediata. Solamente las personas que han entrado legalmente en el Reino Unido gozan del beneficio de un

²¹ Se trata de una medida privativa de libertad aplicable a los extranjeros en situación irregular y que difiere de la detención en espera de juicio. La ley limita su duración a las 72 horas, pero no prevé ningún recurso contra esta privación de libertad, que no es ordenada por un juez. En consecuencia, el extranjero detenido de esta manera puede, como toda persona detenida ilegalmente, presentar una demanda de *habeas corpus*, para que se le lleve ante un juez lo antes posible.

²² En cambio, el procedimiento ordinario, aplicable por ejemplo a los extranjeros que trabajan sin tener las autorizaciones necesarias, da a los interesados un plazo mínimo de 72 horas para abandonar el territorio.

recurso suspensivo. Los demás extranjeros deben abandonar el territorio antes de presentar sus recursos. Los recursos son examinados por un organismo independiente especializado en los procedimientos contenciosos de inmigración, el Tribunal de Asilo e Inmigración (*Asylum and Immigration Tribunal*: AIT), cuyas decisiones sólo pueden ser impugnadas sobre la base de un error de derecho. Además, es imposible multiplicar los recursos con fines dilatorios: ningún extranjero puede, en principio, recurrir ante el Tribunal más de una vez. Por lo tanto, en ausencia de elementos nuevos, los recursos contra las decisiones que deniegan un permiso de estancia excluyen los recursos contra las decisiones de expulsión. Como todas las cuestiones relativas a la inmigración, las decisiones de expulsión son de competencia del Ministerio del Interior (*Home Office*). Son adoptadas por un funcionario de los servicios de inmigración. La ley de 1971 sobre inmigración prevé, en efecto, que los extranjeros que hayan entrado en el Reino Unido eludiendo los controles fronterizos pueden ser expulsados por decisión de un funcionario de los servicios de inmigración, mientras que la ley de 1999 sobre inmigración y asilo establece que los extranjeros que han entrado legalmente pero que se han extralimitado en su derecho, pueden también ser expulsados por decisión de la misma autoridad administrativa. En el manual de instrucciones de los servicios de inmigración se establece claramente que los expedientes de expulsión de extranjeros en situación irregular son manejados por funcionarios con un cierto nivel de competencia y experiencia o por inspectores especialmente designados a los que se les haya delegado expresamente esa facultad. Esta norma se aplica a los casos más sencillos, a saber:

- El extranjero ha permanecido menos de diez años en el Reino Unido;
- Es fácil rastrear la trayectoria que siguió hasta llegar al Reino Unido;
- No tiene vínculos especiales con el Reino Unido, por ejemplo familiares;
- No hay ninguna circunstancia excepcional que justifique su permanencia en el Reino Unido.

29. En los casos más complejos, la decisión sólo puede adoptarse con la conformidad de un funcionario de categoría superior, incluido el Ministro del Interior si se trata de un expediente delicado, por ejemplo si ha intervenido un parlamentario o si se corre el riesgo de que el asunto tenga eco en los medios de difusión o repercuta en las relaciones con la comunidad a la que pertenece el extranjero. Desde el año 2000, la jurisprudencia considera que una persona que entra en territorio británico sin autorización no está necesariamente en situación irregular. Por ello el manual de instrucciones de los servicios de inmigración indica que, a partir de ese momento, un funcionario sólo puede determinar que ha habido una entrada irregular si está convencido, en vista de la información recopilada, que esa es precisamente la situación, y si considera que su decisión no causa un perjuicio injustificado al extranjero en cuestión. Debe redactar una nota breve en la que explique cómo ejerció su potestad de apreciación. En todos los casos, la decisión de expulsión puede ser adoptada por el Ministro del Interior, que puede hacerse cargo del expediente en cualquier momento, por razones de conveniencia o eficacia, por ejemplo porque manifiesta que el procedimiento no concluirá sin su intervención.

30. En Italia, el decreto legislativo N° 286, del 25 de julio de 1998²³, llamado “texto único sobre inmigración”, así como su principal decreto reglamentario, el decreto N° 394 del Presidente de la República, del 31 de agosto de 1999, enuncia las normas relativas a la expulsión de los extranjeros en situación irregular. Inicialmente, el texto único era el resultado de la fusión de varios textos, entre ellos la ley N° 40, del 6 de marzo de 1998, llamada ley Napolitano-Turco, que preveía diversas medidas sobre la inmigración y el estatuto de los extranjeros. Posteriormente fue modificado varias veces, en particular por la ley N° 189, del 30 de julio de 2002, llamada ley Bossi-Fini, que modificó las disposiciones aplicables en materia de inmigración y asilo. Las disposiciones relativas a la expulsión que están actualmente en vigor son el resultado de dos tendencias opuestas: por una parte, la voluntad de controlar la entrada de extranjeros en el país y de luchar contra la inmigración clandestina, puesta de manifiesto en particular por las modificaciones introducidas por la ley Bossi-Fini en el texto único y, por otra parte, la necesidad de garantizar a los extranjeros, incluso a los que están en situación irregular, los derechos fundamentales enunciados en la Constitución. Esta exigencia llevó al legislador a reformar el texto único en varias oportunidades a partir de 2002, después de que el Tribunal Constitucional, ante el cual se recurrió en todos los casos por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, declaró inconstitucionales algunos incisos.

31. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otros Estados, el juez interviene en la decisión administrativa de expulsión: esta decisión debe ser validada por un juez para poder ser ejecutada. Desde 2002, la conducción a la frontera con escolta policial constituye la regla en toda expulsión administrativa. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, llamado a intervenir por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, entendió que esta medida atentaba contra la libertad individual y debía por ende ser validada por un juez. Además, el Tribunal Constitucional negó que esa validación debiera hacerse conforme a un procedimiento escrito, que requiriera un debate contradictorio en el cual el extranjero debiera estar asistido por un abogado. Desde 2004, es el juez de paz – un juez no profesional – del lugar donde se adoptó la decisión de expulsión el que valida las decisiones administrativas de expulsión. Las audiencias de validación se llevan a cabo dentro de las 48 horas siguientes a la adopción de la decisión de expulsión y se prohíbe la conducción a la frontera con escolta policial hasta tanto no se adopte la decisión de validación. Esta puede ser impugnada mediante un recurso de casación, que no tiene efecto suspensivo.

32. La expulsión de los extranjeros que se hallan en situación irregular, ya sea porque entraron eludiendo los controles fronterizos o porque permanecieron después de que su permiso de estancia caducó o fue revocado, es una decisión administrativa adoptada por el prefecto. La decisión de expulsión debe estar motivada: los hechos que justifican la expulsión deben estar claramente expuestos. Una copia de la decisión de expulsión se entrega en mano propia al interesado por un agente de la fuerza pública. Si no es posible encontrar al extranjero, la decisión

²³ Los decretos legislativos son textos legislativos aprobados por el Gobierno después de que el Parlamento le ha delegado su competencia mediante la votación de una ley de habilitación, mientras que los decretos leyes son textos aprobados por el Gobierno en situaciones de urgencia y luego convertidos en ley por el Parlamento, el cual puede, en el momento de la conversión, modificar las disposiciones adoptadas por el Gobierno. Varias modificaciones del texto único sobre inmigración fueron aprobadas en virtud de decretos leyes.

se notifica en su último domicilio conocido. Si el extranjero no comprende el italiano, la decisión debe ir acompañada de una “síntesis” redactada en un idioma que comprenda o, en su defecto, en inglés, francés o español. La jurisprudencia considera que esta traducción es parte integral de los derechos de la defensa. Estima que, cuando la decisión de expulsión no está traducida al idioma del interesado, se debe indicar claramente el motivo por el cual se omitió la traducción; de lo contrario, la decisión de expulsión no surte efecto. La jurisprudencia entiende que la traducción al inglés, francés o español sólo es admisible cuando la administración desconoce el país de origen del extranjero y, por ende, su lengua. Al mismo tiempo que se le comunica la decisión de expulsión, el extranjero es informado de sus derechos: asistencia de un abogado, eventualmente proporcionada por la asistencia jurídica, en todos los procedimientos judiciales vinculados a la expulsión, y posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de expulsión. De acuerdo con la llamada ley “Napolitano-Turco”, la decisión de expulsión comprendía, por una parte, la orden de abandonar el territorio en el plazo de 15 días y, por la otra, la de respetar determinadas reglas de viaje y de presentarse ante la policía de frontera. Sin embargo, en algunos casos, la decisión de expulsión puede prever que el interesado sea acompañado hasta la frontera por la policía. Esta posibilidad estaba limitada a los casos en que el extranjero no había respetado una decisión de expulsión anterior y a los casos en que la administración sospechaba que eludiría el cumplimiento de la decisión de expulsión. En virtud de la ley llamada “Bossi-Fini”, la conducción a la frontera con escolta policial pasó a ser la regla. Solamente cuando la expulsión es motivada por la caducidad del permiso de estancia por más de 60 días, el extranjero recibe la orden de abandonar el territorio en un plazo de 15 días. No obstante, incluso en este caso, si la administración teme que el interesado eluda el cumplimiento de la decisión de expulsión, se puede prever la conducción a la frontera con escolta policial. La decisión de expulsión es inmediatamente ejecutoria, y su ejecución incumbe a la policía.

33. En términos generales, depende de las legislaciones nacionales que se pueda iniciar un procedimiento sumario o especial de devolución cuando el extranjero no tiene manifiestamente ninguna posibilidad de obtener un permiso de estancia²⁴ o cuando pueden existir motivos de expulsión por entrada ilegal²⁵ o cuando no se han respetado las condiciones de admisión²⁶. También se puede aplicar un procedimiento especial cuando el extranjero no es nacional de un Estado vinculado al Estado de expulsión mediante un acuerdo o una relación especial²⁷.

²⁴ Suiza, reglamento de 1949, art. 17 1).

²⁵ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 3; Nigeria, ley de 1963, art. 25 1) y 2). Si no se establece entre los Estados interesados, mediante un acuerdo internacional, un procedimiento especial de devolución del extranjero expulsado, éste puede ser entregado a las autoridades del Estado de expulsión, que procederán a expulsarlo (Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 3).

²⁶ Brasil, decreto de 1981, art. 104, ley de 1980, art. 70; Italia, decreto ley No. 286 (1998), art. 13, párrs. 4 y 5, 5 *bis* y 5 *ter*, y Suecia, ley de 1989, art. 4.6.

²⁷ Francia, Código, art. L. 531-3.

B. Caso de los extranjeros en situación ilegal que han residido durante un período prolongado en el territorio del Estado que los expulsa

34. Como ya vimos, algunas legislaciones hacen una distinción entre los extranjeros en situación ilegal desde una fecha reciente y los extranjeros que han estado en situación legal durante un período prolongado. Esta distinción puede traer aparejadas algunas diferencias en el procedimiento de expulsión. Los primeros están sujetos a un procedimiento sumario, mientras que los segundos lo están a un procedimiento que ofrece ciertas garantías para sus derechos, en particular la posibilidad de defender su caso ante una autoridad competente. Así por ejemplo, los extranjeros que entran clandestinamente en Alemania y que no son objeto de una medida de expulsión durante los primeros seis meses de su estancia en el país pueden ampararse en dicho procedimiento. Deben abandonar el territorio, y esta obligación nace sin necesidad de una orden escrita. Deben hacerlo lo antes posible, a menos que se les haya dado un plazo para abandonar el territorio²⁸, y la ley fija en seis meses el plazo máximo dentro del cual un extranjero en situación irregular debe abandonar el territorio. Este plazo es fijado libremente por la administración a fin de que el interesado pueda preparar su partida y evitar la expulsión saliendo del país voluntariamente. Generalmente se considera que un plazo de un mes es suficiente. El procedimiento de expulsión *stricto sensu* sólo es aplicable si el extranjero que ha sido expulsado no puede abandonar el territorio por sus propios medios o si hay determinadas circunstancias que justifican que se vigile la partida del interesado. La duda en cuanto a la partida voluntaria del extranjero debe fundarse en elementos concretos, como el hecho de que el interesado no haya dado aviso de su partida a su arrendador. Además, la ley enumera las circunstancias que justifican la necesidad de vigilar la partida del extranjero. Ellas son, entre otras, la falta de medios económicos, la ausencia de documentos de identidad, la afirmación de la voluntad de permanecer en Alemania y el suministro de datos erróneos a la administración. El procedimiento de expulsión comienza con una advertencia que se comunica por escrito al extranjero. En esa advertencia se debe indicar el plazo dentro del cual el interesado debe abandonar el territorio. Ese plazo no es un plazo adicional. Corresponde al que se aplica a la obligación de abandonar el territorio. En la advertencia se debe mencionar también el país de destino y las consecuencias de la negativa a abandonar el territorio dentro del plazo fijado. La advertencia es un acto administrativo de pleno derecho. Como tal, puede ser objeto de un recurso administrativo previo, así como de un recurso de anulación ante el juez administrativo. No obstante, estos recursos no surten efecto en la expulsión propiamente dicha. Sólo pueden ser tenidos en cuenta si la propia advertencia vulnera los derechos del extranjero. La falta de advertencia determina la ilegalidad de la expulsión. Sin embargo, una parte de la jurisprudencia entiende que la formalidad de la advertencia no es necesaria cuando el extranjero entró sin autorización en el territorio de la República Federal.

35. Vimos asimismo que en un país como Dinamarca, la decisión de expulsión debe tener en cuenta una serie de elementos, en particular el grado de integración del extranjero en la sociedad danesa y sus vínculos con personas que residan en

²⁸ Es en particular el caso de los extranjeros a los que se les ha denegado o revocado un permiso de estancia. La decisión administrativa relativa al permiso de estancia impone la obligación de abandonar el territorio dentro de un plazo determinado.

Dinamarca, entre otros, y que España, Italia y el Reino Unido ofrecen importantes garantías procesales a los extranjeros que se hallan ilegalmente en su territorio. Sin embargo, en general son muy pocas las legislaciones que prevén la aplicación de las mismas normas de procedimiento a los inmigrantes ilegales, incluso a los que son residentes de larga data, y a los extranjeros que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado que los expulsa.

36. En cambio, en un precedente que tiene autoridad en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el caso *Harisiades c. Shaughnessy*, “la Corte Suprema entendió que los Estados Unidos tenían la potestad de expulsar a cualquier extranjero, con independencia del tiempo que hubiera permanecido en su territorio; que el ejercicio de esta potestad no violaba ni las garantías del debido proceso ni la libertad de palabra, y que la expulsión, motivada por la afiliación del interesado a una ‘organización subversiva’ antes de la entrada en vigor de la ley, no constituía una medida retroactiva en el sentido en que lo prohibía la Constitución. Además, el extranjero sometido a un procedimiento ‘civil’ no podía hacer valer las consecuencias, por otra parte de gran alcance, del fallo *Miranda*, en virtud del cual la Corte Suprema había entendido que las declaraciones formuladas por una persona detenida a la espera de juicio no podían ser usadas en su contra dado que no había sido informada de su derecho a guardar silencio y a exigir la presencia de un abogado durante su interrogatorio”²⁹.

37. De todos modos, una distinción de este tipo y las consecuencias jurídicas que se le pueden eventualmente atribuir en el plano procesal incumben a la soberanía de cada Estado. La Corte Federal y de Casación de Venezuela se pronunció en igual sentido en 1941, al decidir lo siguiente:

“El derecho de expulsar a los extranjeros indeseables y de devolver o expulsar a extranjeros en situación irregular es parte del libre ejercicio de la soberanía del Estado y, por ende, es normal que no se admita ningún recurso contra este derecho, por el motivo que sea. ...Sin embargo, para evitar todo error de nacionalidad en un decreto de expulsión, la ley venezolana otorga al expulsado la facultad de probar su calidad de venezolano. Ante esa prueba, el derecho de expulsión, atributo incluso categórico de la soberanía nacional, no se encuentra en modo alguno afectado. De hecho, esa es la confirmación implícita de la irrevocabilidad del decreto de expulsión del extranjero indeseable”³⁰.

38. Cabe señalar simplemente que cuando se dicta una resolución de expulsión respecto de un inmigrante de segunda generación o de un inmigrante residente de larga data en situación irregular, se reabre el debate en torno a su carácter discriminatorio. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa participó de este debate tras conocerse un informe de la Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía del 27 de febrero de 2001³¹. En ese informe, la Comisión calificó de discriminatoria la expulsión decretada contra un inmigrante de larga data

²⁹ Véase Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 239.

³⁰ *In re Krupnova*, Venezuela, Corte Federal y de Casación, 27 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (dir. publ.), caso N° 92, pág. 309.

³¹ Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía del Consejo de Europa, informe sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga data, 27 de febrero de 2001, documento 8986.

condenado penalmente, “porque el Estado no dispone de este medio para los nacionales que han cometido los mismos actos”³².

39. Sea como fuere, a la luz de algunos de los casos expuestos precedentemente, la práctica de los Estados parece en este punto ser variada y estar determinada por las circunstancias nacionales propias de cada Estado, por lo que parece casi imposible extraer normas de procedimiento uniformes en materia de expulsión de los extranjeros que se hallan ilegalmente en el territorio del Estado que los expulsa, y por ende peligroso intentar cualquier codificación de esas normas. El Relator Especial piensa por lo tanto que así como las normas sobre las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros competen a la soberanía de cada Estado, lo que jurídica y políticamente corresponde es dejar en manos de la legislación de cada Estado el establecimiento de tales normas. En lo que respecta al procedimiento de expulsión de los extranjeros, la tarea de codificación, e incluso de desarrollo progresivo del derecho internacional, debería limitarse, en nuestra opinión, a la formulación de normas establecidas de manera indiscutible en el derecho internacional y en la práctica internacional, o que se desprendan de una tendencia ampliamente dominante en la práctica de los Estados. Estas normas podrán constituir el derecho ordinario del procedimiento de expulsión de los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado, sin perjuicio de la libertad de todo Estado de aplicarlas también a la expulsión de los extranjeros que se hallan en situación irregular, en particular a los que han residido durante cierto tiempo en el territorio del Estado que los expulsa o que gozarían en el mismo de un estatuto particular.

40. Estas consideraciones explican que se proponga un proyecto de artículo específico destinado a determinar el ámbito de aplicación de las normas de procedimiento que surgirá de la presente parte del proyecto de artículos. Dicho proyecto de artículo dice lo siguiente:

Proyecto de artículo A1. Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento

- 1. Los proyectos de artículos de la presente parte se aplican en caso de expulsión de un extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio del Estado que lo expulsa.**
- 2. Sin embargo, un Estado puede aplicarlas también a la expulsión de un extranjero que haya entrado ilegalmente en su territorio, en particular cuando dicho extranjero goza en él de un estatuto particular previsto en la ley, o cuando ha residido allí durante cierto tiempo.**

³² *Ibid.*, punto I-3.

III. Normas de procedimiento aplicables a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado

A. Consideraciones de carácter general

41. El extranjero en vías de expulsión puede reclamar el beneficio de las garantías procesales previstas en las diversas convenciones relativas a los derechos humanos. Puede en particular alegar que sus derechos han sido vulnerados de diversas maneras, dando lugar a su expulsión en el Estado de destino³³. Es por lo tanto necesario que el extranjero disponga de vías de recurso tanto a nivel nacional como en el plano internacional. Por regla general, las reclamaciones pueden presentarse ante las autoridades administrativas o judiciales. Las opiniones vertidas por las instancias nacionales especializadas en el ámbito de la inmigración, aunque no se impongan a las autoridades competentes, pueden ser útiles para evitar una expulsión sumaria³⁴. El recurso jurisdiccional está previsto en la mayoría de los Estados, pero “la eficacia del derecho de apelar depende en gran medida del carácter suspensivo de ese recurso”³⁵, el cual no es evidentemente sistemático en todos los Estados.

42. Se admite que la expulsión de un extranjero, en particular cuando se halla legalmente en el territorio del Estado que lo expulsa, debe ajustarse a condiciones de forma³⁶, dado que una expulsión, incluso fundada en una justa causa, puede estar viciada en cuanto a la forma en que se llevó a cabo. Las condiciones exigidas a los efectos de la expulsión legal de los extranjeros han evolucionado a lo largo de los siglos. Ellas surgen de la jurisprudencia internacional³⁷ y de la práctica de los

³³ Sobre el conjunto de garantías tanto materiales como procesales, véase el estudio de M. Puéchavy, “Le renvoi des étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme”, en P. Lambert y C. Pettiti, *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Actas del seminario del 21 de marzo de 2003 organizado por los institutos de derechos humanos del colegio de abogados de Bruselas y del colegio de abogados de París, Bruselas, Bruylant, colección “Droit y justice”, 2003, 149 páginas, págs. 75 a 95.

³⁴ M. Aguiar, Exposición de motivos del informe de la Comisión de Migraciones, Refugiados y Demografía del Consejo de Europa sobre la no expulsión de los inmigrantes que han permanecido en el país durante mucho tiempo, 27 de febrero de 2001, documento 8986, punto III-27.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States* (nota 29 *infra*), pág. 263; en el mismo sentido, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Elsevier Science), vol. 1, 1992, pág. 104; Louis B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy* (Washington, American Society of International Law), 1992, vol. 23, pág. 89; Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9a. ed., vol. I - Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940.

³⁷ Véase Richard Plender, *International Migration Law*, 2a. ed. rev. (Dordrecht, Martinus Nijhoff) 1988, pág. 459; Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915., págs. 55 y 56 [citando a *Casanova (Estados Unidos) c. España*, 12 de febrero de 1871, Moore’s Arb. 3353]; Robert Jennings y A. Watts (nota 36 *supra*), pág. 945.

Estados, que han puesto límites generales que prohíben, por ejemplo, las arbitrariedades o el abuso de poder³⁸.

43. En general, dado que el procedimiento de expulsión no es de carácter penal, las garantías de las que está revestido no están tan desarrolladas como en materia penal, ya que la expulsión no es, al menos en teoría, una sanción sino un acto del poder ejecutivo que adopta generalmente la forma de una orden por la que se intima al extranjero a abandonar el territorio³⁹. En un estudio sobre la expulsión de los inmigrantes realizado por la Secretaría de las Naciones Unidas hace más de medio siglo se indicaba que existía en esa época una opinión contraria. Según ese estudio, “se ha señalado que la expulsión es un castigo. Implica en primer lugar una detención, una privación de libertad; en segundo lugar significa que el interesado está lejos de su hogar, su familia, sus negocios, sus bienes... Nadie ignora que el hecho de estar alejado por la fuerza de su hogar, su familia, sus amigos y sus negocios constituye un castigo...” Constituye incluso “una pena más severa que la pérdida de la libertad bajo la forma de encarcelamiento durante un cierto número de años”⁴⁰.

44. Sin embargo, en el mismo estudio se señalaba que “[l]a organización del procedimiento en vigor en distintos países en materia de expulsión se inspira en la idea de que la expulsión no constituye un castigo sino una medida de policía adoptada por el gobierno en interés del Estado”⁴¹. En 1930, A. Blondel afirmaba, basándose en las normas de derecho internacional público europeo y estadounidense, que “la expulsión es siempre una medida administrativa o gubernamental; de ella surge que la expulsión (...) es una medida de policía que se deja a criterio del poder ejecutivo o de las autoridades administrativas y que no es en absoluto una pena, ni siquiera cuando [es pronunciada a continuación de una condena]”⁴². En todo caso, la asimilación de la expulsión a un castigo ya no es pertinente en la actualidad y, en términos generales, las legislaciones nacionales evitan aplicar a la expulsión, por simple transposición, los principios del derecho penal, ya se trate del derecho sustantivo o del derecho procesal. Así por ejemplo, el

³⁸ Véase Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría, A/CN.4/565 y Corr. 1, págs. 132 a 141 y 148 a 154.

³⁹ Véase David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, especialmente la pág. 39; véase también Guy S. Goodwin-Gill (nota 29 *supra*), págs. 238 y 239, citando a *Yick Wo c. Hopkins* 118 U.S. 356 (1886); *Kaoru Yamataya c. Fisher* 189 U.S. 86 (1903) (caso del inmigrante japonés), *Ludeck c. Watkins* 335 U.S. 160 (1948) y *Netz c. Ede* [1946] Ch. 224; *R. c. Bottrill*, ex parte *Küchenmeister* [194.7] 1 K.B. 41). Guy S. Goodwin-Gill expresa la misma opinión, fundándose en varios autores y en diversos casos de la jurisprudencia estadounidense. Véase, por ejemplo, *Muller c. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta* (nota 29 *supra*); *Bugajewitz c. Adams* 228 U.S. 589 (1913), y los elementos aportados por el Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (nota 38 *supra*).

⁴⁰ Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de los inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye la Corr.1)), págs. 31 a 33, párrs. 45 a 48 [citando respectivamente al magistrado Brewer en el caso *Fong Yue Ting c. Estados Unidos* (U.S.698/1893), opinión disidente, y al magistrado Rutledge, en el caso *Knauer c. Estados Unidos* (14 U.S. Law Week 4450/1946), opinión disidente].

⁴¹ *Ibid.*

⁴² A. Blondel, “Expulsión”, en A. Lapradelle (de) y J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, París, Sirey, tomo 8: *Théorie générale de la condition des étrangers*, 1930, 706 páginas, págs. 105 a 162, especialmente la pág. 109.

principio angular de la irretroactividad de la ley penal no se encuentra en las legislaciones relativas a la inmigración y la expulsión de los extranjeros en la mayoría de los países. En lo que se refiere a las garantías procesales, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se limita a exigir el respeto del procedimiento establecido por la ley y la posibilidad de que el extranjero interesado exponga “las razones que lo asistan en contra de su expulsión” y prevé simplemente que se le debe permitir “someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin”⁴³. Se ha propuesto la idea de que los Estados conserven una potestad discrecional en lo que respecta a las garantías procesales pertinentes⁴⁴. Este punto de vista no ha dejado de suscitar críticas. Según un autor que ha dedicado importantes estudios a los aspectos jurídicos de las migraciones internacionales, “es al mismo tiempo desaconsejable e inútil imitar a algunas jurisdicciones nacionales que tienden a clasificar la expulsión en una categoría diferente a la de las “penas” y a deducir de ello ciertas consecuencias, como la ausencia del derecho a recurrir”⁴⁵.

45. Los requisitos de forma a los que debe ajustarse la expulsión de los extranjeros fueron analizados en el estudio de la Secretaría sobre la expulsión de los inmigrantes, ya mencionado⁴⁶. En dicho estudio se señala que “dado que la expulsión se considera una medida administrativa más o menos corriente, en la legislación de muchos países no existen disposiciones que reglamenten el procedimiento que debe seguirse para dictar o ejecutar una orden de expulsión; o, cuando existen disposiciones de esa índole, sólo contienen indicaciones muy generales que apuntan a asegurar el funcionamiento satisfactorio del mecanismo de expulsión, más que a proteger a los interesados”⁴⁷. De acuerdo con el estudio, “no nos hemos circunscrito a proponer que se limite con medidas jurídicas de carácter internacional la potestad discrecional que tienen los Estados de expulsar a los extranjeros (cf. cap. V, secc. 1), y a indicar con precisión en las distintas legislaciones nacionales los casos en los que se autoriza la expulsión, sino que se ha sostenido también que las autoridades judiciales deberían estar estrechamente asociadas al procedimiento de expulsión y que los interesados deberían gozar de todas las garantías otorgadas a las personas juzgadas por infringir la ley penal. Si la tarea de resolver estas cuestiones se encomendara a las autoridades judiciales, convendría prestar a cada caso la atención que merece, eliminando así el riesgo de que se desconozcan los intereses legítimos de los seres humanos involucrados. Esta solución estaría particularmente justificada cuando los actos por los cuales se prevé ordenar la expulsión constituyen una infracción penal con arreglo a la ley, y por

⁴³ Robert Jennings y Arthur Watts (nota 36 *supra*), pág. 945 y nota 2 (citando a *Artukovic c. Immigration and Naturalization Service* (1982), *International Law Review* 79, págs. 378 y 381). Pero Guy S. Goodwin-Gill demostró que de acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, las disposiciones con efecto retroactivo de las leyes sobre la expulsión no pueden volverlas inconstitucionales. Véase Guy S. Goodwin-Gill (nota 29 *supra*), pág. 239 [citando a *Harisiades c. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Mandel c. Mitchell*, 325 F. Sup. 620 (1971); *rechazado sub nom*; *Kleindienst c. Mitchell*, 408 U.S. 753 (1972); *Miranda c. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Pang c. INS*, 368 F.2d 637 (1966); *Lavoie c. INS*, 418 F.2d 732 (1969), *cert. den.* 400 U.S. 854 (1970); *Valeros c. INS*, 387 F.2d 921 (1967); y *Kung c. District Director*, 356 F. Sup. 571 (1973)].

⁴⁴ Véase David A. Martin (nota 39 *supra*), pág. 39; Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir. publ.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, párrs. 481 a 495, págs. 482 y 483.

⁴⁵ Guy S. Goodwin-Gill (nota 29 *supra*), págs. 257 y 258.

⁴⁶ Nota 40 *supra*.

⁴⁷ *Ibid.*

ende es preferible confiar a un tribunal la tarea de decidir en cada caso si corresponde ordenar la expulsión, en lugar de dejar esa decisión a la discreción de un órgano administrativo”⁴⁸.

46. Parecería que, como resultado de estas sugerencias, algunos países adoptaron normas de procedimiento de carácter obligatorio con el fin de proteger a las personas amenazadas de expulsión, sometiendo a control las decisiones administrativas correspondientes y permitiendo que las autoridades judiciales o semijudiciales se pronuncien sobre el fondo del asunto, ya sea antes de que se dicte la orden de expulsión o después, por la vía del recurso, etc.⁴⁹.

47. Sin embargo, la evolución en la materia dista mucho de haber concluido en numerosos aspectos, ya que las distintas legislaciones nacionales no otorgan al extranjero en vías de expulsión el mismo grado de protección y garantías procesales. Por lo tanto, no se puede afirmar la existencia de normas de derecho consuetudinario internacional en la materia, sino apenas tendencias dominantes que surgen del análisis comparado de las prácticas de los Estados.

48. Cabe señalar que si bien estas prácticas nacionales ya eran muy dispares y se basaban en legislaciones muy poco desarrolladas y a menudo contradictorias a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos durante el siglo XX ha avanzado a la par de la imposición de requisitos procesales más estrictos para la expulsión legal de los extranjeros. Como se ha subrayado, “en muchos países, la potestad de expulsión está reglamentada por la ley, que enumera las razones que pueden justificar su ejercicio y las garantías procesales que es preciso respetar. Estas leyes suelen recoger los principios generalmente reconocidos del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, por lo general se prevé que nadie puede ser expulsado si no es por motivos razonables y en aplicación de una orden escrita, dictada conforme a la ley y debidamente fundada, que debe ser notificada a la persona cuya expulsión se ha decidido, a quien se le debe dar la posibilidad razonable de impugnar la legalidad o la validez de esa orden en el marco de un procedimiento ordinario ante un tribunal. Se considera que el hecho de que la orden de expulsión deba dictarse por escrito y con arreglo a la ley apunta a proteger al extranjero del ejercicio arbitrario del poder”⁵⁰. El derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional han mostrado interés por los principios más importantes, mientras que las legislaciones nacionales definen generalmente las normas de procedimiento más específicas. Las legislaciones de algunos Estados consagran, a los efectos del procedimiento de expulsión, garantías procesales aún mayores, comparables a las que se aplican en el ámbito penal. Según algunos autores, “numerosos Estados van bastante más allá de la protección que ofrecen los principios de procedimiento previstos en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al permitir por ejemplo que los extranjeros sujetos a una orden de expulsión tengan acceso a una instancia judicial independiente de la autoridad que tomó la decisión inicial, de hacerse representar por un asesor, presentar elementos de prueba a su favor y examinar los que se hayan presentado en

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Louis B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.) (nota 36 *supra*), pág. 91.

su contra”⁵¹. Más concretamente, “la mayoría de las naciones más desarrolladas aplican procedimientos mucho más generosos que los que prevén estas normas mínimas”⁵².

49. No cabe duda de que podrían inferirse de las leyes nacionales, por otra parte muy diversas, principios generales relacionados con las garantías procesales necesarias. La cuestión radica en saber en qué medida las garantías enunciadas en los instrumentos internacionales en materia penal pueden aplicarse *mutatis mutandis* al caso de la expulsión.

B. Naturaleza del procedimiento

50. En los diversos Estados, el procedimiento de expulsión puede ser de índole administrativa o contenciosa y, a veces, los dos tipos de procedimiento están combinados. Algunos autores no comparten esta distinción entre expulsión administrativa y expulsión judicial considerada como una sanción penal, por el hecho de que ambas entrañan las mismas consecuencias para la persona expulsada⁵³. A decir verdad, las legislaciones nacionales en la materia difieren considerablemente unas de otras. En algunos Estados, la expulsión puede ser incluso la culminación de procedimientos diferentes según la índole de la expulsión considerada (por ejemplo política, condena penal o sanción administrativa)⁵⁴. El Estado puede reservar a un órgano del poder ejecutivo el derecho a decidir una expulsión o a anular una orden de expulsión⁵⁵, o prever los casos en que bastará dictar una decisión administrativa y no judicial para expulsar a un extranjero⁵⁶. El Estado puede autorizar expresamente a uno de sus órganos a ordenar una expulsión⁵⁷. El Estado puede establecer los casos en que una sentencia o un decreto

⁵¹ Alexander T. Aleinikoff, “International Legal Norms and Migration: A Report”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 1 a 27, especialmente la pág. 19.

⁵² David A. Martin (véase la nota 39 *supra*), pág. 39.

⁵³ Véase J.-L. Guérive, “Double peine y police des étrangers”, *Recueil Dalloz*, 7 de marzo de 2002, N° 10, págs. 829 a 832, especialmente la pág. 829; X. Rolin, “La double peine, une punition de la nationalité”, *Revue de droit européen*, 2002, págs. 205 a 216, especialmente la pág. 210.

⁵⁴ En Suiza, por ejemplo, antes del 1 de enero de 2007 (fecha en la que se abolió la expulsión como pena accesoria impuesta por el juez penal), existían tres procedimientos diferentes que regían la expulsión de un extranjero, que correspondían a tres tipos de expulsión diferentes, a saber: 1) la expulsión política (Suiza, Constitución Federal, art. 121, párr. 2); 2) la expulsión administrativa (Suiza, ley federal de 1931, arts. 10 y 11), y 3) la expulsión penal, judicial (Suiza, Código Penal, antiguo art. 55, y Código Penal Militar, antiguo art. 40).

⁵⁵ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 28 inc. 1 y 2; Brasil, ley de 1980, art. 65; Francia, Código, art. L. 522-2; Madagascar, decreto de 1994, art. 37, ley de 1962, arts. 14 y 16; Panamá, decreto ley de 1960, arts. 85 y 86; Portugal, decreto ley de 1998, art. 119.

⁵⁶ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 21 1) y 28 1); España, ley de 2000, art. 23 3, B) y c); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 235 c) 1), 238 a) 1) c) 2) C) 4) y 240; Nigeria, ley de 1963, art. 25; Paraguay, ley de 1996, art. 84; Portugal, decreto ley de 1998, art. 109; Suecia, ley de 1989, art. 4, 4 y 5.

⁵⁷ China, disposiciones de 2003, art. 187.

es necesario o suficiente para proceder a una expulsión⁵⁸, o los casos en que los asuntos de expulsión pueden ser juzgados con carácter prioritario⁵⁹.

51. En muchos Estados, las autoridades administrativas son las primeras que intervienen en materia de expulsión. En efecto, lo más frecuente es que el procedimiento de expulsión se ponga en marcha a partir de una resolución adoptada por la autoridad administrativa del lugar de residencia del extranjero. Si bien la expulsión no se considera una sanción penal que requiera un procedimiento contencioso, está totalmente sometida a la apreciación de dicha autoridad, cuya potestad discrecional puede caer rápidamente en la arbitrariedad.

52. Salvo en el caso de los Estados europeos ya examinados en el contexto de la expulsión de los extranjeros en situación ilegal, se pueden añadir, siempre a título ilustrativo, los casos siguientes:

- *En el Camerún*, el artículo 63 del decreto N° 2000/286, del 12 de octubre 200, que detalla las condiciones de entrada, estancia y salida de los extranjeros, establece que “la expulsión es ordenada por un decreto del Primer Ministro, jefe de gobierno”.

- *En el Líbano*, el artículo 17 de la ley que reglamenta la entrada y la estancia de extranjeros, así como su salida del país, en vigor desde el 10 de julio de 1962, establece que: “La expulsión de un extranjero del Líbano se dispondrá por decisión del Director General de Seguridad, cuando la presencia del extranjero se considere una amenaza para la seguridad pública. El Director General de Seguridad deberá remitir inmediatamente al Ministro del Interior una copia de su decisión. La expulsión se llevará a cabo, ya sea notificando a la persona interesada la orden de abandonar el Líbano dentro del plazo fijado por el Director General de Seguridad, o bien disponiendo que las Fuerzas de Seguridad Interna conduzcan a la persona expulsada a la frontera”.

53. El Estado puede iniciar un procedimiento de expulsión como consecuencia de la comprobación de ciertos hechos o de la intervención de un funcionario⁶⁰, de una orden de arresto internacional⁶¹, de una sentencia judicial definitiva y ejecutoria⁶² o de alguna información pertinente que haya llegado a conocimiento de las autoridades del Estado⁶³. La legislación en la materia puede especificar la forma, el tenor de la demanda u otro pedido formal de expulsión de un extranjero, y la manera en que debe presentarse⁶⁴. El Estado puede combinar expresamente la expulsión del extranjero con la anulación de su visa u otro permiso⁶⁵.

⁵⁸ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 27 2) y 47 2); Canadá, ley de 2001, art. 77 1); China, disposiciones de 2003, art. 183; España, ley de 2000, art. 23 3 a) y 57 7); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 238 c) 1) 2) C) 4), 279, 502 y 503 c); Italia, decreto ley de 1998, art. 16, 6); Nigeria, ley de 1963, art. 19 1), 44 y 48 1); Paraguay, ley de 1996, art. 38 y 84, Portugal, decreto ley de 1998, art. 102, 109 y 126 1); Suecia, ley de 1989, arts. 4.8 y 9.

⁵⁹ Nigeria, ley de 1963, art. 43 1).

⁶⁰ Australia, ley de 1958, art. 203 2), 4) a 7); Nigeria, ley de 1963, art. 19 3); República de Corea, ley de 1992, arts. 58 y 67.

⁶¹ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, arts. 27 2) y 47 2).

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 3, ley de 1998, art. 15; Brasil, decreto de 1981, art. 101; Camerún, decreto de 2000, art. 62 1); Canadá, ley de 2001, art. 44 1) y 77 1); Estados

C. Garantías de procedimiento

54. Se prevén garantías procesales para el caso de expulsión de extranjeros en situación regular y su alcance varía de un ordenamiento jurídico a otro. Estas garantías están previstas tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pero también en las legislaciones nacionales. En términos generales, puede haber diferencias entre las garantías procesales consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales y las previstas en las legislaciones nacionales, que tampoco son uniformes en la materia. El derecho comunitario europeo reviste en este aspecto, así como en muchos otros, determinadas particularidades, por lo que merece ser objeto de un examen separado.

1. Garantías procesales en el derecho internacional y en el derecho interno

a) Conformidad con la ley

55. La exigencia de que toda medida de expulsión se adopte de conformidad con la ley es, ante todo, un principio lógico desde el momento en que se admite que la expulsión se ejerce bajo el imperio del derecho. En efecto, como señaló el Relator Especial en su primer informe, “es una norma lógica que si todo Estado tiene derecho a regular las condiciones de inmigración en su territorio sin atentar por ello contra ninguna norma del derecho internacional, tiene igualmente la obligación de respetar las normas que ha promulgado o ha suscrito en [la] materia”⁶⁶.

i) Consagración en el sistema universal de protección de los derechos humanos

56. En un plano más general, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 establece que [t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. De la misma manera, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo 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 exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. Este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto obligar a un extranjero a salir del territorio de un Estado, ya sea que dicha salida “se describa en el derecho nacional como expulsión o de otra forma”⁶⁷. En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptada por

Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 c) 2) A) y B), 503 a) 1) y 2); Japón, ordenanza de 1951, arts. 62 y 65; Portugal, decreto ley de 1998, art. 111 2).

⁶⁵ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 5, ley de 1998, art. 15; Brasil, decreto de 1981, art. 85 (II), ley de 1980, art. 48 (II); España, ley de 2000, art. 57 4); Paraguay, ley de 1996, art. 39.

⁶⁶ Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros, A/CN.4/554, párr. 23.

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27º período de sesiones, 1986, Observación general N° 15, “Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, párr. 9 (HRI/GEN/1/Rev. 1), 1994.

la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990), establece en el párrafo 2 de su artículo 22 que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley”.

57. En el ámbito más específico del derecho de los refugiados, el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece que la expulsión de un refugiado que se halle legalmente en el territorio de un Estado contratante “únicamente se efectuará (...) 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”. El artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 reitera íntegramente esta disposición para el caso de los apátridas.

58. En 1977, una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista en potencia fue expulsada del territorio de Suecia hacia su país de origen. Ella adujo en ese momento que la decisión de expulsión no se había adoptado “conforme a la ley” y que por ende no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto de 1966. El Comité de Derechos Humanos consideró a este respecto que la interpretación del derecho nacional era una cuestión que incumbía a la competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado Parte interesado, y que el Comité no era competente “para evaluar si las autoridades competentes habían interpretado y aplicado correctamente el derecho interno en el presente litigio (...), a menos que se demostrara que no lo habían interpretado o aplicado de buena fe o que resultara evidente que había habido abuso de poder”⁶⁸.

ii) Consagración en los instrumentos regionales

59. A nivel regional, hay diversas convenciones relativas a los derechos humanos que contienen que disposiciones relacionadas con el procedimiento de expulsión. Estos instrumentos también exigen el respeto de un procedimiento conforme a la ley. El párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que: “un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley”. El párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece la misma exigencia al disponer que: “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. De acuerdo con el Pacto de San José, el interesado puede impugnar la medida de expulsión dictada en su contra ante una jurisdicción competente si dicha medida no fue adoptada conforme a la ley. Según el párrafo 1 del artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”. En Europa, el Protocolo N°

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, observaciones del 9 de abril de 1981, *Anna Maroufidou c. Suecia*, comunicación N° 58/1979 del 5 de septiembre de 1979 (CCPR/C/12/D/58/1979), 8 de abril de 1981, párr. 10.1.

7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en el marco del Consejo de Europa el 22 de noviembre de 1984 en Estrasburgo (Francia), en vigor a partir del 1 de noviembre de 1988⁶⁹, dispone en el párrafo 1 de su artículo 1 que: “Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley (...)”.

60. Surge de todo lo expuesto que la primera garantía otorgada a los extranjeros sujetos a expulsión es que la medida de expulsión debe ejecutarse de conformidad con la ley. A este respecto, el Comité Directivo sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa aclara 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 aplicables⁷⁰.

iii) Consagración en las legislaciones nacionales

61. Las legislaciones de los distintos Estados son bastante coincidentes en cuanto a la exigencia mínima de que el procedimiento de expulsión se ajuste a la ley o a las disposiciones legales. Por ejemplo, la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa establece expresamente en el párrafo 5 del artículo 14 que: “(...) Un extranjero sólo puede ser expulsado en los casos previstos por la ley”. La Constitución húngara prevé en el párrafo 2 de su artículo 58 que “(...) Los extranjeros que residen legalmente en el territorio de la República de Hungría sólo pueden ser expulsados en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (...)”. El párrafo 5 del artículo 23 de la Constitución de la República de Eslovaquia dispone que: “Un extranjero sólo puede ser expulsado en los casos establecidos por la ley”. El párrafo 4 del artículo 9 de la Constitución de Finlandia dispone a su vez que: “(...) El derecho de los ciudadanos extranjeros de entrar y permanecer en Finlandia está reglamentado por la ley”.

62. Este requisito de conformidad con la ley da origen en el plano nacional a un principio general subyacente en el Estado de derecho, según el cual el Estado está obligado a respetar las normas que él mismo ha dictado: *Patere legem/regulam quam fecisti*. Esta norma va de la mano del *Pacta sunt servanda*, que se aplica tanto en el derecho contractual interno como en el derecho convencional internacional, así como a los actos unilaterales que se ajustan a la norma del *Acta sunt servanda*.

⁶⁹ Algunos Estados firmaron el Protocolo N° 7 pero no lo han ratificado. Es el caso de Alemania, Bélgica, los Países Bajos y Turquía. El Reino Unido no ha firmado este protocolo. Ningún Estado europeo lo ha ratificado aún. Suecia ha declarado al respecto que “*un extranjero que esté habilitado para recurrir una decisión de expulsión, puede, conforme al artículo 70 de la ley sueca sobre los extranjeros (N° 1980/376), hacer una declaración (de aceptación) por la cual renuncia a su derecho de apelar la decisión. La declaración de aceptación es irrevocable. Si el extranjero apela antes de hacer la declaración, se considerará que su recurso ha caducado como consecuencia de la declaración*” (Declaración hecha por Suecia en el momento de depositar el instrumento de ratificación, el 8 de noviembre de 1985). Bélgica y la República de San Marino también formularon una declaración relativa al artículo 1 del Protocolo N° 7. Por su parte, Suiza formuló la siguiente reserva: “*Cuando la expulsión se produce después de la adopción por el Consejo Federal de una decisión fundada en el artículo 70 de la Constitución en virtud de una amenaza contra la seguridad interna o externa de Suiza, la persona interesada no gozará de los derechos mencionados en el primer párrafo, incluso después de la ejecución de la expulsión*” (Reserva formulada por Suiza en el momento de la ratificación, el 24 de febrero de 1988).

⁷⁰ Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 11.

63. En el contexto de la expulsión de los extranjeros, la obligación de conformidad con la ley se funda en la exigencia implícita de que las normas de procedimiento internas en materia de expulsión estén de acuerdo con las normas y reglamentos internacionales en la materia. El Estado no tiene pues la libertad de dictar normas de procedimiento que sean contrarias a éstas últimas. En virtud de una norma general en materia de derechos humanos, el Estado sólo puede en principio derogarlas con normas que otorguen una mayor protección a los derechos del extranjero en vías de expulsión.

64. El análisis precedente demuestra que el requisito de conformidad con la ley está firmemente establecido tanto en el derecho convencional universal y regional como en las legislaciones de numerosos Estados. A la luz de estas consideraciones, cabe proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo B1. Obligación de conformidad con la ley.

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

65. La Carta Africana y la Convención Americana no prevén otras garantías procesales además de esta exigencia de conformidad con la ley. Sin embargo, los textos de las Naciones Unidas y el Protocolo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales enumeran garantías suplementarias:

- La primera garantía para el extranjero sujeto a una medida de expulsión consiste, como ya se vio, en, la posibilidad de “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión”⁷¹ o de “presentar pruebas exculpatorias”⁷². A este respecto, el Comité Directivo sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa ha indicado que el extranjero podría ejercer esta garantía antes de la segunda garantía⁷³.
- La segunda garantía consiste en el derecho de hacer que “se examine su caso”⁷⁴ o de “formular recurso de apelación”⁷⁵. El Comité Directivo aclara que el procedimiento no debe necesariamente llevarse a cabo “en dos etapas ante autoridades diferentes”⁷⁶.
- La tercera garantía es el derecho de la persona en vías de expulsión a un asesor. Esa garantía consiste en la posibilidad de que el extranjero en cuestión se haga representar ante la autoridad nacional competente o ante una o más personas designadas por esa autoridad. Esta última puede ser

⁷¹ Véase el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el artículo 1, párr. 1 a), del Protocolo N° 7 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

⁷² Véase el artículo 32, párr. 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el artículo 31, párr. 2, de la Convención relativa al Estatuto de los Apátridas.

⁷³ Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁷⁴ Véase el artículo 1, párr. 1, b), del Protocolo N° 7 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁷⁵ Véase el artículo 32, párr. 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y el artículo 31, párr. 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.

⁷⁶ Consejo de Europa, Informe explicativo del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, párr. 13.2.

administrativa o judicial y no tiene que ser necesariamente la que decide en última instancia⁷⁷.

66. El Manual de Procedimientos y Criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) contiene asimismo un conjunto de garantías de carácter procesal⁷⁸. El ACNUR sugiere en ese manual que los solicitantes de asilo deberían poder permanecer en el territorio del Estado de acogida hasta que la instancia nacional que entiende en su caso se pronuncie sobre los recursos presentados por ellos. Además, señala que “dado que la cuestión no está expresamente reglamentada en la Convención de 1951, los procedimientos adoptados por los Estados Partes (...) varían considerablemente”⁷⁹. En consecuencia, dichos procedimientos deberían respetar “ciertos requisitos mínimos”, de manera que la posibilidad de que el solicitante de asilo cuya solicitud ha sido denegada pueda contar con “un plazo razonable para pedir la revisión de la decisión”, así como la posibilidad de “permanecer en el país ... hasta que una instancia administrativa superior o los tribunales de apelaciones resuelvan el caso al pronunciarse sobre el recurso presentado”⁸⁰.

67. Las diversas garantías enumeradas anteriormente no son, por otra parte, las únicas que es posible prever. Hay otros derechos procesales – por lo demás no exhaustivos – de que gozan los extranjeros comprendidos en una decisión de expulsión que surgen de la propuesta formulada a los Estados miembros en 2001 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por iniciativa de la ⁸¹. En esa propuesta se invitaba a dichos Estados a aprobar una legislación que otorgara a los inmigrantes de larga data amenazados de expulsión la posibilidad de acceder a ciertas garantías procesales.⁸² Esas garantías eran: el derecho a un juez, el derecho a un juicio contradictorio, el derecho a la asistencia de un abogado y el derecho a interponer un recurso suspensivo de apelación, debido a las consecuencias irreversibles de la ejecución de la orden de expulsión. El Consejo de Ministros, apoyando esa recomendación, sugirió incluso que se les reconociera el derecho a ser oídos, así como el derecho a obtener una decisión fundada, yendo así más allá de las exigencias del artículo 1 del Protocolo N° 7⁸³. Es verdad que estas garantías están previstas en el marco de la ciudadanía europea en proceso de gestación, pero pueden inspirar normas de alcance más universal.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 13.3.

⁷⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de 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*, Ginebra, 1992. Sus disposiciones no son vinculantes.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 191.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 192.

⁸¹ Véase del Consejo de Europa, informe sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración, 27 de febrero de 2001, documento. 8986.

⁸² Recomendación N° 1504 (2001) del 14 de marzo de 2001 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la no expulsión de los inmigrantes de larga duración.

⁸³ Véase la respuesta del 4 de diciembre de 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a la Recomendación N° 1504 (2001) del 14 de marzo de 2001 de la Asamblea Parlamentaria, adoptada en la 820ª Reunión de los delegados de los Ministros, documento 9633, 6 de diciembre de 2002, y, en anexo, la opinión del Comité Directivo sobre Derechos Humanos acerca de la Recomendación 1504 (2001) de la Asamblea Parlamentaria, adoptada durante su 54ª reunión, 1 a 4 de octubre de 2002, punto 13.

68. El extranjero respecto del cual se ha adoptado una decisión de expulsión debe poder ejercer sus derechos antes de que se aplique esa decisión.

b) El derecho a ser informado del procedimiento de expulsión

69. En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 9 de septiembre de 1985 sobre Chile⁸⁴ se indicaba que:

“La medida de expulsar del territorio nacional ha sido aplicada en virtud de los mecanismos legales establecidos para ello, es decir, el Decreto ley N° 604 de 1974 y, posteriormente, la 24ª disposición transitoria de la Constitución.

27. En muchos casos, la persona afectada normalmente no ha sabido que ha sido sometida a esa condena, al no haber habido juicios previos en contra de ella en los cuales se hayan formulado cargos concretos y donde el afectado haya podido ejercer su derecho de defensa.

28. Por lo general, el conocimiento de la expulsión se ha materializado sólo cuando el expulsado ha sido trasladado al aeropuerto o a la frontera por vía terrestre. Su familia, por su parte, ha tratado por todos los medios de tener alguna información sobre su suerte y de hacerle llegar algún dinero, documentos, u objetos personales necesarios antes de que la medida de expulsión se haya concretizado, pero generalmente no lo ha logrado.

29. Por lo general, las personas afectadas han estado vinculadas a organismos de defensa y promoción de derechos humanos o han sido importantes dirigentes políticos o sindicales, a quienes se les ha acusado de poner en peligro la seguridad del Estado”⁸⁵.

Se trata en todos los casos de medidas de expulsión que no solamente se adoptan en contravención de las normas relativas a la protección de los derechos humanos, sino que también se ejecutan de esa manera.

70. Ya se vio en el sexto informe (A/CN.4/625) que el derecho internacional, y también el derecho comunitario europeo, exigen que la expulsión se ordene por motivos fundados. Por lo tanto, no volveremos a demostrar aquí la existencia de esa obligación en el derecho internacional.

71. En cuanto al derecho del extranjero respecto del cual se ha adoptado una decisión de expulsión a ser informado de dicha medida, el derecho convencional exige que se le comuniquen los motivos de la decisión de expulsión o las vías de recurso posibles. A este respecto cabe recordar, por una parte, las disposiciones muy explícitas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que establece en el párrafo 4 de su artículo 7: “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”. Por otra parte, en el derecho comunitario europeo en particular, una decisión de detención adoptada mientras se está llevando a cabo un procedimiento de expulsión “se considerará nula y sin valor si, al momento de la notificación, la persona interesada no es informada, por escrito y en un idioma que

⁸⁴ OEA/Ser.L/V/II.66, documento 17, 9 de septiembre de 1985.

⁸⁵ Este informe se basa en ejemplos de causas para demostrar la veracidad de la afirmación según la cual los extranjeros expulsados de Chile no son informados de la decisión adoptada en su contra.

comprenda, de sus derechos, modalidades de recursos y medios para obtener asesoramiento y representación jurídicos gratuitos⁸⁶.

72. La notificación responde a la obligación de respetar los derechos de la defensa. El párrafo 3 del artículo 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, establece que la decisión de expulsión “les será comunicada en un idioma que puedan entender”⁸⁷. El párrafo 2 del artículo 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos enuncia, por su parte, que “[t]oda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”. Estas disposiciones tienen por objeto permitir a la persona privada de su libertad defenderse con conocimiento de causa. Su derecho a recurrir será ineficaz “si no se le notifica, en el plazo más breve posible, y en un grado suficiente, las circunstancias de hecho y las normas jurídicas invocadas para privarla de su libertad”⁸⁸. Esta defensa sólo puede ser eficaz si la notificación está redactada en un idioma que el extranjero a que se refiere la medida de expulsión comprenda. De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta disposición “obliga a señalarle a esa persona, en un lenguaje sencillo y accesible para ella, las razones jurídicas y de hecho de su privación de libertad, para que pueda discutir su legalidad ante un tribunal en virtud del párrafo 4”⁸⁹.

73. En el plano doctrinal, desde 1892 el Instituto de Derecho Internacional ha considerado que “[e]l acto que ordena la expulsión deber ser notificado al expulsado [...]”⁹⁰ y, además, que “si el expulsado tiene la facultad de recurrir a un tribunal judicial o administrativo superior, debe ser informado, en el mismo acto, de esa circunstancia y del plazo del que dispondrá”⁹¹.

74. La obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero interesado también está establecida en la legislación de varios Estados⁹². En general, la notificación adopta la forma de una decisión escrita⁹³. Según las legislaciones, ella

⁸⁶ Recomendación N° 1624 (2003) del 30 de septiembre de 2003 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una política común en materia de inmigración y asilo.

⁸⁷ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 2220, pág. 3 (adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003).

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *X* contra *el Reino Unido*, sentencia del 5 de noviembre de 1981.

⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Cônka c. Bélgica*, sentencia del 5 de febrero de 2002, párr. 50.

⁹⁰ *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.

⁹¹ *Ibid.*, art. 31.

⁹² Francia, Código, arts. L512-3, L514-1, 1); Guatemala, decreto ley de 1986, art. 129; Irán, ley de 1931, art. 11; Japón, ordenanza de 1951, art. 48, 8); República de Corea, ley de 1992, arts. 59 1) y 60 4); véanse también las leyes pertinentes de Bélgica, Italia y el Reino Unido. En algunos casos, la obligación de notificación se refiere concretamente a la decisión de no expulsar [República de Corea, ley de 1992, arts. 59 1) y 60 4)].

⁹³ “En muchos países, la potestad de expulsión se rige por un reglamento que detalla los motivos por los cuales se puede ejercer y las garantías procesales que es preciso respetar. En general, estos reglamentos aplican los principios generalmente reconocidos de los derechos humanos internacionales. Normalmente establecen que nadie puede ser expulsado del territorio de un

indica la forma de expulsión⁹⁴, el Estado de destino⁹⁵, el Estado al que el extranjero protegido no puede ser enviado⁹⁶ o el plazo de expulsión⁹⁷.

75. Cabe señalar que mientras los instrumentos internacionales no hacen ninguna distinción en cuanto a la exigencia de la notificación, las legislaciones nacionales varían según si el extranjero está en situación regular o si entró ilegalmente en el territorio del Estado; si entró en fecha reciente o si ha residido ilegalmente en ese Estado durante un cierto tiempo. Según un autor, una parte de la jurisprudencia consagra el derecho del extranjero, aunque esté en situación irregular, a ser informado de los motivos de su expulsión⁹⁸.

76. La información sobre la medida de expulsión se extiende también a la información sobre el motivo de la expulsión. En el caso *Amnesty International c. Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entendió que Zambia había violado el derecho del interesado a recibir la información, por cuanto no se le habían comunicado los motivos de la expulsión. En efecto, según la Comisión, “[e]l hecho de que ni Banda ni Chinula hayan sido informados de las razones de la medida adoptada contra ellos es una denegación del derecho a recibir información [art. 9 (1)]”⁹⁹.

77. En lo que respecta a la Unión Europea, cabe mencionar el párrafo 2 del artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de abril de 2004, según el cual la notificación de una medida de expulsión adoptada contra un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia debe mencionar los motivos de la expulsión, “a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado”. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado esta norma, aclarando que “la comunicación de los motivos invocados para justificar una decisión de expulsión o de denegación del permiso de estancia debe ser suficientemente detallada y precisa para permitirle al interesado defender sus intereses”¹⁰⁰.

78. Cabe destacar sin embargo que el derecho del extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión no está consagrado de manera uniforme en el derecho interno. Las legislaciones de los distintos países divergen en cuanto a la forma de determinar si el expulsado tiene derecho a ser informado de los motivos de la expulsión y en qué medida. Según algunas legislaciones, la decisión de expulsión

Estado sin [...] una resolución escrita en debida forma, comunicada al expulsado y que indique los motivos de la expulsión. [...] Estas exigencias apuntan a proteger al interesado contra cualquier abuso de poder [véase Governing Rule 4]”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.), (nota 36 *supra*), pág. 91.

⁹⁴ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 62 3).

⁹⁵ *Ibid.*, art. 64 2).

⁹⁶ Portugal, decreto ley de 1998, art. 114 1) d).

⁹⁷ Irán, ley de 1931, art. 11.

⁹⁸ “No obstante, algunos estiman que, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se oponan a ello, la decisión de expulsar a un extranjero en situación irregular es arbitraria si éste no es informado de las acusaciones formuladas en su contra...”. Véase Richard Plender (nota 37 *supra*), pág. 472.

⁹⁹ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación N° 212/98, *Amnesty International c. Zambia*, *Douzième rapport annuel d'activités*, párrs. 32 y 33.

¹⁰⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Rezguia Adoui c. Estado belga y ciudad de Liège y Dominique Cornuaille c. Estado belga*, causas conjuntas C-115 y 116/81, sentencia del 18 de mayo de 1982, párr. 2.

debe expresar los motivos en que se funda¹⁰¹, o no es necesario que los exprese¹⁰², o sólo debe hacerlo en determinadas circunstancias¹⁰³; el motivo de la decisión debe corresponderse con las consecuencias¹⁰⁴; la decisión debe redactarse por escrito¹⁰⁵ o comunicarse al interesado¹⁰⁶. Algunos Estados permiten que el extranjero o las autoridades exijan que la decisión esté fundada¹⁰⁷. En efecto, algunas legislaciones nacionales establecen que el extranjero sometido a un procedimiento de expulsión debe ser informado a tiempo del inicio o el estado del procedimiento de expulsión que se sigue en su contra. El Estado debe notificar al extranjero si existe la posibilidad de que se le inicie un procedimiento de expulsión, o si está previsto que se le inicie, o si ya se ha iniciado dicho procedimiento¹⁰⁸, que es susceptible de atentar contra la condición de persona protegida de que goza ese extranjero¹⁰⁹, o si ha sido inscripto en una lista de personas sobre las que pesa una

¹⁰¹ Canadá, ley de 2001, art. 169 b); España, ley de 2000, art. 26 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) j); Francia, Código, arts. L. 213-2, L. 522-2 y L. 551-2; Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 13 3) y 16 6), ley N° 40 (1998), art. 11 3), decreto ley de 1996, art. 7 3); Japón, ordenanza de 1951, arts. 10 9) y 47 3); Madagascar, decreto de 1994, art. 37; Portugal, decreto ley de 1998, arts. 22 2) y 114 1) a); República de Corea, decreto de 1993, arts. 72 y 74; Suecia, ley de 1989, secc. 11.3; Suiza, reglamento de 1949, art. 20 1), ley federal de 1931, art. 19 2). Esta exigencia se impone a veces expresamente cuando la decisión se refiere a una solicitud de admisión de la condición de persona protegida [Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 75 5); Canadá, ley de 2001, art. 169 c) y d)], cuando el interesado es sospechoso de terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) j)], o cuando procede de un Estado que tiene un acuerdo especial o una relación especial con el Estado que expulsa [Suecia, ley de 1989, secc. 11.3)].

¹⁰² Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 28 1).

¹⁰³ Suecia, ley de 1989, secc. 11.3.

¹⁰⁴ República Checa, ley de 1999, secc. 9, 3).

¹⁰⁵ Francia, Código, arts. L. 213-2, L. 551-2; Japón, ordenanza de 1951, art. 47 3); República de Corea, decreto de 1993, arts. 72 y 74; Suiza, ley federal de 1931, art. 19 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) j). En algunos casos, esta exigencia puede aplicarse únicamente a los casos en que la decisión se refiere a una solicitud de reconocimiento de la condición de persona protegida [Canadá, ley de 2001, art. 169 c) y (d)] o a una persona sospechosa de terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c), 5) j)]. En algunos Estados se puede eliminar de la decisión toda la información sensible, si el interesado es sospechoso de terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) j)].

¹⁰⁶ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) j); Francia, Código, arts. L. 522-2 y L. 551-2; Italia, decreto ley N° 286 (1998), art. 16 6); Japón, ordenanza de 1951, arts. 10 9), 47 3) y 48 8); Portugal, decreto ley de 1998, arts. 22 2) y 120 2); República de Corea, ley de 1992, art. 59 1), decreto de 1993, art. 74.

¹⁰⁷ Canadá, ley de 2001, art. 169 e).

¹⁰⁸ Australia, ley de 1958, art. 203 2); Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17, ley de 1998, art. 29; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 8 2); Canadá, ley de 2001, art. 170 c) y 173 b); Chile, decreto de 1975, art. 90; España, ley de 2000, arts. 26 2) y 57 9); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 b) 4 A), D), c) 2) A), 3 B) 5), 239 a), 240 b) 5) A) a D) y c) 5) y 504 b) 1) y 2); Francia, Código, arts. L. 213-2, L. 512-2, L. 522-1 1), L. 522-2 y L. 531-1; Hungría, ley de 2001, art. 42, 1); Irán, ley de 1931, art. 11, reglamento de 1973, art. 16; Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 13 5), 7) y 16 6), ley N° 40 de 1998, art. 11 7), decreto ley de 1996, art. 7 3); Japón, ordenanza de 1951, arts. 47 3) y 4) y 48 1) y 3); Madagascar, decreto de 1994, art. 35, ley de 1962, art. 15; Malasia, ley de 1959-1963, art. 9 3); Nigeria, ley de 1963, art. 7 1); Panamá, decreto ley de 1960, arts. 58, 85 y 86; Paraguay, ley de 1996, art. 35 a); Portugal, decreto ley de 1998, arts. 22 2) y 120 1) y 2); República de Corea, ley de 1992, arts. 59 3), 60 5) y 89 3); República Checa, ley de 1999, art. 124 1) y 2); Reino Unido, ley de 1971, art. 6 2).

¹⁰⁹ Canadá, ley de 2001, art. 170 c).

interdicción¹¹⁰. El Estado puede exigir que se indique en la notificación: 1) los datos relativos al procedimiento posible o inminente y los derechos u opciones del extranjero en tal sentido¹¹¹, o 2) los hechos constatados o los motivos en que se fundan las decisiones preliminares¹¹². También se puede especificar el lugar¹¹³ o las modalidades de la notificación¹¹⁴.

79. En el plano jurisprudencial, algunas jurisdicciones nacionales han confirmado asimismo la obligación de informar al extranjero de los motivos de la decisión de expulsión¹¹⁵. Sin embargo, en principio no se exige que se informe al extranjero antes de que se adopte la decisión¹¹⁶.

80. Con respecto al análisis que antecede, no parece haber duda de que la obligación de informar de la medida de expulsión al extranjero respecto del cual se adoptado una decisión de expulsión y, por ende, de los motivos de esa decisión, está establecida en el derecho internacional y confirmada por numerosas legislaciones nacionales, pese a ligeras variaciones, así como por la doctrina. Por lo demás, esta obligación ¿no es acaso la condición misma de la invocación por el extranjero de las demás garantías procesales?

c) El derecho a impugnar la expulsión

i) Consideraciones de carácter general

81. En tratados y otros instrumentos internacionales, así como en legislaciones nacionales y en la doctrina, se reconoce al extranjero el derecho a impugnar su expulsión¹¹⁷.

¹¹⁰ Portugal, decreto ley de 1998, arts. 114, 2) y 120, 2).

¹¹¹ Sudáfrica, ley de 2002, art. 8 1); Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17, ley de 1998, art. 29; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 8 2); España, ley de 2000, arts. 26 2) y 57 9); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 b) 4) A), c) 2) A), 3) B) 5), 239 a), 240 b) 5) A) a D) y c) 5) y 504 b) 1) y 2); Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 13 5) y 7) y 16 6), ley N° 40 de 1998, art. 11 7), decreto ley de 1996, art. 7 3); Japón, ordenanza de 1951, arts. 47 4) y 48 3); Panamá, decreto ley de 1960, art. 58; Paraguay, ley de 1996, art. 35 a); Portugal, decreto ley de 1998, arts. 22 2) y 120 2); República de Corea, ley de 1992, art. 59 3) y 89 3).

¹¹² Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 17; España, ley de 2000, art. 26 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 b) 1); Francia, Código, arts. L. 222-3, L. 522-2 y L. 531-1; Japón, ordenanza de 1951, art. 47 3); Portugal, decreto ley de 1998, art. 22 2); República de Corea, ley de 1992, art. 89 3); República Checa, ley de 1999, art. 124 2).

¹¹³ Guatemala, decreto ley de 1986, art. 129.

¹¹⁴ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 75 5); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 239 c), 240 b) 5) A) y B); Francia, Código, art. L. 512-3; Nigeria, ley de 1963, art. 7 1) a 5); Panamá, decreto ley de 1960, arts. 85 y 86; República de Corea, ley de 1992, art. 91 1) a 3). La legislación pertinente puede exigir que el extranjero sea notificado personalmente cuando la notificación se refiere a la decisión adoptada en respuesta a la solicitud del extranjero de ampararse en la condición de persona protegida [Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 75 5); Canadá, ley de 2001, art. 169 d)].

¹¹⁵ Véase el Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (nota 38 *supra*), párr. 656, y los casos de jurisprudencia citados en la nota 1539.

¹¹⁶ Véase *Oudjit c. Estado belga (Ministro de Justicia)*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *Pasicrisie belge*, 1962, IV, pág. 125; *Brandt c. Attorney-General of Guyana and Austin*, E. Lauterpacht (nota 30 *supra*), pág. 468).

¹¹⁷ Véase en particular Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, "Some legal questions arising from the expulsion of the Ugandan Asians", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, págs. 405 y 406 (citando el caso *Chevreau*, *Recueil des sentences arbitrales internationales des*

82. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la persona respecto de quien se ha dictado una orden 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. Dispone: “el extranjero que se halle ilegalmente en el territorio de un Estado Parte ..., a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello ... se [le] permitirá exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión...”¹¹⁸. 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, consagra la misma garantía: “Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado ... a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello ... se [le] permitirá exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión...”¹¹⁹.

83. El inciso a) del párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone, por su parte, que a un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida de expulsión, debe permitírsele “exponer las razones que se opongan a su expulsión [...]”. El párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento prevé la misma garantía al estipular que los nacionales de las Partes contratantes “que hayan residido legalmente durante más de dos años en el territorio de una de las Partes contratantes sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de que se les haya permitido, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, exponer las razones que pueden invocar en contra de su expulsión ...”.

84. Cabe mencionar asimismo el artículo 7 del Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux¹²⁰, que establece que: “Los nacionales de una de las Partes contratantes autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte contratante sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de que el Ministerio de Justicia del país de residencia haya sido notificado por una autoridad competente de dicho país, ante la cual los interesados puedan hacer valer sus medios de defensa...”.

85. El derecho del extranjero a impugnar su expulsión está también consagrado en algunas legislaciones internas. Según esas legislaciones, el extranjero puede ser autorizado a: 1) exponer razones o presentar pruebas¹²¹; 2) interrogar testigos o

Nations Unies, vol. II, pág. 361 (1113); y Richard Plender (nota 37 *supra*, págs. 471 y 472 (citando el caso 17/74, *Transocean Marine Paint c. Commission* [1974] ECR 1063, pág. 1080).

¹¹⁸ Véase Comité de Derechos Humanos, *Giry c. República Dominicana*, 20 de julio de 1990, *International Law Review*, E. Lauterpacht (dir.), C. J. Greenwood, vol. 95, pág. 325, párr. 5.5. (El Comité comprobó que la República Dominicana había infringido el artículo 13 del Pacto al no haber adoptado su decisión “conforme a la ley”, por no haber dado al interesado la posibilidad de exponer las razones que lo asistían en contra de su expulsión y someter su caso a revisión ante la autoridad competente.)

¹¹⁹ Resolución 40/144 de la Asamblea General, anexo.

¹²⁰ Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 480, pág. 424.

¹²¹ Esta autorización puede ser otorgada: 1) si el extranjero impugna una orden de expulsión o una denegación de admisión (Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 2); Francia, Código, art. L. 522-2; Japón, ordenanza de 1951, art. 10 3); Madagascar, ley de 1962, art. 16; Suecia, ley de 1989, art. 6.14; Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 b) 4) C), c) 2) D) i) y 240 b) 4) B); 2) en determinadas condiciones, si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c)

hacerles repreguntas¹²²; o 3) examinar las pruebas presentadas en todos los casos¹²³, en algunos casos¹²⁴ o solamente cuando las normas de orden público y seguridad lo permitan¹²⁵. Sin embargo, el Estado puede denegar al extranjero que tenga vínculos con el terrorismo el derecho a excluir pruebas obtenidas ilegalmente¹²⁶.

ii) El derecho a ser oído

86. El extranjero puede ejercer su derecho a impugnar su expulsión de varias maneras, entre ellas durante un procedimiento oral. Si bien el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no otorga expresamente al extranjero el derecho a ser oído, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la adopción de una medida de expulsión sin que el extranjero haya tenido la posibilidad de ser oído podría infringir 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 a 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 Pacto”¹²⁷.

87. En el marco de la expulsión, el derecho a ser oído no tiene la importancia que reviste en una instancia penal conforme al párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. La fórmula “presentar pruebas exculpatorias”, adoptada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, fue sustituida en aquella disposición por la frase “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión”, aunque este derecho no haya cambiado en cuanto al fondo. Al comentar algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos que se refieren a asuntos relacionados con los

2) y e) y f)]; o 3) si el extranjero pide autorización para ser admitido nuevamente en el país después de haber sido expulsado (Francia, Código, art. L. 524-2).

¹²² Canadá, ley de 2001, art. 170 e); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 c) 2) D) i) y 240 b) 4), B); Japón, ordenanza de 1951, art. 10 3). Estas autorizaciones pueden ser otorgadas expresamente cuando el procedimiento se refiere a la solicitud del extranjero de ampararse en la condición de persona protegida [Canadá, ley de 2001, art. 170 e)], o, en determinadas condiciones, si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 3) e)]. Un Estado puede autorizar a la autoridad competente a ordenar la comparecencia de testigos a solicitud del extranjero [Japón, ordenanza de 1951, art. 10 5)]; Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 d) 1). Esta autorización puede ser otorgada sobre todo si se sospecha que el extranjero tiene vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 d) 1)]. En estas circunstancias un Estado puede, en determinadas condiciones, comprometerse a sufragar los gastos que se deriven de la comparecencia de un testigo citado por el extranjero [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 d) 2)].

¹²³ Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 238 b) 4) C) y c) 2) D) i).

¹²⁴ Suecia, ley de 1989, art. 11.2.

¹²⁵ Suiza, ley federal de 1931, art. 19 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 240 b) 4) B y 504 c) 3), d) 5) y e).

¹²⁶ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 240 e) 1) B).

¹²⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1 de noviembre de 1995, A/51/40 (vol. 1), párr. 88.

artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, M. Nowak escribió: “Pese a que convendría, por regla general, exponer en una audiencia las razones que se oponen a una expulsión inminente, el artículo 13, contrariamente a lo dispuesto en el inciso d) del párrafo 3 del artículo 14, no consagra el derecho del extranjero a comparecer en persona. El Comité rechazó la comunicación de un refugiado chileno en los Países Bajos debido a que el autor había tenido ampliamente la posibilidad de defender su causa en el marco de un procedimiento incoado en debida forma, parte del cual se había llevado a cabo oralmente. En los casos *Hammel* y *Giry*, el Comité comprobó que se había infringido el artículo 13 porque los autores no habían tenido la posibilidad de exponer las razones que respectivamente les asistían en contra de su expulsión y extradición”¹²⁸.

88. Las legislaciones nacionales de varios Estados otorgan al extranjero el derecho a ser oído durante un procedimiento de expulsión¹²⁹. Más precisamente, el Estado puede otorgar al extranjero el derecho a ser oído¹³⁰ o definir las circunstancias en las que es necesario celebrar una audiencia¹³¹. La audiencia puede ser pública¹³², a puertas cerradas¹³³ o sólo celebrarse a puertas cerradas si el carácter confidencial de las pruebas presentadas lo exige¹³⁴. En caso de ausencia del extranjero en la audiencia, las autoridades o la jurisdicción competente pueden ser autorizadas a celebrar la audiencia si el extranjero presta su consentimiento para ello¹³⁵ o si la ley lo permite¹³⁶. El Estado puede rembolsar los gastos en que incurra el extranjero para asistir a la audiencia¹³⁷ o exigir que éste deposite una caución para asegurarse de que respetará las condiciones en las que debe celebrarse la audiencia¹³⁸.

¹²⁸ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel Publisher, 1993, págs. 228 y 229 (citando el caso del refugiado chileno, N° 173/1984, párr. 4; *V.M.R.B. c. Canadá*, N° 236/1987; el caso *Hammel*, N° 155/1983, párrs. 19.2 y 20; y el caso *Giry*, N° 193/1985, párrs. 5.5 y 6).

¹²⁹ Las conclusiones siguientes, que se basan en el análisis de las legislaciones y jurisprudencias nacionales, se han extraído del Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (nota 38 *supra*), párrs. 621 a 623.

¹³⁰ Australia, ley de 1958, art. 203 3); Belarús, ley de 1998, art. 29; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 2); Canadá, ley de 2001, arts. 44 2), 78 a), 170 b), 173 a) y 175 1) a); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 216 A b) 2), 238 c) 2) D) i), 240 b) 1) y 504 a) 1); Francia, Código, arts. L. 213-2, L. 223-3, L. 512-2, L. 522-1 I) 2) y L. 524-1; Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 13 5 *bis*), 13 *bis*, 14 4) y 17, ley N° 40 (1998), art. 15 1); Japón, ordenanza de 1951, arts. 10, 47 4) y 48 1) a 8); Madagascar, decreto de 1994, arts. 35 y 36, ley de 1962, art. 15; Portugal, decreto ley de 1998, arts. 22 1) y 118 1) y 2); República de Corea, ley de 1992, art. 89 2); Suecia, ley de 1989, art. 6.14. Este derecho le puede ser reconocido expresamente a un extranjero que tenga vínculos con el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 5) g)].

¹³¹ Canadá, ley de 2001, art. 44 2) y 170 f); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 235 c) 1) y 238 c) 5).

¹³² Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 a) 2); Francia, Código, arts. L. 512-2 y L. 522-2.

¹³³ Madagascar, decreto de 1994, art. 37, ley de 1962, art. 16.

¹³⁴ Canadá, ley de 2001, art. 166; Suecia, ley de 1989, art. 6.14.

¹³⁵ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 240 b) 2) A) ii).

¹³⁶ Belarús, ley de 1998, art. 29; Francia, Código, art. L. 512-2.

¹³⁷ Suecia, ley de 1989, art. 6.15.

¹³⁸ Canadá, ley de 2001, art. 44 3).

89. Hay numerosas jurisdicciones nacionales que también han reconocido este derecho fundándose en la Constitución, la jurisprudencia o la ley¹³⁹. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó las razones, así como las exigencias, en el caso *Wong Sang Yung v. McGrath*, en los siguientes términos:

“Cuando la Constitución exige que se celebre una audiencia, ésta debe ser equitativa y llevarse a cabo delante de un tribunal que responda por lo menos a las normas de imparcialidad en vigor. En la audiencia de expulsión se plantean cuestiones esenciales para la libertad y la felicidad de un ser humano, e incluso para su vida, habida cuenta de los disturbios que agitan el país al que puede ser expulsado el extranjero. Podría ser difícil justificar que un tribunal respeta las normas de imparcialidad exigidas por la Constitución si, al tener que entender en un procedimiento de expulsión, se comporta como aquel que fue condenado por el Congreso por parcialidad, cuando estaban en juego cuestiones menos vitales relacionadas con derechos de propiedad”¹⁴⁰.

90. Otros tribunales han considerado que no es necesario celebrar una audiencia¹⁴¹. Para los países del Commonwealth, esa es en efecto la consecuencia lógica del principio según el cual la orden de expulsión es únicamente de competencia de los órganos administrativos y no incumbe en ningún caso a las instancias judiciales o cuasijudiciales¹⁴².

iii) El derecho a estar presente

91. Los instrumentos internacionales no enuncian ninguna norma explícita en la materia. En cambio, la legislación de varios Estados garantiza o exige la presencia del extranjero en un procedimiento de expulsión. El Estado puede reconocer al

¹³⁹ Véase, por ejemplo, *Wong Sang Yung c. McGrath, Attorney General et al.*, Estados Unidos, Corte Suprema, 20 de febrero de 1950, *International Law Review*, 1950 (H. Lauterpacht (dir. publ.), caso N° 76, págs. 252 a 256); *Nicoli c. Briggs*, Estados Unidos, Circuit Court of Appeals, Tenth Circuit, 7 de abril de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law cases*, 1935-1937 (*ibid.*), caso N° 162, pág. 345; *Brandt c. Attorney-General of Guyana and Austin* (nota 30 *supra*), pág. 468; *re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration, Canadá*, Tribunal Federal de Apelaciones, 20 de mayo de 1976, *International Law Review*, vol. 73 (E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (dir. publ.), págs. 617 a 626); *Gooliah c. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, Canadá, 14 de abril de 1967, *International Law Review*, vol. 43, [(*ibid.*), págs. 219 a 224]. En Francia es obligatorio celebrar una audiencia, salvo en caso de urgencia. Véase, por ejemplo, *Mihouri* (Francia), Consejo de Estado, 17 de enero de 1970, *International Law Review*, vol. 70 (*ibid.*, pág. 359).

¹⁴⁰ *Wong Yang Sung c. McGrath, Attorney-General et al.* (nota 139 *supra*), págs. 254 y 255.

¹⁴¹ Véase *Urban c. Minister of the Interior* (*op. cit.*, págs. 341 y 342); *Smith c. Minister of Interior and Others*, Lesotho, Tribunal Superior, 8 de julio de 1975, *International Law Review*, vol. 70 (E. Lauterpacht (dir. publ.), pág. 370).

¹⁴² Véase, por ejemplo, *Smith c. Minister of Interior and Others*, Lesotho, Tribunal Superior, 8 de julio de 1975, *International Law Review*, vol. 70, E. Lauterpacht (dir. publ.), págs. 364 a 372; *Urban c. Minister of the Interior*, *op. cit.*, págs. 340 a 342.

extranjero el derecho a asistir personalmente al examen de su caso¹⁴³, citar al extranjero a comparecer o exigir de cualquier otra manera su presencia en la audiencia¹⁴⁴. Puede también autorizar la presencia de un miembro de la familia o de un conocido del extranjero¹⁴⁵. Puede sancionar la no comparecencia del extranjero con la expulsión y la prohibición de estancia temporaria¹⁴⁶. La ausencia del extranjero puede excusarse por razones de incapacidad mental¹⁴⁷, o si el extranjero no ha sido informado de la audiencia, o si alega circunstancias excepcionales que justifican su ausencia¹⁴⁸. No obstante, la ausencia del extranjero no impide que continúe el procedimiento de expulsión, sobre todo si el extranjero puede estar representado por un abogado. De todos modos, la práctica de los Estados sigue siendo demasiado limitada como para que se pueda inferir cualquier norma en la materia.

d) El derecho a un recurso eficaz

92. Otra de las normas de procedimiento más importantes es la posibilidad que se debe ofrecer al extranjero sujeto a expulsión de defenderse ante una instancia competente. Sin embargo, como es sabido, el Estado de acogida puede derogar esta norma por “razones imperiosas de seguridad nacional”. Esta justificación es examinada periódicamente por el Comité de Derechos Humanos. Hay dos casos que pueden permitir ilustrarlo. En el caso *Eric Hammel*¹⁴⁹, el interesado, un abogado de nacionalidad francesa establecido en Madagascar desde hacía unos veinte años, había defendido presos políticos y a los principales dirigentes de la oposición política y, en varias ocasiones, había representado a algunas personas ante el Comité de Derechos Humanos. Fue detenido y arrestado durante tres días. Tras haber tenido solamente dos horas para organizar sus asuntos, fue expulsado del territorio malgache. De acuerdo con la Corte Suprema de Madagascar, las actividades del interesado así como su presencia continuada en ese país perturbaban la seguridad y el orden públicos. El Comité de Derechos Humanos, ante el cual se planteó este litigio, al pronunciarse sobre la cuestión de la violación del artículo 13 del Pacto, señaló que: “(...) *al autor no se le dio un recurso eficaz para impugnar su expulsión y el Estado parte no ha demostrado que hubiera razones imperiosas*

¹⁴³ Belarús, ley de 1998, art. 29; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 2) y 3); Canadá, ley de 2001, arts. 78 a) i) y 170 e); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 c) 2) D) i), 240 b) 2) A) y B) y 504 c) 1); Francia, Código, arts. L. 223-2, L. 512-2, L. 522-1, I), 2) y L. 524-1; Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 13, 5 bis, 14 4) y 17, ley N° 40 (1998), art. 15 1); Japón, ordenanza de 1951, art. 10 3); Madagascar, decreto de 1994, arts. 35 y 36, ley de 1962, arts. 15 y 16; Portugal, decreto ley de 1998, art. 118 2); República de Corea, ley de 1992, art. 89 2) y 3); Suecia, ley de 1989, art. 6.14. Se puede reconocer un derecho de esa índole principalmente en el caso de un extranjero que estuviera implicado en el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 1)]. (Véase el Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (nota 38 *supra*), párr. 624).

¹⁴⁴ Australia, ley de 1958, art. 203 3); Portugal, decreto ley de 1998, art. 118 1). Un Estado puede exigir asimismo la presencia del extranjero durante el examen de la legalidad de su detención [Canadá, ley de 2001, art. 57 3)].

¹⁴⁵ Japón, ordenanza de 1951, art. 10 4).

¹⁴⁶ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 212 a) 6) B) y 240 b) 5) A), E), 7).

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 240 b) 3).

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 240 b) 5) C), e) 1).

¹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, observaciones del 3 de abril de 1987, *Eric Hammel c. Madagascar*, comunicación N° 155/1983 del 1 de agosto de 1983 (CCPR/C/29/D/155/1983), 3 de abril de 1987.

de seguridad nacional para privarlo de ese recurso”¹⁵⁰. El Comité puntualizó que tenía en cuenta en su decisión, en particular, su Observación general N° 15 de 1986. En esa observación había indicado que “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” y que las normas de procedimiento enunciadas en el artículo 13, que benefician a los extranjeros en situación regular que enfrentan una expulsión, “sólo pueden dejar de aplicarse por razones imperiosas de seguridad nacional”¹⁵¹.

93. En la misma Observación general, el Comité recordó que si el procedimiento de expulsión entraña detención, “tal vez sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de libertad”¹⁵². Estas garantías son las enunciadas en los artículos 9 y 10 de dicho Pacto. El artículo 10 se refiere a las condiciones de detención. Por su parte, el artículo 9 enuncia las garantías de carácter procesal a que tiene derecho toda persona privada de su libertad. En el párrafo 4 de ese artículo se establece que “toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”. Cualquiera sea el fin de la privación de libertad, un tribunal debe poder decidir sobre su legalidad. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos recordó en 2002 que ese procedimiento debía llevarse a cabo rápidamente¹⁵³. En el caso *Mansour Ahani*, el interesado fue detenido en virtud de una afirmación de que constituía una amenaza para la seguridad interna, y permaneció detenido hasta el momento de su expulsión. El Comité de Derechos Humanos observó que la detención había tenido lugar sin que el interesado hubiera sido condenado por una infracción penal o condenado a una pena de prisión¹⁵⁴. Consideró por lo tanto que el interesado, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9, debía poder hacer comprobar la legalidad de su detención por una autoridad judicial, “es decir, lograr que se compruebe que la medida de detención es fundada y que posteriormente se hagan controles con la frecuencia suficiente”¹⁵⁵.

e) La no discriminación en las garantías procesales

94. El principio de la no discriminación parece ser aplicable no solamente cuando se trata de decidir si corresponde expulsar a un extranjero¹⁵⁶, sino también en lo que respecta a las garantías procesales que es preciso respetar. El Comité de Derechos Humanos, al comentar el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 19.2.

¹⁵¹ *Ibid.* Véase también Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, párr. 10.

¹⁵² Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, párr. 9.

¹⁵³ Informe provisional del 2 de julio de 2002 del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el tema de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Theo van Boven, presentado a la Asamblea General en cumplimiento de su resolución 56/143, de 19 de diciembre de 2001 (A/57/173, párr. 16).

¹⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, observaciones del 29 de marzo de 2004, *Mansour Ahani* (observaciones del 29 de marzo de 2004, *Mansour Ahani c. Canadá*, comunicación N° 1051/2002 del 10 de enero de 2002 (CCPR/C/80/D/1051/2002), 14 de junio de 2004): HECKMAN (G.), en “International Decisions”, editado por D. Bodansky, *American Journal of International Law*, 2005, vol. 99, págs. 669 a 675, párr. 10.2)

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Véase Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros (A/CN.4/616 y A/CN.4/617).

Civiles y Políticos, subrayó que “[e]n la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros”¹⁵⁷.

95. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó inquietud por los casos de discriminación racial relacionados con la expulsión de extranjeros, incluso en el ámbito de las garantías procesales.¹⁵⁸ En su recomendación general N° 30, recomienda a los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otras cosas, “[v]elar por que [...] los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos”¹⁵⁹.

96. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos ha insistido en que se prohíba la discriminación entre los sexos en lo que respecta al derecho del extranjero a impugnar su expulsión: “Los Estados Partes deben velar por que se reconozca a las mujeres extranjeras en condiciones de igualdad, el derecho a presentar argumentos contra su expulsión y a lograr que su situación sea revisada en la forma prevista en el artículo 13. En este contexto, las mujeres extranjeras deberán tener derecho a aducir argumentos basados en infracciones del Pacto que afecten concretamente a la mujer, como las mencionadas en los párrafos 10 y 11 *supra*”¹⁶⁰.

f) El derecho a la protección consular

97. El extranjero sujeto a una medida de expulsión puede, conforme al derecho internacional, tener derecho a la protección consular¹⁶¹, según surge de los artículos 36 y 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁶². El inciso a) del párrafo 1 del artículo 36 garantiza la libertad de comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. Al estar

¹⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10.

¹⁵⁸ Véanse, en particular, las conclusiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 1 de marzo de 1994 (A/49/18), párr. 144: “Se expresa preocupación por el hecho de que la aplicación de estas leyes [las leyes sobre inmigración y asilo] podría tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada [en el territorio francés] por períodos excesivamente largos”.

¹⁵⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 30, párr. 25.

¹⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28: art. 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), 29 de marzo de 2000, párr. 17. Se entiende que las infracciones concretamente relacionadas con la mujer que se prevén en los párrafos 10 y 11 son especialmente el infanticidio de niñas, la quema de viudas, los asesinatos por causa de dote, la violencia en el hogar y otras formas de violencia contra la mujer, incluidas la violación, el aborto y la esterilización forzados y la mutilación genital.

¹⁶¹ Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1961: art. 5 a), d), e), g), h) e i) y arts. 36 y 37; véanse también los análisis de Louis B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.), (nota 36 *supra*), pág. 95; Robert Jennings y A. Watts (*ibíd.*), págs. 1140 y 1141, párr. 547, nota 1. *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2, págs. 1113, 1123 y 1124; caso *Faulkner* (1926), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 4, págs. 67 y 70, y nota 6 (Convención de Viena, art. 8).

¹⁶² Véanse por ejemplo las observaciones de Alexander T. Aleinikoff (nota 39 *supra*), pág. 9, invocando el artículo 36 de la Convención; Richard Plender, pág. 471 (citando el artículo 36 de la Convención; *Bigelow c. Princesse Zizianoff*, *Gazette du Palais*, 4 de marzo de 1928); P. Cahier y L. Lee, *International Conciliation*, 1969, pág. 63.

formulada en términos generales, esta garantía debería aplicarse también a los procedimientos de expulsión. El inciso b) del párrafo 1, que se refiere al caso de una persona arrestada de cualquier forma, detenida o puesta en prisión preventiva, establece la obligación del Estado receptor de informar a la oficina consular competente si el interesado lo pide e informar a este último acerca de los derechos que se le reconocen a ese respecto, mientras que el inciso c) del párrafo 1 consagra el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido.

98. La Corte Internacional de Justicia aplicó el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los casos *LaGrand y Avena*¹⁶³. Para la Corte, “...el inciso b) del párrafo del artículo 36 enuncia las obligaciones que tiene el Estado receptor respecto de una persona detenida en el Estado que envía”¹⁶⁴ y “la claridad de estas disposiciones, leídas en su contexto, no deja lugar a dudas”¹⁶⁵.

99. En lo que respecta al artículo 38 de la Convención referida, se permite a los funcionarios consulares comunicarse con las autoridades del Estado receptor.

100. Cabe recordar 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, cuyo artículo 10 consagra el derecho de todo extranjero a comunicarse en cualquier momento con la misión diplomática o consular de su Estado de origen¹⁶⁶: “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”.

101. Dado que este derecho se afirma en términos generales en la Declaración, parece que debería aplicarse también en caso de expulsión.

102. Algunas legislaciones nacionales también reconocen expresamente el derecho de un extranjero a solicitar protección consular en caso de expulsión¹⁶⁷. Más concretamente, el Estado puede autorizar al extranjero a que se comunique con los representantes diplomáticos o consulares de su Estado, o de cualquier Estado al que se haya confiado la representación del Estado del extranjero¹⁶⁸, cuando: 1) se notifique al extranjero que el Estado tiene intención de expulsarlo¹⁶⁹; 2) el extranjero esté confinado en una zona o lugar específico¹⁷⁰ o retenido de otro modo por el Estado¹⁷¹; 3) el extranjero esté detenido y sea sospechoso de haber

¹⁶³ Caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 2001, párrs. 64 a 91; caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), sentencia del 31 de marzo de 2004, párrs. 49 a 114.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 77.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Resolución 40/144 de la Asamblea General.

¹⁶⁷ Véase el Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (nota 38 *supra*), párr. 631.

¹⁶⁸ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 507 e) 2).

¹⁶⁹ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 507 e) 2); Francia, Código, arts. L. 512-1, L. 531-1 y L. 551-2; Portugal, decreto ley de 1998, art. 24 1).

¹⁷⁰ Portugal, decreto ley de 1998, art. 24 1).

¹⁷¹ Francia, Código, art. L. 551-2.

participado en actividades terroristas¹⁷²; o 4) se haya adoptado una decisión definitiva de expulsión y el extranjero vaya a ser deportado¹⁷³. El Estado puede permitir que el personal diplomático o consular se ocupe de la salida del extranjero del país o de la prórroga de su estancia, incluso en el caso de que el extranjero haya incumplido las condiciones de su estatuto transitorio¹⁷⁴.

g) El derecho a un asesor

103. No sólo el derecho convencional, sino también el derecho interno, la jurisprudencia y la doctrina, han consagrado hasta cierto punto el derecho del extranjero a hacerse representar por un asesor en un procedimiento de expulsión¹⁷⁵.

104. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello”, al extranjero que es objeto de una medida de expulsión “se [le] permitirá [...] someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin”. El Pacto sólo garantiza expresamente ese derecho en un procedimiento de recurso. Surge en efecto de lo dispuesto en su artículo 13 – inspirado en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados – que este derecho sólo está expresamente garantido en los procedimientos de apelación. La comparación del inciso d) del párrafo 3 del artículo 13 con el artículo 14 deja entrever también que una persona amenazada de expulsión no tiene derecho a recurrir a los servicios de un asesor jurídico o de un abogado. Sin embargo, el derecho de hacerse representar implica que puede designar un representante, el que puede ser un abogado cuyos honorarios correrán por cuenta del extranjero. En la medida en que la expulsión pone en juego los derechos fundamentales de los extranjeros interesados, que tienen especial necesidad de un asesor jurídico, el derecho de hacerse representar por un abogado libremente elegido es de primordial importancia. La práctica que el Comité de Derechos Humanos ha llegado a conocer muestra que la mayoría de las personas interesadas han estado de hecho representadas por un asesor durante el procedimiento de apelación¹⁷⁶. El artículo 7 de la Declaración anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General¹⁷⁷ reitera los términos ya citados del artículo 13 del Pacto.

105. A nivel europeo, el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que, en un procedimiento de expulsión, se permita a todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado a “hacerse representar [...] ante la autoridad competente”. De la misma manera, el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento dispone que los nacionales de las Partes contratantes “que hayan residido legalmente durante más de dos años en el territorio de una de las Partes contratantes sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de haber sido admitidos, a menos que razones imperiosas relacionadas con la seguridad del Estado, a exponer las razones que pueden invocar

¹⁷² Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 507 e) 2).

¹⁷³ Belarús, decisión del Consejo de 1999, art. 18.

¹⁷⁴ Chile, decreto de 1975, art. 85.

¹⁷⁵ Véase por ejemplo William Haney, "Deportation and the Right to Counsel", *Harvard International Law Journal*, vol. 11, 1970, pág. 190, citando la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *in re Gault*, 387 U.S. 1, 50, 68 (1967).

¹⁷⁶ Véase Manfred Nowak (nota 128 *supra*), pág. 231.

¹⁷⁷ Resolución 40/144 de la Asamblea General.

contra la expulsión, a presentar un recurso a tal efecto y *a hacerse representar* ante una autoridad competente o ante una o más personas especialmente designadas por la autoridad competente”.

106. Cabe mencionar asimismo el artículo 7 del Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux¹⁷⁸, que dice: “Los nacionales de una de las Partes contratantes autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte contratante sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión después de que el Ministerio de Justicia del país de residencia haya sido notificado por una autoridad competente de dicho país, ante la cual los interesados puedan hacer valer sus medios de defensa y *hacerse representar o asistir por un abogado de su elección* [...]”. [la cursiva es nuestra].

107. Al examinar el caso *Josu Arkauz Arana c. France*, el Comité contra la Tortura consideró que era importante darle a la persona cuya expulsión se había ordenado la posibilidad de ponerse en contacto con su familia o con su abogado para evitar eventuales abusos susceptibles de constituir una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Según el Comité, “[la] expulsión se llevó a cabo con arreglo a un procedimiento administrativo, [...] sin la intervención de una autoridad judicial y sin que el autor haya tenido la posibilidad de comunicarse con su familia o su abogado. Estas circunstancias [...] colocaron al autor en una situación particularmente vulnerable ante eventuales abusos” y podían por ende constituir una violación del artículo 3¹⁷⁹.

108. Las legislaciones de muchos Estados garantizan también el derecho a un asesor en caso de expulsión. El Estado puede autorizar al extranjero a hacerse asistir por un representante¹⁸⁰, incluido un asesor jurídico¹⁸¹ u otra persona que no sea un asesor jurídico¹⁸² durante el procedimiento de expulsión, incluso mientras permanece detenido. Puede autorizar expresamente al extranjero a elegir libremente a su asesor¹⁸³. El Estado puede asignar un representante a los menores o a otras

¹⁷⁸ Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado constitutivo de la Unión Económica Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 480, pág. 424.

¹⁷⁹ Comité contra la Tortura, *Josu Arkauz Arana c. Francia*, comunicación N° 63/1997, 9 de noviembre de 1999, párr. 11.5 (A/55/44, pág. 104).

¹⁸⁰ Japón, ordenanza de 1951, art. 10 3); Panamá, decreto ley de 1960, art. 85.

¹⁸¹ Argentina, ley de 2004, art. 86; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 3); Canadá, ley de 2001, art. 167 1); España, ley de 2000, art. 26 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 a) 2), 239 a) 1) E) y b), 504 c) 1) y 507 e) 1); Francia, Código, arts. L. 221-4, L. 221-5, L. 222-3, L. 512-1, L. 512-2, L. 522-2, L. 551-2 y L. 555-3; Italia, decreto ley N° 286 de 1998, arts. 13 5) y 8) y 14 4), ley N° 40 de 1998, art. 11 10) y 15 1); Madagascar, decreto de 1994, art. 36, ley de 1962, art. 15; Noruega, ley de 1988, art. 42; Portugal, decreto ley de 1998, art. 24 2); República de Corea, ley de 1992, art. 54; Suecia, ley de 1989, arts. 6.26, 11.1b y 11.8. Este derecho puede haberse reconocido expresamente a los menores (Francia, Código, art. L. 222-3) o al extranjero que pudiera estar implicado en el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 504 c) 1) y 507 e) 1)].

¹⁸² Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, art. 76 3); Francia, Código, art. L. 522-2.

¹⁸³ Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 b) 4) B), 239 a) 1), 240 b) 4) y 292; Francia, Código, art. L. 213-2; Madagascar, decreto de 1994, art. 36; Portugal, decreto ley de 1998, art. 24 2).

personas incapaces de comprender la naturaleza del procedimiento¹⁸⁴. Puede dictaminar la inviolabilidad de la correspondencia dirigida al extranjero por sus abogados o asesores públicos o por los órganos internacionales competentes¹⁸⁵.

109. Algunas jurisdicciones internas, interpretando la legislación nacional, también han defendido el derecho del extranjero a ser representado por un asesor¹⁸⁶.

h) Asistencia jurídica

110. En lo que respecta al derecho del expulsado a recibir asistencia jurídica, nos remitiremos a la legislación pertinente de la Unión Europea, en particular a 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:

“ 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”¹⁸⁷.

111. Cabe recordar además la preocupación que generó en el Comité de los Derechos del Niño la información que revelaba “malos tratos infligidos a los niños por la policía durante los procedimientos de expulsión forzada hacia el país de origen, en que las víctimas eran a veces expulsadas sin haber tenido acceso a asistencia judicial...”¹⁸⁸.

112. Las legislaciones de varios Estados prevén asimismo el derecho a la asistencia jurídica en ocasión de un procedimiento de expulsión. Así, el Estado puede garantizar al extranjero un asesor o asistencia letrada por cuenta de los contribuyentes¹⁸⁹. Puede también renunciar a recuperar los gastos si el extranjero es indigente¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Canadá, ley de 2001, art. 167 1); Francia, Código, arts. L. 221-5 y L. 222-3; Suecia, ley de 1989, arts. 11-1b y 11.8.

¹⁸⁵ Suecia, ley de 1989, art. 6.26.

¹⁸⁶ Véase *Oudjit c. Estado belga (Ministre de la justice)*, *op. cit.*, pág. 355; *Re Inmigración Act, Re Kokorinis*, Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, 3 de mayo de 1967, *International Law Review*, vol. 43 (E. Lauterpacht (dir. publ.), págs. 225 a 229); *Re Vinarao*, Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, 17 de enero de 1968, *International Law Review*, vol. 44 (*ibid.*, pág. 166).

¹⁸⁷ Véase Unión Europea, Directiva del Consejo 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial* L. 16, págs. 44 a 53.

¹⁸⁸ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, *op. cit.*, párr. 45 a).

¹⁸⁹ Argentina, ley de 2004, art. 86; España, ley de 2000, art. 26 2); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 1); Francia, Código, arts. L. 221-5, L. 222-3, L. 522-2 y L. 555-3; Italia, decreto ley N° 286 (1998), art. 13 8), ley N° 40 (1998), art. 11 10); Noruega, ley de 1988, art. 42; Suecia, ley de 1989, arts. 6.26, 11.1b y 11.8 a 10. Este derecho puede otorgarse especialmente al extranjero que pudiera estar implicado en el terrorismo [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 504 c) 1)]. El Estado puede, en los casos de expulsión corrientes, proporcionar al extranjero una lista de asesores letrados que aceptan trabajar en forma honoraria, sin reconocerle por ello el derecho a hacerse representar gratuitamente [Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 239 b) 2) y 3)]. En cambio, el Estado

113. Si bien el derecho a la asistencia jurídica no tiene un fundamento explícito en el derecho convencional, el Relator Especial piensa que podría establecerse en el marco del desarrollo progresivo, inspirándose en el derecho comunitario europeo y con el fin de consagrar una tendencia importante en la práctica de los Estados, como se desprende del análisis de las legislaciones nacionales.

i) Traducción e interpretación

114. En lo que se refiere al derecho a la traducción y la interpretación durante el procedimiento de expulsión, cabe señalar las preocupaciones expresadas por el Comité de los Derechos del Niño con respecto “a los malos tratos infligidos a los niños por la policía durante los procedimientos de expulsión forzada hacia el país de origen, en que las víctimas son a veces expulsadas sin haber tenido acceso a [...] servicios de interpretación”¹⁹¹.

115. Las legislaciones de varios Estados otorgan al extranjero expulsado el derecho a que se les preste servicios de traducción o interpretación. En Italia, por ejemplo, cuando el extranjero no comprende el italiano, la decisión debe ir acompañada de una “síntesis” redactada en un idioma que éste comprenda, o en su defecto, en inglés, francés o español. La jurisprudencia considera que esta traducción es parte integral de los derechos de la defensa. Estima que, cuando la decisión de expulsión no está traducida al idioma del interesado, se debe indicar claramente el motivo por el cual se omitió la traducción; de lo contrario, la decisión de expulsión no surte efectos. La jurisprudencia considera que la traducción al inglés, francés o español sólo es admisible cuando la administración desconoce el país de origen del extranjero y, por ende, su lengua. Al mismo tiempo que se le comunica la decisión de expulsión, el extranjero es informado de sus derechos: asistencia de un abogado, eventualmente proporcionada por la asistencia jurídica, en todos los procedimientos judiciales vinculados a la expulsión, y la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de expulsión.

116. En general, según el caso, las autoridades: 1) proporcionan la asistencia de un traductor o de un intérprete¹⁹²; 2) dan al extranjero el derecho a recibir todas las comunicaciones en un idioma que comprenda¹⁹³; 3) utilizan durante todo el procedimiento un idioma que el extranjero comprenda¹⁹⁴; 4) utilizan el idioma del

puede prever la obligación del extranjero de hacerse cargo de los gastos; véase Canadá, ley de 2001, art. 167 1); Estados Unidos, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, arts. 238 b) 4) B), 240 b) 4) A) y 5) A) y 292.

¹⁹⁰ Argentina, ley de 2004, arts. 87 y 88; Noruega, ley de 1988, art. 42.

¹⁹¹ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, *op. cit.*, párr. 45 a).

¹⁹² Argentina, ley de 2004, art. 86; Australia, ley de 1958, arts. 258 B y 261 A a C; Bosnia-Herzegovina, ley de 2003, arts. 8 3) y 76 3); España, ley de 2000, art. 26 2); Francia, Código, arts. L. 111-8, L. 221-4, L. 221-7, L. 222-3, L. 223-3, L. 512-2 y L522-2; Italia, decreto ley N° 286 (1998), art. 13 7); Portugal, decreto ley de 1998, art. 24 1); República de Corea, ley de 1992, arts. 48 6) y 7, y 58. Este derecho se otorga a veces expresamente a los menores (Francia, Código, art. L. 222-3), o en el marco de una prueba de identificación u otra medida indagatoria (Australia, ley de 1958, arts. 258 B y 261 A a C; República de Corea, ley de 1992, arts. 48 6) y 7) y 58).

¹⁹³ Australia, ley de 1958, arts. 258 B y 261 A a C; Belarús, decisión del Consejo, 1999, art. 17; Estados Unidos de América, ley sobre la inmigración y la nacionalidad, art. 240 b) 7); Francia, Código, arts. L. 213-2 y L. 221-4; Italia, decreto ley N° 286 (1998), arts. 2 6), 4 2) y 13 7), ley N° 40 (1998), arts. 2 5) y 11 7), decreto ley de 1996, art. 7 3).

¹⁹⁴ Francia, Código, art. L. 111-7. En algunos Estados, el extranjero debe indicar qué idioma(s) comprende (Francia, Código, art. L.111-7), o qué idioma prefiere entre los que se le proponen [Italia, decreto ley N° 286 de 1998, art. 2 6), ley N° 40 de 1998, art. 2 5)]. Algunos Estados eligen

lugar o la sede de la autoridad competente¹⁹⁵; 5) pagan al interesado los gastos y honorarios de un intérprete particular¹⁹⁶; o 6) asignan al intérprete la responsabilidad de la forma de las actas resumidas escritas de los debates¹⁹⁷.

117. En su sentencia N° 257 (2004), la Corte constitucional italiana entendió que un decreto de expulsión publicado en inglés, francés o español era constitucional aunque el texto no hubiera podido ser notificado al extranjero en su idioma o en otro idioma que éste comprendiera. La Corte consideró que este procedimiento respondía a criterios funcionales razonables y garantizaban razonablemente que el interesado pudiera comprender el contenido de la decisión¹⁹⁸.

2. Las garantías procesales en el marco del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea

118. El régimen procesal de la expulsión de extranjeros en el ordenamiento comunitario fue establecido inicialmente por la Directiva 64/221/CEE del 25 de febrero de 1964¹⁹⁹. Esta preveía garantías procesales de dos tipos: el Estado miembro de acogida tenía la obligación, por una parte, de notificar la decisión de expulsión a la persona interesada y, por la otra, de otorgarle un derecho de recurso. Esta directiva fue derogada por la Directiva 2004/38/CE del 29 de abril de 2004²⁰⁰, que sin embargo reitera esta doble garantía, reforzándola en un sentido más protector.

a) Notificación de la decisión de expulsión

119. Las decisiones de expulsión deben notificarse siempre a las personas interesadas. Deben notificarse “por escrito” a las personas en cuestión, “en condiciones que [les] permitan [comprender] su contenido y efectos”²⁰¹. Con respecto al idioma que se debe utilizar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha puntualizado que la notificación debe hacerse de manera tal que la persona en cuestión comprenda no solamente el contenido sino también los

uno o más idiomas por defecto, cuando el interesado no indica su preferencia (Francia, Código, art. L.111-7), o cuando no pueden comunicarse con él en el idioma de su elección [Italia, decreto ley N° 286 de 1998, arts. 2 6), 4 2) y 13 7), ley N° 40 de 1998, arts. 2 5) y 11 7), decreto ley de 1996, art. 7 3]).

¹⁹⁵ Suiza, reglamento de 1949, art. 20 3).

¹⁹⁶ Suecia, ley de 1989, secc. 11.5.

¹⁹⁷ República de Corea, ley de 1992, arts. 59 2) y 60 1) y 2).

¹⁹⁸ Véase Sentenza N° 257, Corte Costituzionale, Italia, 18 de julio de 2004.

¹⁹⁹ Directiva N° 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, *Diario Oficial* N° 56 del 4 de abril de 1964, pág. 850.

²⁰⁰ Directiva N° 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea* N° L 158 del 30 de abril de 2004, pág. 77; corregida por el *Diario Oficial* N° L 229 del 29 de junio de 2004, pág. 35; corrección de la corrección del *Diario Oficial* N° L 197 del 28 de julio de 2005, pág. 34. La Directiva 64/221/CEE quedó derogada en la fecha de vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor del nuevo texto, es decir, el 30 de abril de 2006.

²⁰¹ Véase el artículo 30 de la Directiva N° 2004/38/CE del Parlamento Europeo, del 29 de abril de 2004.

efectos²⁰². El artículo 6 de la Directiva de 1964 imponía, a menos que lo impidieran razones de seguridad del Estado, la comunicación de los motivos de orden público, seguridad pública o salud pública en que se fundaba dicha decisión. El Tribunal decidió que esta comunicación debía ser “suficientemente detallada y precisa”²⁰³, a fin de permitir al interesado defenderse de manera útil²⁰⁴. El inciso 2 del artículo 7 establece que la notificación debe indicar “el plazo concedido para abandonar el territorio”. Se ha aclarado que “ese plazo no podrá ser inferior a quince días cuando el interesado no haya recibido aún un permiso de residencia, ni inferior a un mes en todos los demás casos”. La Directiva de 2004 establece que estas personas deben ser informadas, por notificación, de la jurisdicción o de la autoridad administrativa ante la cual tienen derecho a recurrir, así como el plazo para interponer recurso. Al mismo tiempo, la notificación debe indicar el plazo que se les otorga para salir del territorio del Estado miembro de acogida, el cual deberá ser, salvo en caso de urgencia, de por lo menos un mes a partir de la fecha de la notificación. Sobre este punto, el legislador comunitario no distingue entre las personas según que sean titulares de un permiso de estancia o no, y exige que la urgencia sea debidamente justificada.

120. En lo que respecta a la Unión Europea, cabe mencionar el artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la notificación de una medida de expulsión adoptada contra un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia. Este artículo, titulado “Notificación de las decisiones”, establece en su párrafo 1 que toda decisión de limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, adoptada en virtud del apartado 1 del artículo 27, “deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones”. En el párrafo 3 se establece que “[e]n la notificación se indicara la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro. Excepto en casos urgentes debidamente justificados, dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación”.

b) El derecho a un recurso eficaz

121. El artículo 8 de la Directiva de 1964 dice que “en relación con toda decisión sobre la admisión de entrada, la denegación de la concesión o la renovación del permiso de estancia o sobre la expulsión del territorio, la persona interesada podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado en cuestión contra los actos administrativos”. A partir de la sentencia del 5 de marzo de 1980 dictada en el caso *Pecastaing*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha recordado constantemente que esto significa que las decisiones previstas en la Directiva se consideran “actos administrativos”, y que toda persona

²⁰² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 18 de mayo de 1982, *R. Adoui c. Estado belga y ciudad de Liège y D. Cornuaille c. Estado belga*, causas conjuntas, C-115 y 116/81, punto 13, *Recueil*, pág. 1668; Conclusiones del Fiscal General F. Capotorti, presentadas el 16 de febrero de 1982, *Recueil*, pág. 1714.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 28 de octubre de 1975, *Roland Rutili c. Ministro del Interior de la República Francesa*, caso C-36/75, punto 39, *Recueil*, pág. 1221; Conclusiones del Fiscal General H. Mayras, presentadas el 14 de octubre de 1975, *Recueil*, pág. 1237.

que es objeto de una de estas decisiones debe tener acceso a los mismos recursos de que disponen los nacionales contra los actos de la administración²⁰⁵. En tal sentido, un Estado miembro no puede otorgar a esas personas “recursos que obedezcan a procedimientos particulares que ofrezcan menos garantías que las que se ofrecen” a los nacionales²⁰⁶. En consecuencia, un recurso debe estar a disposición de toda persona “mencionada en la Directiva, contra toda decisión susceptible de dar lugar a expulsión”, incluso antes de su ejecución²⁰⁷. En lo que respecta a la jurisdicción ante la cual debe interponerse el recurso, el Tribunal aclaró que: “si en un Estado miembro se puede interponer recursos contra los actos administrativos ante la jurisdicción ordinaria, las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva N° 64/221 deben ser tratadas de la misma manera que los nacionales en lo que se refiere a las posibilidades de interponer recurso ante esas jurisdicciones contra los actos de la administración”²⁰⁸. Además, si en un Estado miembro esas jurisdicciones son competentes para ordenar la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa, como lo es una decisión de expulsión, mientras que las jurisdicciones administrativas no tienen esa potestad, dicho Estado debe permitir a las personas previstas en la Directiva presentar una petición de suspensión ante las primeras “en las mismas condiciones que los nacionales”²⁰⁹.

122. Con respecto al efecto suspensivo de estos recursos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicó claramente en el caso *Royer* en 1976, en el que se pronunció sobre una expulsión prejudicial, que “la decisión de expulsión no puede ejecutarse antes de que el interesado esté en condiciones de interponer ese recurso”²¹⁰. Los Estados miembros están obligados, incluso antes de que se ejecute la decisión de expulsión, no solamente a prever para toda persona comprendida en la Directiva la posibilidad de impugnar esa decisión en el ámbito judicial, sino también a permitir que esas personas presenten un recurso eficaz ante el tribunal competente. No basta simplemente con que sea posible interponer un recurso jurídico, sino que es preciso además que los interesados tengan realmente los medios de recurrir a la justicia. Sin embargo, los Estados miembros no tienen la obligación de mantener en su territorio, durante todo el proceso, al nacional de la comunidad que ha sido objeto de una medida de expulsión. El Tribunal de Justicia considera a este respecto que los Estados Miembros deben hacer lo necesario para que “a toda persona alcanzada por una medida restrictiva de esta índole [se le garantice] el goce efectivo de la salvaguardia que constituye, para ella, el ejercicio de este derecho a recurrir”, y que “esta garantía sería (...) ilusoria si los Estados

²⁰⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 5 de marzo de 1980, *Josette Pecastaing c. Bélgica*, caso C-98/79, punto 10, *Recueil*, pág. 691; Conclusiones del Fiscal General M. G. Reischl, presentadas el 31 de enero de 1980, *Recueil*, pág. 680. Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 18 de octubre de 1990, *Massam Dzodzi c. Estado belga*, causas conjuntas C- 297/88 y 197/89, punto 58, *Recueil I*, pág. 3783; Conclusiones del Fiscal General M. M. Darmon, presentadas el 3 de julio de 1990, *Recueil I*, pág. 3763.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*.

²⁰⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 5 de marzo de 1980, *Pecastaing* (nota 205 *supra*), punto 11.

²⁰⁹ *Ibid.* En igual sentido, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 18 de octubre de 1990, *Dzodzi* (nota 205 *supra*), punto 59.

²¹⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de abril de 1976, *Jean-Noël Royer*, caso C- 48/75, punto 60, *Recueil*, pág. 497; Conclusiones del Fiscal General H. Mayras, presentadas el 10 de marzo de 1976, *Recueil*, pág. 521.

miembros pudieran, mediante la ejecución inmediata de una decisión de expulsión, privar al interesado de la posibilidad de aprovechar de manera útil los medios de recurso cuyo goce se le garantiza (...)”²¹¹. El Tribunal concluyó, sin ambigüedades, que “una decisión de expulsión no puede ser ejecutada, salvo en caso de urgencia debidamente justificada, (...) antes de que el interesado haya podido agotar los recursos cuyo ejercicio le garantizan los artículos 8 y 9 de la Directiva (...)”²¹².

123. Por otra parte, la Directiva N° 64/221 establece, en el párrafo 1 del artículo 9, que “cuando no exista la posibilidad de recurso judicial o cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión, o cuando el recurso no tenga efectos suspensivos, la decisión de (...) expulsar del territorio al titular de un permiso de estancia sólo podrá ser adoptada por la autoridad administrativa, salvo en caso de urgencia, previo dictamen de una autoridad competente del país de acogida ante la cual el interesado deberá poder hacer valer sus medios de defensa y hacerse asistir o representar en las condiciones de procedimiento previstas por la legislación nacional (...)”. El texto aclara que la “autoridad competente” debe ser distinta de la facultada para tomar la decisión de expulsión. Son disposiciones que deben adoptarse para otorgarle las debidas garantías procesales a todo nacional de la comunidad que esté en vías de expulsión.

124. Cuando un nacional de la comunidad se encuentra en situación irregular en un Estado miembro, se formulan otras exigencias. Este problema se planteó ante el Tribunal de Justicia en un caso relacionado con un nacional irlandés expulsado del Reino Unido, que al parecer tenía vínculos con actividades terroristas relacionadas con los asuntos de Irlanda del Norte. Según una jurisprudencia constante del Tribunal, la libertad de circulación de las personas debe interpretarse de manera favorable a los nacionales de la comunidad. Por lo tanto, el juez comunitario hizo una interpretación amplia del párrafo 1 del artículo 9 de la Directiva 64/221 y decidió que éste se refería en realidad a los nacionales “*de un Estado miembro que ya reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro*”²¹³, a saber, no solamente los titulares de un permiso de estancia, sino también los ciudadanos que, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, no están obligados a tener ese permiso. Dicho de otro modo, el párrafo 1 del artículo 9 se aplica a las decisiones de expulsión de nacionales de los Estados miembros que residen legalmente en un Estado miembro de acogida, aunque no tengan la obligación de poseer un permiso de estancia. El Tribunal explicó en su sentencia sobre el caso *Pecastaing* que, o bien la intervención de una “autoridad competente” deba subsanar la imposibilidad de la persona interesada de apelar ante una jurisdicción, o bien esa intervención debe permitir el examen exhaustivo de la situación planteada, “incluida la oportunidad de la medida prevista, antes de que la decisión sea definitivamente adoptada”, o bien tal intervención debe permitir al interesado solicitar, y eventualmente obtener, la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión

²¹¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de abril de 1976, *Royer* (nota 210 *supra*), puntos 55 y 56.

²¹² *Ibid.*, punto 62.

²¹³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 30 de noviembre de 1995, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, caso C-175/94, punto 14, *Recueil I*, pág. 4268; Conclusiones del Fiscal General M. M. B. Elmer presentadas el 12 de octubre de 1995, *Recueil I*, pág. 4255. Sobre esta sentencia, véase el comentario de LUBY (M.), en “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la CJCE”, *Journal du droit international*, abril-mayo-junio de 1997, N° 2, págs. 479 a 637, especialmente las págs. 536 a 538.

prevista, cuando no le sea posible obtenerla de una autoridad judicial²¹⁴. A diferencia del párrafo 1, que se refiere a los titulares de un permiso de estancia contra los cuales una autoridad administrativa no puede adoptar una decisión de expulsión ni denegar la renovación del permiso sin previo dictamen de otra autoridad, el párrafo 2 prevé el caso de personas que ya han sido objeto de una decisión administrativa restrictiva. Los migrantes que posean un permiso de estancia están por ende mejor protegidos que los que no lo tienen.

125. La “autoridad competente” prevista en el artículo 9 de la Directiva 64/221 no tiene que ser necesariamente un órgano jurisdiccional, ni siquiera estar compuesta de magistrados²¹⁵. Sus miembros no deben estar obligatoriamente designados “por un período determinado”²¹⁶. El juez comunitario exige que la autoridad sea “independiente”. Según él, los Estados miembros son libres para designarla²¹⁷. Puede tratarse de una “autoridad pública independiente de la autoridad administrativa competente para adoptar [una medida de expulsión], organizada de manera tal que el interesado tenga derecho a hacerse representar y a hacer valer sus medios de defensa ante ellas”²¹⁸. Lo importante es, pues, que el interesado pueda defenderse conforme a las normas establecidas en la Directiva, y que la autoridad actúe con total independencia y no pueda ser controlada por la autoridad con competencia para adoptar la medida.

126. Surge del análisis que antecede que, además del derecho a estar presente, que no está establecido en el derecho internacional y que da lugar a que haya legislaciones nacionales tan diferentes e incluso opuestas, los demás derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión que acaban de examinarse tienen, como se demostró, fundamentos jurídicos suficientes en el derecho internacional, así como en las legislaciones y la jurisprudencia de numerosos Estados, y cuentan en general con el apoyo de la mayoría de los autores especializados en el derecho de los extranjeros, mientras que el derecho a la asistencia jurídica, como ya vimos, se apoya en algunos elementos que pueden permitir establecerlo en el marco del desarrollo progresivo. Cabe proponer asimismo el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo C1. Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión.

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

- a) El derecho a ser notificado de la decisión de expulsión.
- b) El derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión].
- c) El derecho a ser oído.

²¹⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*, *supra*, punto 15.

²¹⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 18 de mayo de 1982, *Adoui et Cornuaille* (nota 202 *supra*), punto 16. Véase especialmente también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 18 de octubre de 1990, *Dzodzi* (nota 205 *supra*), punto 65.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 22 de mayo de 1980, *Regina et Secrétaire d'État aux affaires intérieures*, caso 131/79, punto 19, *Recueil*, pág. 631; Conclusiones del Fiscal General J.-P. Warner, presentadas el 27 de febrero de 1980, *Recueil*, pág. 1585.

²¹⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos*, *op. cit.*, punto 114.

- d) El derecho a acceder sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión.
- e) El derecho a la protección consular.
- f) El derecho a un asesor.
- g) El derecho a asistencia jurídica.
- h) El derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda.

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