

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS



Informe Temático

2016



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Informe Temático 2016 Migración y derechos humanos en Chile

Diseño y diagramación: Maudie Thompson
Fotografía de portada: Nicolás Slachevsky
Edición: Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho – Universidad de Chile
Pío Nono 1, Providencia
Santiago de Chile
Teléfono (56) 229785297
www.cdh.uchile.cl

ISSN: 0719-8299
Diciembre 2016

Equipo de trabajo del Informe Temático 2016

Directoras de investigación

Liliana Galdámez Zelada
Rita Lages de Oliveira

Coordinadora

Valentina López Garrido

Equipo de ayudantes

Bárbara Alicia González Guerrero
Claudio Javier Fredes Morales
Natalia Paz Morales Cerda
Natalia Victoria Morales Márquez
Tomás Alejandro Cortés Arcena



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional

Capítulo IV.

La protección jurídica de las personas migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos¹

1. Consideraciones generales

En los primeros quince años del siglo XX ha existido, en términos absolutos, un importante aumento de la migración internacional², globalizada desde la perspectiva de los países de destino pero no necesariamente desde la óptica de los países de origen³.

En el análisis jurídico de las migraciones internacionales, bajo un enfoque de derechos humanos, la cuestión central es la protección (respeto y garantía) de los derechos que los Estados deben brindar a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción, en el marco de un *International Bill of Human Rights*⁴ que “guarda silencio sobre la obligación de los estados de permitir el ingreso de inmigrantes, sostener el derecho de asilo y permitir la ciudadanía a residentes y ciudadanos extranjeros” y “sostiene la soberanía de los estados individuales”⁵.

Consecuencia de lo anterior es, por ejemplo, que, para el derecho internacional, la regulación y gestión de la migración sigue siendo una competencia estatal, razón por la que los Estados pueden definir el diseño e implementación de sus políticas migratorias en base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos. La Observación General n° 15 del Comité de Derechos Humanos sobre “La situación de los extranjeros bajo el Pacto”⁶ es clara al respecto al considerar que (i) no hay la obligación para el Estado de consagrar un estatuto jurídico igual para personas nacionales y extranjeras, por cuanto se pueden reservar ciertos derechos consagrados en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) a quienes poseen la nacionalidad (apartados 2 y 3)⁷; (ii) no existe el derecho de la persona extranjera a entrar y permanecer en el territorio de un Estado que no sea él de su nacionalidad (apartado 5), por lo que es legítimo a un Estado condicionar su entrada al cumplimiento de ciertos requisitos (apartado 6); y, por último, que (iii) el Estado tiene la prerrogativa de expulsar de su territorio, bajo ciertas condiciones,

1 Capítulo redactado por Rita Lages. La autora agradece a Valentina López Garrido, por su inestimable ayuda en la recopilación de las fuentes normativas y jurisprudencia interamericana.

2 Según cifras de las Naciones Unidas, entre 2000 y 2015, hubo un aumento de 41% de migrantes internacionales, es decir, 71 millón de personas más que viven en un país distinto al de su nacionalidad. United Nations, Department of Economic and Social Affairs. «Trends in international migration 2015» *Popfacts*, no. 2015/4, 2015, 1.

3 Esto se debe, por un lado, a la *dispersión de la emigración* (i.e., de los lugares de origen de los migrantes) y, por otro, a la *concentración de la inmigración* (i.e., de los lugares de destino de los migrantes), ambos fenómenos favorecidos por un proceso de globalización altamente desigual. Fundamental al respecto, Mathias Czaika/Hein de Haas, «The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory», *International Migration Review* 48, n° 2 (2015): 283-323.

4 Compuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y los dos pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP) y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), ambos de 1966.

5 Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* (Barcelona: Gedisa, 2004), 19.

6 Naciones Unidas, *Observación General n° 15 «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos»*, aprobada por el Comité de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 11 de abril de 1986.

7 Dando cuenta de ello, CorteIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A no.18, párr. 119; caso *Vélez Loor vs Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre. Serie C no. 218, párr. 248.

la persona extranjera en situación irregular o con residencia legal siempre y cuando ameriten “razones imperiosas de seguridad nacional” (apartados 9 y 10).

Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo cuestiones sometidas al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es absoluta, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional, en especial, las que se refieren a los derechos humanos⁸. En otras palabras, conciliar las exigencias demandadas por el reconocimiento de la libre circulación como “condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana”⁹ con las prerrogativas soberanas es el *punctum crucis* de la actual problemática jurídica en torno a la migración internacional.

El objetivo del presente capítulo es averiguar la existencia en el derecho internacional de un *corpus juris* aplicable a las personas migrantes para con ello identificar un estándar internacional de protección jurídica de los derechos humanos de este grupo vinculante para Chile, mediante el análisis de los principales tratados internacionales de derechos humanos, instrumentos no convencionales referidos específicamente a la materia, resoluciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, con un especial enfoque en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), etc.

Para un adecuado desarrollo del objetivo mencionado, este capítulo se divide en dos acápite: el primero analiza el principio de igualdad y no discriminación como principio rector del estatuto jurídico del extranjero¹⁰ y el segundo trata de identificar el contenido de un estándar internacional en materia migratoria, considerando los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

8 En este sentido, el TEDH ha sostenido reiteradamente que el derecho de los Estados de gestionar los flujos migratorios, en especial la inmigración irregular, no puede justificar prácticas estatales que vulneren los derechos y libertades consagrados en el CEDH (véanse, por ejemplo, las sentencias de 22 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia* (n° 27765/09), ap.79; y de 3 de julio de 2014, *Georgia contra Rusia (I)* (n° 13255/07), ap. 177). Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que la prerrogativa estatal de iniciar acciones legales, y consecuente adopción de medidas, en contra de extranjeros que incumplan con alguna norma o regla del ordenamiento jurídico interno no es un impedimento para que los Estados cumplan con su propia obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos previstos en la CADH (artículo 1° CADH), en general, y el “*corpus juris* internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes”, en particular (véase, CortelIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 117-119 y, también, jurisprudencia posterior, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 100; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C no. 251, párr. 154; caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia* (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C no. 272, párr. 129).

9 Naciones Unidas, *Observación General N° 27 «Libertad de circulación» (artículo 12)*, 2 de noviembre de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, aprobada por el Comité de derechos humanos en la 1783ª sesión (67° período de sesiones), celebrada el 18 de octubre de 1999, párr. 1.

10 Importa, aunque de forma sucinta, hacer la siguiente aclaración conceptual: si bien no existe una definición internacional única de migrante, dicho concepto no es necesariamente sinónimo de extranjero. Mientras el segundo incluye al primero (es extranjero aquél que no posee la nacionalidad de un determinado Estado, luego todo inmigrante es extranjero), ni todo extranjero es migrante, ya que se considera migrante aquella persona que, por voluntad o propia o sin factores externos a su voluntad, decide residir por un período no inferior a tres meses en un tercer país. Esta definición de la OIM excluye, por un lado, las migraciones forzadas (refugiados y solicitantes de asilo) y, por otro, a los desplazamientos por motivos turísticos, de salud, negocios o visitas a familiares y amigos. Véase, OIM, *Glosario sobre migración* (Derecho internacional sobre migración n° 7, Ginebra: OIM, 2006), pp. 26 y 41-42. No obstante la sutileza de la distinción entre migrante y refugiado, que justifica, del punto del derecho, un (discutible) tratamiento jurídico diferenciado, se reconoce que la frontera conceptual entre uno y otro es borrosa, por cuanto “los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales. Afrontan también muchos problemas comunes y tienen vulnerabilidades similares, incluso en el contexto de los grandes desplazamientos”. Naciones Unidas, *Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes*, 70° período de sesiones, 19 de septiembre de 2016, párr. 6. Texto en castellano de la declaración disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>> (consulta: 10.11.2016).

2. El principio de igualdad y no discriminación en materia migratoria

El principio de igualdad y no discriminación cuenta con un amplio reconocimiento en el sistema universal y regional de protección de derecho humanos¹¹ y ha sido incorporado en varios textos internacionales, en especial en aquellos relacionados con personas y grupos vulnerables¹² —entre ellos, las personas migrantes¹³—, considerados por la jurisprudencia internacional de derechos humanos sujetos de una protección especial —en virtud de las circunstancias *de jure* y *de facto* que originan y perpetúan su vulnerabilidad¹⁴— que demanda de los estados un deber especial de cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos¹⁵.

Por otro lado, la igualdad y no discriminación constituye un principio jurídico rector en materia de protección de los derechos humanos¹⁶, es decir, un principio que «impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos»¹⁷.

11 Así, se lo puede encontrar en los artículos 2 y 7 DUDH; artículo 2.1 PIDCP; artículos 2.2, 3 y 26 PIDESC; artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945; y, asimismo, en el artículo 2 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; artículos 1 y 24 CADH; artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2001 (“Protocolo de San Salvador”); artículo 14 CEDH; artículo Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 2000; artículo E de la Carta Social Europea de 1961 o Carta de Turín (revisada en 1996); artículos 2 y 19 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículo 3 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

12 Véanse, entre otros: artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; artículo 2.d de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998; artículo 6 del Convenio n° 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado en 1949); artículos 8 y 10 del Convenio n° 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes de 1975 (disposiciones complementarias); artículos 1 y 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; artículos 2, 3, 5 a 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; artículos 2 y 4 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981; artículos 1 a 3 del Convenio n° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958; artículo 1.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999; artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

13 Resolución 54/166 “Protección de los migrantes” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 54° período de sesiones, 24 de febrero de 2000 (A/RES/54/166), párr. 5 del preámbulo; Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, “Grupos específicos e individuos: trabajadores migrantes, Comisión de Derechos Humanos, 57° período de sesiones, 9 de enero de 2001 (E/CN.4/2001/83), párr. 55.

14 Corte IDH, OC-18/03, párr. 112; TEDH, sentencia de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros contra Croacia* (n° 15766/03), párr. 147.

15 Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C no. 140, párr. 111; caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149, párr. 103; TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia*, párrs. 147-148. Para un mayor desarrollo del concepto de grupo vulnerable en los sistemas americano y europeo de derechos humanos, véanse Rosmerlin Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología», en *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*, coord. Laurence Burgorgue-Larsen et al. (Barcelona: EDO-Serveis, 2014), 193 ss.; Lourdes Peroni/Alexandra Timmer, «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 n° 4 (2013): 1056 ss.

16 Naciones Unidas, *Observación general n° 18 «No discriminación»*, aprobada por el Comité de derechos humanos, 37° período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, párr. 1.

17 Corte IDH, OC-18/03, párr. 100.

No obstante la ausencia de una “definición única y universal” en el derecho internacional de del concepto de no discriminación¹⁸, el Comité de Derechos Humanos —tomando por referencia las convenciones internacionales sobre la eliminación de la discriminación¹⁹—, la define, ampliamente, como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las persona»²⁰.

A su vez, la jurisprudencia internacional se ha hecho cargo de la interpretación del contenido y de la naturaleza jurídica de esta cláusula subordinada para decir, respectivamente, que (i) ni toda distinción o diferenciación de trato constituye una discriminación²¹, siempre que su propósito sea legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados proporcionales al fin pretendido²², y (ii) se trata de una norma de *jus cogens*²³.

La incorporación de cláusulas de no discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos y asimismo en tratados que reconocen específicos derechos sustantivos de los migrantes —como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares— sugieren una protección adicional a estas personas en virtud de su mayor susceptibilidad a la discriminación y trato diferenciado. En virtud de lo anterior, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación son condición

18 Anne F. Bayefsky, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11 n° 1-2 (1990): 1 (se consultó la traducción al castellano realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf> [consulta: 23.09.2016]).

19 Es decir, las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 1.1) y contra la mujer (artículo 1).

20 Naciones Unidas, *Observación General n° 18 Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos «No discriminación»* (37° período de sesiones), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 7. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 7) añade a los motivos de discriminación mencionados por el Comité de Derechos Humanos la nacionalidad, edad, patrimonio y estado civil.

21 CortelDH, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A no. 4, párr. 56 (esta afirmación es reiterada en CortelDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17, párr. 46; y CortelDH, OC-18/03, párr. 89); Council of Europe, *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4.11.2000, European Treaty Series no. 177, párr. 18.

22 TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica* (n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), párr. 10 y sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido* (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), párr. 72; CortelDH, OC-4/84, párr. 56 *in fine*-57; OC-17/2002, párr. 46-47, CortelDH, OC-18/03, párr. 84.

23 La Corte IDH expresamente lo indica en su OC-18/03, párr. 101. En el caso de las niñas *Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 141, lo califica de “principio de derecho imperativo”.

Para algunos, la naturaleza de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación está expresamente consagrada en el artículo 4.1 *in fine* del PIDCP, por cuanto sus obligaciones siguen siendo exigibles incluso en los casos en que se admite la suspensión de derechos y libertades (el artículo 27.1 CADH presenta una redacción similar). Véase, Li Weiwei, «Equality and Non-Discrimination under International Human Rights Law», *Research Notes 03/2004, The Norwegian Centre for Human Rights*, Oslo, 2004, 20. Disponible en: http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles_and_books/Article_LWW_2004.pdf [23.09.2016]. Para otros, sin embargo, el razonamiento axiomático de la CortelDH en su OC-18/03, que descansa sobre el indeterminado e impreciso concepto de derecho natural, no es suficiente para afirmar la naturaleza de norma imperativa de derecho internacional. Al respecto, Andrea Bianchi «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», *The European Journal of International Law*, vol. 19 n° 3 (2008): 506.

indispensable para el ejercicio y goce de los derechos humanos reconocidos a las personas migrantes y fundamento para la limitación del actuar del Estado a la hora de establecer tratos diferenciados en razón de la nacionalidad u origen nacional²⁴. En otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación no obsta a que el Estado cree distintos estatutos jurídicos para nacionales y extranjeros o entre extranjeros (residentes y no residentes, documentados e indocumentados, etc.)²⁵, sino que esa diferenciación debe justificarse según criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad²⁶.

Si bien dicho principio en materia migratoria impone a los Estados²⁷ la obligación de reconocer y garantizar el ejercicio y goce de los derechos previstos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, el derecho internacional no se opone a que los Estados puedan reservar la titularidad de ciertos derechos políticos²⁸ a sus ciudadanos. De esta forma, los ordenamientos internos anclan la ciudadanía (y derechos asociados) en la nacionalidad²⁹ o hacen depender su ejercicio del principio de la reciprocidad³⁰, restringiendo, así, el universo de personas que a ellos pueden acceder.

- 24 Las normas relativas a los motivos de discriminación prohibidos (ejemplo, artículo 2 DUDH; artículos 2 y 26 PIDCP) no incluyen la “nacionalidad”, sino el “origen nacional”. Se tratan de conceptos distintos, cuyos significados fueron incluso objeto de largas discusiones en la 5ª reunión (primera sesión) del Subcomité durante los trabajos preparatorios del entonces artículo 6 de la propuesta de la DUDH (dando cuenta de ello, Bert E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law: With Special References to Human Rights* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1973), 101-102): el primero se refiere al vínculo jurídico entre el individuo y el Estado “que tiene por base un hecho social de adhesión, una genuina conexión de existencia, intereses y sentimientos, junto con la presencia derechos y deberes recíprocos” (CI), *Nottebohm case* (Liechtenstein v. Guatemala), 6 abril 1955, *Reports ICJ 1955*, p. 23) —esta definición clásica de nacionalidad se asemeja a la de ciudadanía propuesta en 1950 por T.H. Marshall en “Citizenship and Social Class” (repblicado en Jeff Manza y Michael Sauder, *Inequality and Society* (Nueva York: W.W. Norton and Co., 2009), 149), en la medida en que la nacionalidad como la ciudadanía se estriban en la pertenencia plena a una comunidad política—; el segundo “denota la nacionalidad anterior de una persona, que puede haber perdido, o adquirido mediante naturalización, o que alude a la vinculación a una «nación» dentro de un Estado” (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011), 111). El Comité de Derechos Humanos, en *Ibrahima Gueye y otros v. Francia*, Comunicación n° 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 [1989], párr. 9.4, reconoce “que la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26 [del PIDCP], aunque considera que “la nacionalidad adquirida mediante la independencia (...) entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social”.
- 25 Como afirma Plender, “incluso las reglas más básicas de derecho internacional consuetudinario relativas a la migración se basan en la distinción entre nacionales y extranjeros o entre diferentes clases de extranjeros” (traducción nuestra). Richard Plender, *International Migration Law* (2ª edición revisada, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), 4.
- 26 CortelDH, OC-18/03, párr. 119.
- 27 Véase, para todos, la Observación general n° 15, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.
- 28 Los artículos 25 del PIDCP, 23 de la CADH, 16 del CEDH, 39 y 40 de la CDFUE expresamente admiten restricciones en razón de la nacionalidad al ejercicio de los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar y ser elegidos.
- 29 La consecuencia es la ausencia de la ciudadanía en el discurso político sobre la migración y en la construcción del estatuto jurídico del extranjero. Así, Javier de Lucas, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, en *La integración de los inmigrantes*, eds. Javier de Lucas y Laura Díez Bueso (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006), 18-19. La CortelDH categóricamente reconoce la naturaleza de derecho humano al derecho a la nacionalidad. Véase CortelDH, OC-4/84, párr. 33. Sobre los conceptos de “nacionalidad” y “ciudadanía” en el derecho interno, véase, como ejemplo, la sentencia n° 4122/2009, de 05 de marzo de 2009, de la Cámara Nacional Electoral de Argentina, causa *Simoliunas, Christian David y Federico Javier s/ solicitan renuncia a ciudadanía argentina* (Expte. n° 4462/08 CNE).
- 30 Como bien señala Solanes Corrella “[m]ientras continúe la reciprocidad, el derecho de sufragio de la mayor parte de los inmigrantes seguirá siendo un *derecho expectante* que pasará a la categoría de *derecho real y efectivo* cuando un tratado o ley se ocupe de forma pormenorizada de su desarrollo”, Ángeles Solanes Corrella, “Inmigración y derechos humanos”, coord. Manuel Pimentel Siles, *Procesos migratorios, economía y personas*, colección Mediterráneo Económico n° 1, Instituto de estudios de Cajamar (El Ejido/Almería: Escobar impresores, 2002), 117.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, el PIDESC (artículo 2, n° 2) y los catálogos regionales igualmente contemplan una obligación general de no discriminación³¹, por lo que también “[n]o caben aquí las reservas respecto de extranjeros, eventualmente válidas en relación con otros derechos. En efecto, el Pacto [PIDESC] es particularmente claro cuando contempla una eventual dispensa respecto de los extranjeros pero sólo en favor de los Estados en desarrollo y respecto de los derechos económicos”³² (artículo 2, n°3 PIDESC).

La situación administrativa de la persona migrante es determinante para la titularidad de los DESC, ya que los tratados internacionales existentes aplicables, como ocurre con la mencionada convención internacional sobre los trabajadores migratorios, reservan la mayoría de aquellos derechos a los migrantes en situación regular. A su vez, las legislaciones nacionales reducen los DESC a su mínima expresión, reconociendo básicamente la cobertura sanitaria en situaciones de emergencia y el derecho a la educación³³.

Dicho todo lo anterior, es legítimo cuestionarse sobre si la diferenciación de estatutos jurídicos entre nacionales y extranjeros, o incluso entre estos últimos, pone en entredicho la universalidad de los derechos humanos³⁴, en la medida en que el acceso a la titularidad de un conjunto significativo de derechos humanos por parte de las personas migrantes queda condicionada al principio de reciprocidad o a su situación administrativa (léase, condición migratoria regular).

No obstante lo anterior, y como se ha mencionado, la legitimidad y validez de una medida restrictiva resultante de un trato diferenciado queda supeditada a un juicio de legalidad, proporcionalidad (en sentido amplio) y objetividad. En otras palabras, la distinción entre nacionales y extranjeros deberá estar justificada racionalmente en un interés legítimo del Estado (protección de la seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas y derechos y libertades de terceros)³⁵, con atención a las consecuencias fácticas del trato diferenciado en la población migrante y a la “existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismo fines legítimos”³⁶. Asimismo, no pueden basarse en ninguno de los motivos señalados en la declaración universal y pactos internacionales (raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, etc.).

La existencia de un sistema universal de derechos humanos, en lo que a la migración se refiere, no significa la eliminación de la discrecionalidad por parte de los Estados en la configuración y

31 Artículo 3 del Protocolo de San Salvador; artículo E (título V) de la Carta de Turín. Relativamente a esta última, entre los motivos de no discriminación no se contempla ni la nacionalidad ni el origen nacional. Además, se reconoce expresamente la posibilidad de trato diferenciado entre nacionales y extranjeros en relación a algunos de los derechos contemplados, a saber, artículos 12, n° 4 (derecho a la seguridad social); 18, n° 2 y 3 (derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes) y entre extranjeros en condición migratoria regular e irregular (Anexo a la Carta Social Europea (revisada) “Ámbito de aplicación de la Carta Social (revisada) en lo que se refiere a las personas protegidas”, n° 1).

32 Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH*, vol. 40 (2005): 45.

33 Es el caso de Chile, por ejemplo. Al respecto, véase el capítulo I, apartado 2.2. *supra*, del presente informe.

34 Sin pretender entrar en la discusión sobre el principio de universalidad de los derechos humanos, conviene advertir que “(...) la existencia (...) [y] la universalidad de los derechos humanos (...) proviene del reconocimiento del sujeto de derechos como persona que debe ser valorada como fin en sí mismo, como ente capaz de autodeterminarse, como identidad con dignidad” Luis Daniel Vásquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, coord. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2011), 147.

35 Véase, por ejemplo, párrs. 11-18 de la Observación general n° 27; Corte IDH. Caso *Vélez Loor c. Panamá*, párr. 166.

36 Corte IDH, OC-18/03, p. 25.

desarrollo de sus políticas migratorias³⁷, sino que la aparición de nuevos parámetros jurídicos, de origen internacional, que configuran la relación entre el Estado y las personas extranjeras bajo su jurisdicción; parámetros estos que, por tener en la dignidad humana su fundamento jurídico-axiológico, condicionan el poder de actuación del Estado al respeto y garantía de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Estado es soberano para definir los requisitos y condiciones de entrada, permanencia y salida de su territorio por parte de los extranjeros³⁸, y de establecer las respectivas sanciones que conlleva la infracción de algunos de esos requisitos legales predefinidos; pero ese poder sancionatorio no supone para los extranjeros la pérdida de derechos de otra naturaleza o fuente ni autoriza el Estado a no protegerlos³⁹, por cuanto el ejercicio de dichas facultades no lo exime de su obligación de cumplir con los instrumentos internacionales que les sea aplicable por vía de la adecuación de la normativa interna a los tratados internacionales ratificados y de las prácticas estatales al derecho internacional⁴⁰.

En esa medida, la conclusión es la de que no son las exigencias propias del principio de igualdad y no discriminación las que se supeditan a los intereses nacionales protegidos por las políticas migratorias nacionales⁴¹, sino que es este principio el que debiera informar el ordenamiento jurídico interno, incluido el derecho de extranjería.

3. El estándar mínimo internacional de trato o protección en materia migratoria

La discusión sobre la existencia y el contenido del estándar mínimo internacional de trato para los extranjeros es previa al contemporáneo sistema universal de derechos humanos⁴². Sin embargo, la asunción de compromisos de acción por parte de los Estados en virtud de la ratificación de tratados internacionales y regionales reconociendo derechos y libertades

37 «Por política migratoria puede entenderse, *grosso modo*, el conjunto de mecanismos legales y administrativos articulados por lo general desde el Estado, pero también desde otras instituciones supranacionales, que regulan el acceso al territorio, la estancia y el establecimiento, la integración socioeconómica y cívica de los inmigrantes y el disfrute de derechos ciudadanos, así como la incorporación a la comunidad política. Habría que considerar, por añadidura, como esferas específicas, la regulación de la entrada al mercado de trabajo en destino y la implantación de iniciativas económicas en las cuencas Migratorias orientadas a contener los flujos de salida», Ana María López Sala, «El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular», *ARBOR*, 81 n° 713 (2005): 28. Se trata, por tanto, de una definición más integral y, por ende, más rigurosa que aquella adoptada por la Corte IDH que la circunscribe a “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Corte IDH. Opinión consultiva OC-18/03, párr.163.

38 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 168-169; Comité de Derechos Humanos, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párr. 14.

39 En este sentido: “[e]n el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias -así, la deportación o la expulsión-, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral”. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva OC-18/03, párr. 39.

40 Corte IDH, OC-18/03, párr. 171. Otro ejemplo de una práctica estatal que desvirtuaba el sentido de la no prohibición por parte del derecho internacional de que los Estados crean estatutos jurídicos diferenciados entre nacionales y extranjeros era la interpretación que algunos hacían del artículo 1, n° 2 de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (“2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”), de que estaban exentos de la obligación de “presentar un informe completo sobre la legislación relativa a los extranjeros y su aplicación”. *Recomendación general n° 11* relativa a los no ciudadanos, aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial, 42° período de sesiones, 19 de marzo de 1993 (A/48/18), párrs. 2 y 3.

41 Corte IDH, OC-18/03, párr. 172.

42 Edwin Borchard, “Minimum Standard of the Treatment of Aliens”. *Michigan Law Review*, vol. 31, n° 4 (1940): 456 ss.

fundamentales a las personas independiente de su nacionalidad, por tratarse de derechos y libertades inherentes a la condición y dignidad humanas, o de convenciones y resoluciones específicas sobre personas migrantes⁴³, ha contribuido a la aparición de un *corpus juris* de derechos humanos que los Estados deben respetar y garantizar a los extranjeros, y los ordenamientos jurídicos internos pueden ampliar⁴⁴.

Por otra parte, el estándar mínimo de protección actúa como límite a la soberanía nacional pues la condición jurídica del extranjero debe determinarse también por referencia al derecho internacional de los derechos humanos y el Estado, si no asegura ciertas condiciones jurídicas mínimas a los extranjeros, puede incurrir en responsabilidad internacional.

3.1. Contenido del estándar mínimo internacional de derechos humanos en materia migratoria

Ante la indeterminación del contenido del estándar mínimo (qué derechos y libertades mínimos o protecciones básicas deben los Estados respetar y garantizar a los extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción)⁴⁵, la jurisprudencia se ha hecho cargo de precisar su alcance.

En ese sentido, la Corte IDH, partiendo de la premisa de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana”⁴⁶, ha afirmado que, por ejemplo, los derechos a la vida y a la integridad personal, “revisten un carácter esencial” porque “forman parte del núcleo inderogable, (...) [es decir, aquellos que] no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas” . La tesis de que los derechos humanos inderogables constituyen “el *minimum* universalmente reconocido”⁴⁷ fue manifestada expresamente por el juez Cançado Trindade y encuentra acogida entre la doctrina más reciente⁴⁸.

43 A título de ejemplo, además de la ya mencionada Convención de la ONU sobre los trabajadores migratorios y sus familias de 1990, los Convenios n° 97 y 143 de la OIT sobre trabajadores migrantes (1949 y 1975, respectivamente) y las Recomendaciones n° 87 y 151 de la OIT sobre trabajadores migrantes (1949 y 1975, respectivamente), la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes de 2005 (E/CN.4/RES/2005/47), la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de los migrantes de 2004 (A/RES/59/194) o aún las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 8/10, de 18 de junio de 2008, 17/12, de 17 de junio de 2011, y 26/19, de 11 de julio de 2014, tituladas “Los derechos humanos de los migrantes: mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes”.

44 Los extranjeros, migrantes o no, están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia y asimismo del Estado de nacionalidad, incluso cuando se encuentran fuera de su país (por ejemplo, la protección consular).

45 Una dificultad adicional es la circunstancia de que no existe una total coincidencia entre los derechos humanos considerados inderogables entre los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos. Por ejemplo, el catálogo de derecho humanos inderogables de la CADH (artículo 27, n° 2 CADH) es mucho más amplio que el de su congénere europea (artículo 15, n° 2 CEDH) e incluso del sistema universal (artículo 4, n° 2 PIDESC). En común: el derecho a la vida (artículos 6 PIDESC; 4 CADH y 2 CEDH), la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes (artículos 7 PIDESC; artículo 5, n° 2 CADH; 3 CEDH), prohibición de la esclavitud o servidumbre (artículos 8, n° 1 y 2 PIDESC; 6 CADH; 4, n.º 1 CEDH) y el principio de legalidad y de no retroactividad (artículos 15 PIDESC; 9 CADH y 7 CEDH). También es consensual el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica o la prohibición de la confiscación de bienes. Kay Hailbronner, Jana Gogolin, voz “Aliens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (última actualización de la entrada en julio de 2013), párr. 26 <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e744?rsk=y=KqBQyl&result=1&prd=EPIL>> (consulta: 14.11.2016).

46 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo). Serie C no. 4, párr. 165. Véase también, CortelDH, OC-18/03, párr. 72.

47 Voto concurrente del juez A. Cançado Trindade, párr. 10 en Corte IDH, caso *Barrios Altos Vs. Perú* (fondo), sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C no. 75.

48 Jordi Bonet Pérez, “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, coord. Felipe Gómez (dir.) y José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2004), 312.

Importante consecuencia de lo anterior es que las políticas migratorias no pueden dejar de considerar que “ciertos derechos no son derogables”, es decir, “la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁹.

Entre esas protecciones básicas o derechos mínimos están los *derechos a la vida y a la integridad personal* —estrechamente vinculados a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁵⁰. De la interpretación de su contenido y alcance a propósito de casos relacionados con personas migrantes⁵¹, en especial aquellas que se encuentran en situación migratoria irregular, la jurisprudencia interamericana ha visto en ellos fuente normativa de ciertas obligaciones estatales.

En ese sentido, para la Corte IDH, las restricciones a los derechos fundamentales de las personas migrantes deben someterse a las exigencias propias de la legalidad, legitimidad y proporcionalidad. Así, el respeto por la integridad personal (artículo 5) y la libertad personal (artículo 7) de las personas migrantes requiere que su detención y privación de libertad en el ámbito de procedimientos de control migratorio⁵² “deber ser utilizada cuando fuere necesario y

49 CIDH, “Capítulo VI - Estudios Especiales. Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias”, en *Informe anual 2002*, párrs. 100-101. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>> (consulta: 16.11.20116).

Cabe precisar que “[a]un cuando no existe una jerarquía de importancia entre los derechos en el Pacto [PIDESC], no cabe suspender la aplicación de algunos de ellos ni siquiera en momentos de emergencia nacional. Ello subraya la gran importancia de los derechos inderogables. Pero no todos los derechos de gran importancia (...) se han hecho en realidad inderogables. El motivo de que se declaren inderogables algunos derechos se debe a que su suspensión no influye en el control legítimo del estado de emergencia nacional (por ejemplo, el no encarcelamiento por deudas, en el artículo 11). Otro motivo consiste en que la derogación puede de hecho ser imposible (como, por ejemplo, la libertad de conciencia). Al mismo tiempo, algunas de las disposiciones son inderogables precisamente porque sin ellas no existiría el imperio de la ley. Cualquier reserva a las disposiciones del artículo 4 entraría en esta categoría, dado que dicho artículo estipula precisamente el equilibrio que ha de conseguirse entre los intereses del Estado y los derechos del particular en situaciones de emergencia. Y algunos derechos inderogables, a los que en ningún caso cabe formular reservas dada su condición de normas perentorias, revisten también este carácter, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida”. Comité de derechos humanos, *Observación General n° 24 «Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto»*, 52º período de sesiones, 4 de noviembre de 1994, párr. 10.

50 La prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes no solo comparte con los derechos mencionados el carácter de norma inderogable como se trata además de una norma (prohibitiva) de *ius cogens*.

51 Relativamente a la interpretación de los derechos contenidos en la CADH, la Corte IDH ha resaltado que en virtud de “las necesidades especiales de protección de personas y grupos migrantes, (...) interpreta y da contenido a los derechos que la Convención les reconoce, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes” (Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo*, párr. 129), lo que ha dado lugar por parte de la Corte IDH a “un ejercicio integrador de los derechos cuando se toman en cuenta —a nivel estrictamente interpretativo— los criterios internacionales provenientes del Sistema Europeo o Africano y del Sistema Universal de Derechos Humanos” (Corte IDH, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 78).

52 Así, y considerando lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos, para quien la “privación de libertad implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación”, las prácticas estatales más comunes de privación de libertad a causa de procedimientos de control migratorio son, por ejemplo, la detención en dependencias de la policía, la detención administrativa, el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto. Naciones Unidas, *Observación General N° 35 «Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)»*, de 16 de diciembre de 2014, aprobado por el Comité de derechos humanos, 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), CCPR/C/GC/35, párr. 5.

proporcionado en el caso en concreto”⁵³. Es decir, la detención, por un lado, no puede consistir en una medida arbitraria, y, por otro lado, debe ser una medida idónea para perseguir una finalidad legítima, *in casu* la regulación y control de la migración⁵⁴, y “estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”⁵⁵.

Las consideraciones precedentes han permitido a la Corte IDH formular estándares de protección relativamente a (i) los *lugares de detención* de las personas en situación migratoria irregular (“los migrantes debe ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones”⁵⁶; “los lugares de detención debe encontrarse diseñados a los fines de garantizar «condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal»”⁵⁷); (ii) *tiempo de la detención* (“menor tiempo posible”⁵⁸); (iii) a *las condiciones de la detención* (“la falta de registro de ingreso y egreso en el centro de salud, la falta de atención médica en favor de las cinco víctimas gravemente heridas, y la omisión de un diagnóstico sobre su situación y prescripción de su tratamiento, denotan omisiones en la atención que se debió brindar a los heridos para respetar su derecho a la integridad personal”⁵⁹); (iv) la *legalidad de la detención* (“el mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida [de detención] resulta compatible con la Convención Americana”⁶⁰; “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, mediante una evaluación individualizada y motivada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines”⁶¹; “las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y status jurídicos de los detenidos, o mismo de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión (...). Es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad (...) indica que fue por perfiles raciales (...)”⁶²); o, aún, sobre (v) la finalidad de la detención (“la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos”⁶³).

En cuanto a la finalidad de la detención, y relativamente a los menores, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o

53 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

54 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 169. El Comité de Derechos humanos ha dejado claro que “La detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue”, *Observación General N° 35*, párr. 18. En esta misma observación, el Comité señala los siguientes estándares en materia de privación de libertad de personas extranjeras a causa de su condición migratoria irregular: (i) la decisión de privación de libertad debe considerar las consecuencias para la salud física o mental; (ii) debe llevarse a cabo en dependencias apropiadas e higiénicas sin el carácter de prisión o celda de castigo y (iii) los Estados no pueden privar de libertad a migrantes como parte del procedimiento de expulsión.

55 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 70.

56 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

57 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 209.

58 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

59 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 109.

60 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 116.

61 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 171.

62 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 134.

63 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 171; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C no. 282, párr. 359.

niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia⁶⁴. De hecho, “su condición de persona en desarrollo y su interés superior” demanda una interpretación más exigente de la legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de libertad⁶⁵ y, por ende, la obligación del Estado de brindar una “protección especial” a menores (pero también a mujeres, sobre todo en situación de embarazo) migrantes, durante la detención⁶⁶. Solo así se puede cumplir adecuadamente con el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niños y niñas.

Como vimos, la prohibición de la arbitrariedad⁶⁷ (artículo 7, n° 3) ha sido el fundamento jurídico inmediato para la Corte IDH determinar que las detenciones automáticas y obligatorias⁶⁸ de migrantes en situación irregular son contrarias a la CADH, y exigir de los Estados (i) la creación de catálogos de medidas alternativas a la detención y (ii) un examen individualizado, caso a caso, de la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas, ya que solo de esta forma se puede asegurar que la privación de libertad por motivos de control de los flujos migratorios sea excepcional, temporal y coherente con el principio de *non-refoulement* y la prohibición de las expulsiones colectivas.

Adicionalmente, dicho principio es también fundamento para la obligación de informar de las razones de la privación de libertad y de los cargos que puedan existir contra la persona migrante (artículo 7, n° 4 CADH)⁶⁹. Considerando que este deber de motivación de la orden de detención es instrumental, pero decisivo, para el ejercicio las *garantías de debido proceso y acceso a la justicia* (artículo 7, n° 6 CADH)⁷⁰, toda orden de detención con motivo de la condición irregular de la persona migrante debe, según jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, ser acompañada de información oral o escrita de los motivos de la detención al momento de su realización y la notificación escrita de los cargos⁷¹.

64 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 360.

65 Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A no. 21, párrs. 153-157. Sobre este punto, véase nuestro trabajo, Rita Lages, “La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público”, *Tribuna internacional*, vol. 1 n° 2 (2012): 124-126.

66 CortelDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 110.

67 La prohibición de la arbitrariedad deriva del «Estado de Derecho», entendido este “como exigencia del «Derecho justo»”, en la terminología de K. Larenz, y de su principio nuclear de la vinculación a la ley y al Derecho de todos los órganos del Estado. Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (trad. Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 2001), 158 y 16 ss.

68 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 118 y 171, respectivamente.

69 Como bien señala Tomás R. Fernández (en: *De la arbitrariedad de la Administración* (4ª ed. corregida, Madrid: Civitas, 2002), 87) “[la] motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”.

70 Corte IDH, OC-21/14, párr. 195.

71 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 131; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 369. Este deber de motivación es igualmente aplicable a las detenciones con fines de extradición. Así, Corte IDH, caso *Wong Ho Wing vs. Perú* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C no. 297, párr. 251, en donde se lee: “serán arbitrarias las detenciones de personas requeridas en procesos de extradición, cuando las autoridades competentes ordenen la detención de la persona sin verificar si, de acuerdo con las circunstancias objetivas y ciertas del caso, ésta es necesaria para lograr la finalidad legítima de dicha medida, es decir, la posibilidad de que dicha persona impida la consecución de la extradición. Dicho análisis debe realizarse en cada caso particular y mediante una evaluación individualizada y motivada”.

Asimismo, la jurisprudencia interamericana, haciendo eco del derecho internacional en esta materia⁷², considera que la obligación de informar de los motivos de la detención y privación de libertad conlleva el derecho de la persona extranjera a que se le comunique en un idioma que comprenda y, caso sea necesario, a ser asistido por traductor o intérprete en las actuaciones judiciales ulteriores a su detención⁷³.

Por otro lado, la persona migrante privada de libertad tiene el derecho a (i) comparecer personalmente y sin demora ante la autoridad judicial competente para decidir, de forma imparcial e independiente, sobre si permanecer detenido o puesto en libertad, a fin de ser oído y presentadas sus razones (artículo 7, n° 5 CADH)⁷⁴ y a (ii) un recurso judicial efectivo acerca de la (i) legalidad de la decisión de detención que sobre ella recaiga (artículo 7, n° 6 CADH)⁷⁵.

En cuanto a las *garantías del debido proceso y acceso a la justicia*, su reconocimiento como derechos mínimos de todo migrante, independiente de su condición migratoria⁷⁶, permitió a la CIDH identificar “normas mínimas de debido proceso aplicables a determinaciones de estatus y exclusiones y deportaciones”⁷⁷, en su mayoría aceptadas por la propia Corte IDH, a saber: (i) adjudicador competente, independiente e imparcial⁷⁸; (ii) derecho a ser oído⁷⁹; (iii) información, traducción e interpretación⁸⁰; (iv) representación legal⁸¹; (v) revisión judicial⁸²; (vi) acceso a autoridades consulares⁸³ y (vii) condiciones de detención apropiadas⁸⁴.

72 Véase, por ejemplo, el artículo 14 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

73 Corte IDH, OC-21/14, párr. 197.

74 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 107 y 109; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 136.

75 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 126 y 129.

76 Observación General N° 15, párr. 11; Corte IDH, OC 18-/03, párr. 122; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr.11.

77 CIDH, “Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Capítulo VI. Garantías de debido proceso”, en *Informe anual 2000*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., de 16 abril de 2001, párr. 99. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf?view=1>> (consulta 28.11.2016).

78 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 108; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 137; OC-16/99, párr. 120.

79 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356. Corte IDH, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, párr. 229 (extradición).

80 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A no. 16, párr. 120.

81 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 132 y 146; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 164; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356.

82 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 126; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356.

83 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 151-160; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356. Sobre el derecho a la asistencia consular, plasmado explícitamente en la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963* mediante el cual un Estado que detiene a una persona extranjera debe informarle de su derecho a contactar a las autoridades consulares de su país de origen, véanse, además de la opinión consultiva OC-16/99, párrs. 84 ss., dos emblemáticas sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001, en el caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), y de 31 de marzo de 2004, caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América).

84 Sobre las condiciones de detención de extranjeros en condición migratoria irregular, la CIDH considera que “estas personas deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes (...) [.] deben permanecer junto a sus familiares en espacios relativamente abiertos y no ser colocados en celdas. De igual modo, tendrían que tener acceso a bibliotecas, recreación, atención médica y derecho a salir un espacio al aire libre al menos por una hora cada día. Los recintos de detención también deberían contar con manuales con información en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos, fichas con nombres y teléfonos de asesores legales y organizaciones a los que estas personas pudiesen recurrir para pedir apoyo si así lo estiman pertinente. Del mismo modo, visitas

Por otra parte, el análisis jurisprudencial acerca del contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia (artículo 8 y 25 CADH) relativamente a las personas migrantes aparece estrechamente vinculado a la condición de vulnerabilidad en que se encuentra este grupo, como sujetos de derechos humanos, y perpetuada por desigualdades *de jure* y *de facto*. A consecuencia de lo anterior, el principio de igualdad y no discriminación es una vez más movilizado por la Corte como mecanismo jurídico de corrección de desigualdades⁸⁵.

La condición de “vulnerabilidad agravada”⁸⁶ en que se encuentran trabajadores indocumentados y niños, niñas y adolescentes migrante requiere del Estado de destino, según la Corte IDH, para los primeros, la “necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección” de sus derechos⁸⁷, y, para los segundos, “una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos”⁸⁸.

En ese sentido, las opiniones consultivas de la Corte IDH sobre “la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” y los “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” reiteran el carácter imperativo de la igualdad y no discriminación relativamente al estatuto jurídico de cada uno de estos grupos para aseverar relativamente a los trabajadores indocumentados —y considerando que la titularidad del goce y ejercicio de los derechos laborales depende de la realización efectiva de una prestación laboral y no de la condición migratoria⁸⁹—, que aquellos “poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica”⁹⁰. De lo contrario, es decir, permitir el trato discriminatorio hacia los trabajadores migrantes con fundamento en su condición administrativa irregular, negándoles el reconocimiento de derechos laborales, significaría no solo vulnerar los principios de la dignidad humana y de la inalienabilidad de tales derechos, además de, en la práctica, “fomenta[r] o tolera[r] la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”⁹¹.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, la idea rectora desarrollada en la opinión consultiva es que la protección especial derivada del reconocimiento de los derechos

de parte de autoridades consulares, familiares, asesores legales u otras personas no deben en ningún caso ser restringidas”. CIDH 2001, párr. 110.

85 Señala la Corte IDH: “*el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación*”. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (cursiva añadida). Corte IDH, OC-16/99, párr. 119. Véase también, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 254.

86 Tomamos prestada la expresión de la Corte IDH, *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 254. En otras ocasiones, la Corte utiliza los adjetivos “peculiar”, “especial” y “extrema”, véase, Corte IDH, OC-21/14, párr. 66, 89 y 106, respectivamente.

87 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 117 y 118.

88 Corte IDH, OC-21/14, párr. 170.

89 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 133 y 134.

90 Corte IDH, OC-18/03, párr. 160.

91 Corte IDH, OC-18/03, párr. 170.

de la infancia (artículo 19 CADH) exige, por un lado, la determinación de principios y garantías desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todos ellos⁹², y, por otro, su incorporación en las políticas migratorias nacionales⁹³. Por lo tanto, las medidas de protección que se decreten a favor de los niños y niñas migrantes tendrán de ser más específicas que las que se adopten para el resto de las personas extranjeras⁹⁴, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de buscar y recibir asilo⁹⁵, garantías de debido proceso⁹⁶ y privación de libertad⁹⁷.

Ante la ausencia de un reconocimiento jurídico de un derecho de entrada y residencia en un país que no sea el de la nacionalidad⁹⁸, y atendiendo a que las personas migrantes con

92 Son cuatro los principios rectores de la protección integral de niños, niñas y adolescentes: (1) no discriminación; (2) interés superior de la niña o del niño; (3) respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y (4) respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación. Corte IDH, OC-21/14, párr. 69.

93 Corte IDH, OC-21/14, párrs. 28, 70, 246.

94 Corte IDH, OC-21/14, párr. 66.

95 En esta materia, la Corte, en la OC-21/14, identifica deberes específicos en cuanto al ingreso y procedimiento de evaluación inicial de la situación del menor para efectos de la determinación de la necesidad de protección internacional: “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección (...). En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial. Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos” [párr. 83] y “el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos” [párr. 84]. Véanse, además, los párrs. 87-107 de la mencionada opinión consultiva.

96 Tal y como afirma la Corte, “el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos” (párr. 114). Así, (a) “los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior” (párr. 121); (b) “En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia” (párr. 123); (c) “los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor” (párr. 124); (d) “obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior” (párr. 127); (e) “obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal. (...) Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad” (párrs. 130 y 131); (f) “los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad (...); hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor” (párr. 133); “resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas” (párr. 137); (g) el derecho a recurrir judicialmente “adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración” (párr. 141) y (h) “la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños «deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades»” (párr. 143).

97 Corte IDH, OC-21/14, párr. 160: “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño”.

98 Esta afirmación no es incompatible con el hecho de que los Estados no deben rechazar en la frontera a la persona extranjera sin que a esta se le dé previamente la posibilidad de presentar, si así lo manifiesta, una solicitud de

residencia legal benefician también de la libertad de circulación o libertad de tránsito en las mismas condiciones que las nacionales, la jurisprudencia internacional ha identificado límites jurídicos a la actuación de los Estados en materia de expulsión de extranjeros, que, en ciertas circunstancias, pueden imponer a los Estados la obligación (positiva) para autorizar la entrada o permanencia. Los más importantes y comúnmente invocados para invalidar los efectos jurídicos de una orden de expulsión—además de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación ya mencionados— son el principio de *non-refoulement*, la prohibición de la expulsión colectiva y el derecho a la vida familiar.

El primero reconoce el derecho de la persona extranjera de no ser expulsada o devuelta a su país de origen (devolución directa) o un tercer Estado (devolución indirecta) donde su vida, integridad y libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (artículo 33, n° 1 de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951) o en caso de riesgo de tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984). Originariamente circunscrito al derecho internacional de los refugiados, el principio de no devolución en el sistema interamericano, apoyado por elemento literal del artículo 22, n° 8 que refiere expresamente a “el extranjero”⁹⁹, “es más amplio y en su sentido y alcance” y asimismo “constituye una norma consuetudinario de Derecho Internacional”¹⁰⁰.

En la práctica, dicho principio “implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”¹⁰¹. Tratándose de niños y niñas, la “Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundan en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”¹⁰².

El segundo es “toda la medida llevada a cabo por la autoridad competente que determina la salida de extranjeros, como grupo, del país, salvo si tal medida ha sido tomada tras y en base a un examen razonable y objetivo de la situación de cada uno de los individuos que componen el grupo de extranjeros expulsados”¹⁰³. Así siendo, la prohibición de la expulsión colectiva, además de constituir una limitación a la soberanía de los Estados respecto de la expulsión de personas extranjeras, es una garantía contra la detención arbitraria¹⁰⁴, ya que exige de las

asilo o de requerir el estatuto de refugiado y se haga la competente evaluación de las circunstancias individuales, para efectos de conceder el asilo o reconocer la condición de refugiado.

99 Al contrario del CADH en el que el principio de no devolución aparece expresamente consignado (artículo 22, n° 8), en el sistema europeo la operatividad de la prohibición que dicho principio conlleva se hace por vía de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 del CEDH (prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes), cuando la expulsión o extradición significa una vulneración de tales derechos. Véase TEDH, sentencia de 15 de octubre de 2015, L.M. y otros contra Rusia (n° 40081/14, 40088/14 y 40127/14), en que se condena a Rusia por considerar que la expulsión de tres personas a Siria vulneraba ambos derechos.

100 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, párr. 152

101 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, párr. 153.

102 Corte IDH, OC-21/14, párr. 231.

103 TEDH, sentencia de 10 de octubre de 1975, *Becker contra Dinamarca* (n° 7011/75), p. 235, y sentencia de 23 de febrero de 1999, *Andric contra Suécia* (n° 45917/99), p. 4. Véase, también, CortelDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 171.

104 Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, voz “Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia”, editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2013) 550.

autoridades nacionales competentes la adopción de una decisión individual que considere las particulares circunstancias de cada persona¹⁰⁵.

Dicho lo anterior, se concluye que la prohibición de la expulsión colectiva, en la medida en que presupone la realización de un examen objetivo y razonable de la situación individual del extranjero, dota de eficacia el propio principio de *non-refoulement*, que a su vez, es un complemento del derecho de asilo y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por último, con relación al derecho a la vida familiar, su vulneración se plantea, en general, cuando una persona extranjera mantiene un vínculo familiar, ya sea por matrimonio, convivencia civil o filiación, con una persona nacional del Estado donde reside y es sujeto de una orden expulsión por motivos de entrada o permanencia irregular en el país, denegación de su solicitud de asilo o comisión de un delito penal u otro que hagan de su presencia una amenaza o peligro para la seguridad u orden público nacional, que a concretarse conllevaría a la desagregación del núcleo familiar. Considerando que “el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera *per se* la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos”¹⁰⁶, pero que “la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho [a la vida familiar], pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”¹⁰⁷, la decisión de mantener la unidad familiar debe ser siempre el resultado de un casuístico juicio de ponderación, supeditado a parámetros de proporcionalidad, entre los legítimos fines de interés público protegidos por la ley de extranjería (orden público y seguridad nacional) y el derecho a la protección de la familia, del que son titulares nacionales y extranjeros, y el interés superior del niño.

En conclusión, el desarrollo de un *corpus juris* de derecho internacional de derechos humanos significó la creación de derechos mínimos en favor de las personas migrantes, obligando los Estados a conciliar sus leyes migratorias con los deberes que conlleva el reconocimiento de dichos derechos.

105 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párrs. 168-176.

106 CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015. < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> > [consulta: 05.12.2016].

107 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo*, párr. 226.

Bibliografía

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.
- BAYEFSKY, Anne F. "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, vol. 11 n° 1-2 (1990): 1-34.
- BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- BIANCHI, Andrea. «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», *The European Journal of International Law*, vol. 19 no. 3 (2008): 491–508.
- BONET PÉREZ, Jordi. "La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", 309-349. En: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, coordinado por Felipe Gómez (dir.) y José Manuel Pureza, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- BORCHARD, Edwin. "Minimum Standard of the Treatment of Aliens". *Michigan Law Review*, vol. 31, n° 4 (1940): 445-461.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Capítulo VI. Garantías de debido proceso.", en *Informe anual 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., de 16 abril de 2001. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf?view=1>> (consulta 28.11.2016).
- ____. "Capítulo VI. Estudios Especiales. Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias", en *Informe anual 2002*. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>> (consulta: 16.11.2016).
- ____. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015. <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>> (consulta: 05.12.2016).
- COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4.11.2000, European Treaty Series no. 177.
- CZAIKA, MATHIAS/HAAS, HEIN DE. «The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory», *International Migration Review*, vol. 48 n° 2 (2015): 283-323.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología», 193-231. En: *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*, coordinado por Laurence Burgogue-Larsen et al. Barcelona: EDO–Serveis, 2014.
- FERNÁNDEZ, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª edición corregida, Madrid: Civitas, 2002.
- HAILBRONNER, Kay/GOGOLIN, Jana. "Aliens", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e744?rskey=KqBQyl&result=1&prd=EPIL>> (consulta: 14.11.2016).
- LAGES, Rita "La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público", *Tribuna internacional*, vol. 1 n° 2 (2012): 107-128.
- LARENZ, Karl *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 2001.
- LÓPEZ SALA, Ana María. «El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular», *ARBOR*, 81 n° 713 (2005): 27-39.

LUCAS, Javier de. “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, 11-43. En: *La integración de los inmigrantes*, editado por Javier de Lucas y Laura Díez Bueso, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

MARSHALL, Thomas H. “Citizenship and Social Class”, 148-154. En: *Inequality and Society*, coordinado por Jeff Manza y Michael Sauder. Nueva York: W.W. Norton and Co., 2009.

NACIONES UNIDAS (ASAMBLEA GENERAL). *Resolución 54/166* “Protección de los migrantes”, aprobada por la Asamblea General, 54º período de sesiones, 24 de febrero de 2000 (A/RES/54/166).

____. Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, 70º período de sesiones, 19 de septiembre de 2016 (A/71/L.1).

NACIONES UNIDAS (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS). *Observación general n° 15* «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos», aprobada por el Comité de derechos humanos, 27º período de sesiones, 11 de abril de 1986.

____. *Observación general n° 18* «No discriminación», aprobada por el Comité de derechos humanos, 37º período de sesiones, 10 de noviembre de 1989.

____. *Observación general n° 24* «Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto», aprobado por el Comité de Derechos Humanos, 52º período de sesiones, 4 de noviembre de 1994.

____. *Observación general N° 35* «Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)», aprobado por el Comité de derechos humanos, 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), de 16 de diciembre de 2014 (CCPR/C/GC/35).

NACIONES UNIDAS (COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL). *Recomendación general n° 11* relativa a los no ciudadanos, aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial, 42º período de sesiones, 19 de marzo de 1993 (A/48/18).

NACIONES UNIDAS (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL). Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, “Grupos específicos e individuos: trabajadores migrantes, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, 9 de enero de 2001 (E/CN.4/2001/83).

PERONI, Lourdes/TIMMER, Alexandra. «Rosmerlin Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 n° 4 (2013): 1056-1085.

PLENDER, Richard. *International Migration Law*. 2ª edición revisada, Dordrecht, Boston y Londres. Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

PINTO, Mónica. “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH*, vol. 40 (2005): 25-86.

SOLANES CORRELLA, Ángeles. “Inmigración y derechos humanos”, 105-118. En: *Procesos migratorios, economía y personas*, coordinado por Manuel Pimentel Siles, colección Mediterráneo Económico n° 1, Instituto de estudios de Cajamar. El Ejido/Almería: Escobar impresores, 2002.

UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. «Trends in international migration 2015» *Popfacts*, no. 2015/4, 2015.

UPRIMNY Yepes Rodrigo/SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, 531-551. En: “Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia”, editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2013) 550

VIERDAG, Bert E.W. *The Concept of Discrimination in International Law: With Special References to Human Rights*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.

VÁSQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, 135-165. En: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, coordinado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2011.

WEIWEI, Li. «Equality and Non-Discrimination under International Human Rights Law», Research Notes 03/2004, *The Norwegian Centre for Human Rights*, Oslo, 2004. <http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles_and_books/Article_LWW_2004.pdf> [consulta: 23.09.2016].

Jurisprudencia

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL (ARGENTINA), sentencia n° 4122/2009, de 05 de marzo de 2009, causa *Simoliunas, Christian David y Federico Javier s/solicitan renuncia a ciudadanía argentina* (Expte. n° 4462/08 CNE).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Ibrahima Gueye y otros v. Francia*, decisión con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 35° periodo de sesiones, comunicación n° 196/1985 (CCPR/C/35/D/196/1985).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A no. 4.

—, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A no. 16.

—, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17.

—, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A no. 18.

—, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A no. 21

—, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo). Serie C no. 4.

—, caso de las *niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130.

—, caso *Massacre de Pueblo Bello vs Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C no. 140.

—, caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149.

—, caso *Vélez Loor vs Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C no. 218.

—, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C no. 251.

—, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia* (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C no. 272.

—, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

—, caso *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C no. 282.

___, caso *Wong Ho Wing vs. Perú* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C no. 297.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), de 27 de junio de 2001.

___, caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), sentencia de 31 de marzo de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 10 de octubre de 1975, *Becker contra Dinamarca* (n° 7011/75)

___, sentencia de 23 de julio de 1968, *caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica* (n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64).

___, sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido* (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81).

___, sentencia de 23 de febrero de 1999, *Andric contra Suecia* (n° 45917/99).

___, sentencia de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros contra Croacia* (n° 15766/03).

___, sentencia de 22 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia* (n° 27765/09).

___, sentencia de 03 de julio de 2014, *Georgia contra Rusia* (I) (n° 13255/07).

___, sentencia de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros contra Rusia* (n° 40081/14, 40088/14 y 40127/14)