

Migración y derechos humanos

Vincent Chetail*

RESUMEN: El artículo proporciona una visión general del papel del derecho internacional de los derechos humanos en relación con las migraciones internacionales. En primer lugar se evalúan las interacciones multifacéticas entre el derecho internacional y la soberanía del Estado en el sensible ámbito de la migración. Se procede luego a un análisis del alcance y contenido de las normas claves de derechos humanos aplicables a la circulación de personas: el derecho a salir de cualquier país y a regresar a su propio país; el principio de no devolución; el principio de unidad familiar, y las garantías procesales que rigen la detención y la expulsión de extranjeros.

Como lo demuestran las diversas normas examinadas en este artículo, la protección jurídica internacional de los migrantes se ha convertido en una parte integral de los derechos humanos. El mayor desafío contemporáneo no reside en la existencia de normas internacionales que gobiernen los derechos humanos de los migrantes, sino en su aplicación efectiva por los Estados. A pesar de que los derechos humanos no proveen todas las soluciones, el marco puede ser considerado como un estándar universal y adecuado para tratar diversos aspectos del fenómeno de la migración, y garantizar así un mínimo de coherencia en la protección. A este respecto, el artículo subraya que los derechos de los migrantes son derechos humanos.

ABSTRACT: *This article provides an overview of the role of international human rights law on international migrations. It first assesses the multifaceted interactions between international law and state sovereignty in the sensitive field of migration. The article then analyses the scope and content of the key human rights norms applicable to the movement of persons: the right to leave any country and to return to one's own country; the principle of non-refoulement; the principle of family unity; and the procedural guarantees governing detention and expulsion of aliens.*

As exemplified by the various norms examined in this article, the international legal protection of migrants has become an integral part of human rights law. The major contemporary challenge does not rely on the existence of international norms governing human rights of migrants but rather on their effective implementation by States. Even though human rights law does not contain all the solutions, its framework can be considered a universal and appropriate standard for dealing with various aspects of the migration phenomenon, and ensuring a minimum of consistency in protection. It recalls in turn that migrants' rights are human rights.

* Instituto de Altos Estudios Internacionales y de Desarrollo (Ginebra, Suiza). Director de Investigación de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra y del Programa para el Estudio de la Migración Global; editor en jefe de *Refugee Survey Quarterly*. El autor quiere agradecer a Marco A. Velásquez Ruiz por sus buenos oficios en la traducción y edición del presente estudio.

SUMARIO: Introducción. I. Soberanía estatal y derechos humanos en el campo de la migración. II. El derecho de una persona a salir de cualquier país y a regresar a su propio país. III. El principio de *non-refoulement*. IV. El principio de unidad familiar. V. Garantías procesales. VI. Conclusión.

Introducción

Vivimos en una época de movilidad. La movilidad se ha convertido, en efecto, en un elemento esencial para el mundo globalizado. De la misma forma en que bienes y capital circulan con mayor dinamismo que antes, la gente cruza cada día más fronteras. Las razones para migrar de un país a otro son múltiples y rara vez exclusivas. Las causas más usuales de las migraciones están relacionadas con desigualdades socioeconómicas entre Norte y Sur, agravadas por conflictos persistentes y serias violaciones a los derechos humanos. Dichas causas tradicionales de migraciones se han acentuado por factores íntimamente relacionados con el proceso de globalización, tal como la revolución de los medios de transporte, el crecimiento de comunidades transnacionales o la evolución de las tecnologías de la información. El conocimiento de la existencia de oportunidades de trabajo en otras partes del mundo se ha diseminado, mientras que la posibilidad de viajar largas distancias en búsqueda de mejores condiciones de supervivencia se ha convertido en una realidad accesible para muchos.

La División de Población de Naciones Unidas ha estimado que entre 1960 y 2005 el número de migrantes internacionales en el mundo se ha más que doblado, pasando de 75 millones en 1960 a casi 191 millones en 2005.¹ Dicha cifra es enorme, ya que iguala a la población de Brasil, el quinto país más poblado del mundo. Sin embargo, si se considera que sólo corresponde al margen de error del cálculo de la población mundial (3 %), dicha cifra parece de repente insignificante. Desde este punto de vista, el incremento de migrantes ha sido modesto comparado con el año 1960, en que la proporción de migrantes representaba el 2.5 % de la población mundial. Más que las estadísticas actuales es la percepción del fenómeno de la migración lo que ha cambiado profundamente. Si bien la migración es tan vieja como la humanidad, hoy en día es mucho más visible que nunca. Todos los países se han visto afectados por las migraciones, sea que se trate de un país de inmigración, tránsito o emigración, e incluso de las tres a la vez.

Como resultado de este cambio de percepción, la globalización ha exacerbado la creciente discrepancia entre la realidad del fenómeno migratorio y su regulación. En contraste con la realidad de la movilidad humana, el control sobre la migración es generalmente considerado como uno de los últimos bastiones del Estado soberano.² Un análisis más detallado de las normas internacionales aplicables a las migraciones revela, sin embargo, una situación mucho más com-

¹ División de Población de las Naciones Unidas, *Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision*, 2006.

² Vera Gowlland-Debbas, "Introduction", en V. Gowlland-Debbas, ed., *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*. La Haya / Boston / Londres, Martinus Nijhoff / Graduate Institute of International Studies, 1996, p. xii. Véase también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*. 6a. ed. Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 498; Malcolm N. Shaw, *International Law*. 5a. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 574.

pleja. No es nuestra intención estudiar, en estas páginas, las múltiples y complejas facetas del derecho internacional de las migraciones,³ pero sí resaltaremos algunos de los principios más significativos en lo concerniente a la reglamentación de la conducta de los Estados en el campo de la migración. La primera parte de esta contribución presentará el rol de la soberanía estatal y los derechos humanos en el campo de la migración, mientras que las partes siguientes se enfocarán en las normas relevantes en materia de derechos humanos: el derecho a salir de cualquier país y regresar a su propio país (parte II), el principio de *non-refoulement* (parte III), el principio de unidad familiar (parte IV) y las garantías procesales respecto de la admisión y expulsión de extranjeros (parte V).

I. Soberanía estatal y derechos humanos en el campo de la migración

La admisión y expulsión de extranjeros es tradicionalmente asumida como un elemento esencial de la soberanía estatal.⁴ Como regla general, ningún país está obligado a recibir extranjeros en su territorio. De acuerdo con el famoso *dictum* de la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1892: “*It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to its self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe*”.⁵

Aquel pronunciamiento judicial refleja el supuesto básico del derecho internacional clásico basado en el Estado-nación. El Estado posee la autoridad primaria sobre su territorio y población, y en virtud de su soberanía, puede por lo tanto decidir si y en qué medida permitirá que individuos que no poseen su nacionalidad entren en su territorio.

Sin embargo, el elusivo concepto de soberanía puede resultar ambiguo a la hora de establecer el rol de los Estados en el control migratorio.⁶ Afirmar que los

³ Para un análisis comprehensivo de las normas internacionales en materia de migración, ver notablemente T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail, eds., *Migration and International Legal Norms*. La Haya, T. M. C. Asser Press, 2003; V. Chetail, ed., *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question / Globalization, Migration and Human Rights: International Law under Review*. Bruselas, Bruylant, 2007. Para un compendio de instrumentos internacionales y regionales, véase V. Chetail, *Code de droit international des migrations*. Bruselas, Bruylant, 2008.

⁴ Véase James A. R. Nazfziger, “The General Admission of Aliens under International Law”, en *American Journal of International Law*. Washington, vol. 77, 1983, pp. 804-847; Richard Plender, *International Migration Law*. 2a. ed. La Haya, Martinus Nijhoff, 1988; Louis B. Sohn y Thomas Buergenthal, eds., *The Movement of Persons Across Borders*. Washington, American Society of International Law, 1992, pp. 1-22 y 49-74 (Studies in Transnational Legal Policy, 23); David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en *Migration...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 31-45.

⁵ *Nishimura Ekiu v. United States* 142 U.S. 651 (1892), Gray J., 659. Véase también: *Attorney-General for Canada v. Cain* [1906] AC 542, 546: “*One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace order, and good government, or to its social or material interest*”. En un caso resuelto en diciembre de 2004, la Cámara de los Lores (Reino Unido) recordó que: “*The power to admit, exclude and expel aliens was among the earliest and most widely recognised powers of the sovereign State*”: *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55.

⁶ Véase a nivel general, V. Chetail, “Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états”, en *Mondialisation...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 13-133.

Estados tienen poderes soberanos para decidir sobre la admisión y expulsión de extranjeros no implica que el ejercicio de dichos poderes no tenga límites. La autoridad de los Estados y su correlativa responsabilidad en aquel campo puede ser comprendida a través del concepto de jurisdicción interna, tal como se encuentra consagrado en el artículo 2(7) de la Carta de Naciones Unidas.⁷ El concepto de jurisdicción interna (o dominio reservado) ha sido entendido tradicionalmente como el ámbito de las actividades estatales en el cual la jurisdicción del Estado no se encuentra limitada por el derecho internacional. No obstante, los confines de dicho ámbito dependen del desarrollo del derecho internacional. Ya en 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional explicó en el *Caso de los Decretos de Nacionalidad* que: “*The question whether a certain matter is or is not solely within the [domestic] jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations*”.⁸

En otras palabras, el concepto de jurisdicción interna no es monolítico. El ámbito reservado para la jurisdicción interna evoluciona a la par del desarrollo del derecho internacional y el alcance de las obligaciones impuestas y asumidas.⁹ Desde dicha perspectiva, la admisión y expulsión de extranjeros, si bien en principio un asunto interno, ha sido en cierta medida internacionalizado por una serie de reglas consuetudinarias y convencionales. Como resultado de ello, los Estados ya no gozan de una capacidad discrecional absoluta e irrestricta, aunque sigan disponiendo de un amplio margen de apreciación para determinar los motivos en base a los cuales rehusar una admisión u ordenar una expulsión. Dichos motivos incluyen generalmente: enfermedad, actividad criminal, ausencia de recursos económicos, seguridad nacional y violación de leyes de inmigración. Sin embargo, el ejercicio de esta competencia a través de la promulgación y aplicación de normas de derecho interno se encuentra limitado por el derecho internacional.

Una ilustración típica de este enfoque es la Declaración de los Derechos Humanos de los Individuos quienes no son Nacionales del País en el que Viven, la cual fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985. El artículo 2(1) de la Declaración consagra un equilibrio entre las prerrogativas soberanas de los Estados y las obligaciones legales a ellos impuestas. Establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegal de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones

⁷ “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta”.

⁸ Permanent Court of International Justice (1923), Serie B, núm. 4, p. 23.

⁹ Véase la resolución “La determinación del dominio reservado y sus efectos”, adoptada en Aix en Provence el 29 de abril de 1954 por el Instituto de Derecho Internacional. De acuerdo con su artículo 1: “*The reserved domain is the domain of State activities where the jurisdiction of the State is not bound by international law. The extent of this domain depends on international law and varies according to its development*”. El artículo 3 especifica que: “*The contracting of an international obligation in a matter within the reserved domain debar a party to that obligation from invoking the objection of the reserved domain with regard to any problem of interpretation or application of the obligation in question*”.

relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. *No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos.*¹⁰

La principal dificultad respecto de esta formulación yace en la dificultad de determinar con precisión el alcance de las obligaciones internacionales aplicables. A nivel universal, no existe un tratado que gobierne todos los aspectos de las migraciones internacionales de forma comprehensiva. Las disposiciones legales relativas al tratamiento de los extranjeros se parecen, en cierta medida, a un rompecabezas sin armar, en el cual el número de piezas es incierto y el diseño final aún se encuentra en proceso de configuración.¹¹ De este modo, las obligaciones internacionales de los Estados respecto de los migrantes están dispersas entre reglamentaciones heterogéneas.

El actual marco jurídico internacional que gobierna las migraciones consiste en una amplia variedad de principios y reglas pertenecientes a numerosas áreas del derecho internacional (tales como el derecho de los refugiados, derechos humanos, comercio internacional, derecho laboral, derecho de los espacios aéreos, derecho consular, etcétera). Dichos principios y reglas tienen como complemento una vasta red de tratados bilaterales y regionales. Los Tratados de la Unión Europea,¹² el Tratado de Libre Comercio de América del Norte,¹³ el Mercosur,¹⁴ La Comunidad Andina¹⁵ o el Tratado que Establece la Comunidad Económica de África del Oeste¹⁶ ejemplifican la tendencia actual hacia el desarrollo de un régimen coherente para el manejo de las migraciones. Mientras que el derecho internacional actual no establece un régimen definido y comprehensivo en materia de migraciones, la autoridad estatal se ve constreñida a través de un conjunto de normas internacionales detalladas y en expansión.¹⁷

Tradicionalmente, el derecho internacional ha reglamentado dos categorías de migrantes de forma particular: el refugiado y el trabajador migrante. En relación con la primera, la restricción más importante a la soberanía de los Estados es el principio de *non-refoulement*, en virtud del cual los Estados tienen prohibido enviar de regreso a los refugiados a su país de origen o a cualquier otro país en donde su vida o libertad corra peligro. El principio de *non-refoulement* ha sido

¹⁰ El Comité de Derechos Humanos establece bajo la misma perspectiva que: "La cuestión de si un extranjero se encuentra 'legalmente' dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado". *Observación General Número 27 (Libertad de circulación)*, 1999, § 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

¹¹ Richard Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*. Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 122.

¹² Treaty on European Union, *Official Journal* C 325, 24 de diciembre de 2002.

¹³ North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States, 8-17 de diciembre de 1992, *International Legal Materials*. Washington, vol. 32, 1993, p. 289.

¹⁴ Tratado de Asunción Constitutivo de Mercosur, 26 de marzo de 1991.

¹⁵ Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena", 26 de mayo de 1969.

¹⁶ Treaty Establishing the West African Economic Community, 28 de mayo de 1975, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1010, p. 17.

¹⁷ Para una completa presentación de dichas normas internacionales, véanse los libros mencionados *Migration..., y Mondialisation...*, citados ambos *supra* nota 3.

consagrado de forma notable en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951¹⁸ y será examinado más adelante, en la tercera parte del presente estudio. Dicha Convención garantiza, asimismo, ciertos estándares en materia de derechos humanos y beneficios sociales a los refugiados que son admitidos en el territorio del Estado de asilo. El estatus legal de los refugiados está definido a partir de tres niveles de tratamiento diferentes:

1. Los refugiados son titulares de *un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales* respecto de la libertad religiosa (artículo 4); protección de la propiedad intelectual (artículo 14); acceso a tribunales y asistencia legal (artículo 16); medidas de racionamiento (artículo 20); educación básica (artículo 22(1)); asistencia humanitaria (artículo 23); legislación laboral y seguridad social (artículo 24), e impuestos y gravámenes (artículo 29).

2. Los Estados pueden, asimismo, conceder al refugiado *el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero* respecto de asociaciones no políticas ni lucrativas así como a los sindicatos (artículo 15) y empleo remunerado (artículo 17).

3. La Convención de 1951 finalmente requiere que los Estados parte concedan a los refugiados *el mismo trato que otorguen a los extranjeros en general* respecto de la exención de reciprocidad legislativa (artículo 7(1)); propiedad mueble e inmueble (artículo 13); trabajo por cuenta propia (artículo 18); ejercicio de profesiones liberales (artículo 19); vivienda (artículo 21); educación secundaria (artículo 22(2)), y libertad de movimiento dentro del territorio del país anfitrión (artículo 26).

Las trabajadores migrantes constituyen otra categoría importante de extranjeros que se beneficia de la protección proporcionada por ciertos instrumentos universales.¹⁹ La mayoría de estos instrumentos fueron concluidos bajo el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), incluyendo el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes de 1949 (Número 97),²⁰ la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes de 1949 (Número 86)²¹ y la Convención sobre Trabajadores Migrantes de 1975 (Número 143).²² Ciertos derechos son garantizados sin importar la legalidad de la presencia de los migrantes en el territorio, a saber, la igualdad de remuneración y de salario mínimo respecto del empleo anterior y el mantenimiento de los beneficios en materia de seguridad social.²³ Otros derechos son extendidos sólo a aquellos con presencia legal en el territorio, a saber, los derechos a la igualdad de oportunidades y la capacitación vocacional.²⁴

¹⁸ *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 189, p. 150, entró en vigor el 22 de abril de 1954.

¹⁹ Véase Rysard Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law*. Oxford, Clarendon Press, 1997; Patrick Taran, "Clashing Worlds: Imperative for a Rights-Based Approach to Labour Migration in the Age of Globalization", en *Mondialisation...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 403-434.

²⁰ Convenio Número 97, Relativo a los Trabajadores Migrantes (revisado), 1 de julio de 1949, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 120, p. 71.

²¹ *International Labor Conventions and Recommendations*. Ginebra, International Labour Organization, 1996, vol. 1.

²² Convenio Número 143, Sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades de Trato de los Trabajadores Migrantes, 24 de junio de 1975, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1120, p. 324.

²³ Véase, por ejemplo, Convenio Número 97, *op. cit.*, *supra* nota 20, artículo 6.

²⁴ Véase, por ejemplo, Organización Internacional del Trabajo, Recomendación Número 151, Sobre los Trabajadores Migrantes, 1975, párrafo 8.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de 1990²⁵ constituye otro gran logro debido a la formulación y especificación de los derechos de dicho grupo de migrantes, especialmente vulnerable. Si bien la Convención distingue entre trabajadores migrantes documentados y aquellos que se encuentran en una situación ilegal, la Parte III de dicho instrumento enumera un conjunto comprehensivo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, aplicables a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias. Entre dichas garantías, el principio de igualdad de trato entre trabajadores migrantes y nacionales debe ser aplicado por los tribunales judiciales (artículo 18) y respecto de la remuneración y otras condiciones laborales (artículo 25). La Parte IV de la Convención otorga derechos adicionales a aquellos migrantes que se encuentran en situación regular, y la Parte VI busca prevenir y eliminar el ingreso ilegal y el empleo en condiciones ilegales de los trabajadores migrantes.

Si bien las normas internacionales vigentes que se aplican a los trabajadores migrantes son relativamente numerosas, éstas carecen de universalidad, debido a que tanto las convenciones de la OIT como la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migrantes no han sido ratificadas por la mayoría de Estados. Esta última ha sido ratificada por sólo 43 Estados, de los cuales ninguno es un país del hemisferio occidental.²⁶ Sin embargo, los obstáculos para su ratificación no parecen insalvables,²⁷ ya que son, generalmente, producto de una idea equivocada sobre el contenido de las disposiciones convencionales. La soberanía de los Estados para decidir la admisión de extranjeros en sus territorios no se ve afectada por la Convención, que se enfoca en el tratamiento de los trabajadores migrantes y sus familias.²⁸ Sin importar cuáles son sus posibilidades reales de éxito, la ecuación migración-desarrollo es probablemente la oportunidad más promisoría para promover la ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, de 1990. La maximización de los vínculos positivos entre migración y desarrollo se ha convertido en una nueva manera para la reconfiguración de la percepción de la movilidad humana en términos más racionales, respecto de los intereses compartidos de los actores inmersos en dicho proceso. Las numerosas iniciativas a nivel multilateral y regional que han sido

²⁵ Asamblea General, Resolución 45/158 (anexo), 18 de diciembre de 1990.

²⁶ La gran mayoría de Estados parte son países emisores y muy pocos (como Argentina, Marruecos y Libia) son países receptores o de tránsito.

²⁷ Para un análisis de los obstáculos a la ratificación de esta Convención, ver: Euan MacDonald y R. Cholewinski, eds., *The Migrant Workers Convention in Europe. Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*. París. UNESCO, 2007; Carla Edelenbos, "The International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families", en *Refugee Survey Quarterly*. Oxford, vol. 24, núm. 4, 2005, p. 97; Antoine Pécoud y Paul de Guchteneire, *Migration, Human Rights and the United Nations: An Investigation into the Low Ratification Record of the UN Migrant Workers Convention*. París, UNESCO, 2004; R. Cholewinski, P. de Guchteneire y A. Pécoud, eds., *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*. Cambridge, UNESCO Publishing / Cambridge University Press, 2009.

²⁸ De acuerdo con su artículo 79: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares". El artículo 35 también reformula bajo la misma tendencia que la Convención no puede ser interpretada en el sentido de regularizar a los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias que se encuentran en situación irregular.

recientemente emprendidas en este campo han abierto nuevas vías para el diálogo y la colaboración entre Estados emisores y Estados receptores.²⁹

En el estado actual del derecho internacional y desde una perspectiva más sistémica, la adopción y el desarrollo de reglas específicas respecto de refugiados y trabajadores migrantes ejemplifica la tendencia típica de proteger categorías específicas de migrantes, en vez de reglamentar la migración de una forma más comprehensiva. Dicha tendencia se ha extendido durante las últimas décadas hacia la protección de otros grupos vulnerables, como las víctimas de tortura,³⁰ los niños migrantes³¹ o las víctimas de tráfico.³²

En dicho contexto normativo, el derecho internacional de los derechos humanos favorece un enfoque más holístico del fenómeno migratorio. Esta rama del derecho internacional establece un tipo de *lex generalis* que suplementa los regímenes convencionales especializados aplicables a categorías específicas de extranjeros. Más allá de la naturaleza fragmentaria del derecho internacional de las migraciones, los derechos humanos juegan, asimismo, un rol cada vez más importante en la internacionalización de una política migratoria. Dicha rama jurídica no sólo garantiza un marco general para la garantía de los derechos básicos de los extranjeros, sino que también es crucial para aquellos que no encajan en las categorías tradicionales de migrantes protegidos.³³ Tal afirmación se deriva de la misma naturaleza de los derechos humanos, basada en la idea según la cual éstos se aplican a todos, sin tener en cuenta su nacionalidad o apatridia, debido a la dignidad inherente de todo ser humano.³⁴ Como todos los demás instrumentos de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵ establece en su artículo 2(1) que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En su Observación General Número 15 sobre *La Situación de los Extranjeros con Arreglo al Pacto*, el Comité de Derechos Humanos explica que:

²⁹ Para una discusión más elaborada véase V. Chetail, “Paradigm and Paradox of the Migration-Development Nexus: The New Border for North-South Dialogue”, en *German Yearbook of International Law*. Kiel, vol. 51, 2008, pp. 183-215.

³⁰ Véase el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, 10 de diciembre de 1984, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1465, p. 85.

³¹ Véanse, por ejemplo, los artículos 9 a 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1577, p. 44.

³² Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Nueva York, 15 de noviembre de 2000, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 2241, p. 507, Doc. A/55/383.

³³ Para un análisis comprehensivo ver: R. Lillich, *op. cit.*, *supra* nota 11; Carmen Tiburcio, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2001; Joan Fitzpatrick, “The Human Rights of Migrants”, en *Migration...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 169-184; V. Chetail, “Migration, droits de l’homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états”, en *Mondialisation...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 13-133.

³⁴ Véase notablemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, *Opinión Consultiva OC-18/03*, 7 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párrafo 73.

³⁵ *Observación General Número 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (27o. Período de Sesiones, 1986), U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 140 (2003), párrafo 2.

En consecuencia, los extranjeros tienen el derecho inherente a la vida, protegido por la ley, y no pueden ser privados de la vida arbitrariamente. No deben ser sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni pueden ser sometidos a esclavitud o servidumbre. Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personal. Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual. Los extranjeros tienen derecho a libertad de circulación y libre elección de residencia; y tienen libertad para salir del país. Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. No puede aplicarse a los extranjeros legislación penal retroactiva y los extranjeros tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica. Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia. Tienen derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y derecho a expresar sus opiniones. Los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere. En los casos en que los extranjeros constituyen una minoría, según se definen éstas en el artículo 27, no se les denegará el derecho a que, junto con otros miembros de su grupo, disfruten de su propia vida cultural, profesen y practiquen su propia religión y empleen su propio idioma. Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto.³⁶

Aún más relevante, el derecho internacional de los derechos humanos consagra una libertad de movimiento calificada a través del derecho a salir de cualquier país y a regresar a su propio país.

II. El derecho de una persona a salir de cualquier país y a regresar a su propio país

El derecho de una persona a salir de cualquier país y a regresar a su propio país está reconocido por una gran variedad de instrumentos universales y regionales.³⁷ El primer instrumento universal en el cual dicho derecho fue incluido ex-

³⁶ *Ibid.*, párrafo 7.

³⁷ Véase sobre esta cuestión, Rosalyn Higgins, "The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay In and Leave a Country", en *International Affairs*. Londres, vol. 49, 1973, pp. 341-357; Stig Jagerskiöld, "The Freedom of Movement", en Louis Henkin, ed., *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*. Nueva York, Columbia University Press, 1981, pp. 166-184; R. Plender, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 133-156; Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*. Dordrecht / Boston, Martinus Nijhoff, 1987; V. Chetail, "Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective", en *Migration...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 47-60.

pressis verbis fue la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Su artículo 13(2) menciona que: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos le da a dicho derecho una base convencional firme y amplia. De acuerdo con su artículo 12(2) y (4): “Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. [...] Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

Este postulado normativo básico ha sido reformulado en varios instrumentos convencionales universales³⁸ y regionales.³⁹ Si bien el derecho a salir y el derecho a regresar se encuentran íntimamente ligados, su contenido respectivo no es estrictamente similar. La libertad de salir ha sido garantizada de forma general, esto es, a nacionales y extranjeros sin distinción. Para el propósito de atribuir este derecho, el estatus legal de los extranjeros es irrelevante, por lo que la residencia legalmente establecida dentro del territorio de un Estado parte no es una condición. El derecho a regresar es, por el contrario, aplicable a una categoría limitada de personas. De este modo, no asegura una garantía general de poder entrar en el territorio de otro Estado, sino que sólo consagra el derecho de entrar al país del cual se es nacional.

El derecho a regresar fue considerado inicialmente como el único medio realista para fortalecer el derecho a salir. De acuerdo con el pronunciamiento del representante de Líbano, quien propuso una enmienda durante el proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Lo ideal sería que cualquier persona tuviera la posibilidad de entrar a cualquier país de su escogencia, pero deben tenerse en cuenta las circunstancias actuales. El requisito mínimo era que cualquier persona tuviera la posibilidad de retornar a su país. Si dicho derecho fuese reconocido, el derecho a salir de un país, ya incluido en el artículo, sería fortalecido por la garantía del derecho de regresar”.⁴⁰

Fuera de disputa alguna se considera que el derecho a regresar es plenamente aplicable a los nacionales de un Estado. A este respecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo lo siguiente en el caso *41/74 Van Duyn v. Home Office*: “It is principle of international law [...] that a State is precluded from refusing its own Nationals the right of entry and residence”.⁴¹

Siguiendo la misma lógica, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos como la Convención Americana definieron expresamente el derecho a entrar respecto “[del] territorio del Estado del cual se es nacional”. Sin embargo, en relación con el derecho a regresar, otros instrumentos proporcionan un ámbito personal más amplio. La Declaración Universal, el Pacto Internacional y la

³⁸ Véanse el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid* de 1973; artículo 10(2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 1990.

³⁹ Véanse los artículos 2 y 3 del Protocolo Número 4 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1963; artículo 22(2) y (3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y artículo 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

⁴⁰ UN Doc. A/777, Tercer Comité de la Asamblea General (septiembre-diciembre de 1948).

⁴¹ (1974) ECR 1337, 1351.

Carta Africana se refieren a “su país” o “su propio país” sin especificar que debe haber relación alguna con la nacionalidad. A menudo, se argumenta que dicha expresión, amplia y en cierto modo ambigua, protege tanto a nacionales como a residentes permanente del territorio de los Estados parte. El Comité de Derechos Humanos expresó en su Observación General Número 27:

En la redacción del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (“nadie”). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras “su propio país”. El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Éste sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia.⁴²

El derecho a regresar, tal como está expresado en el Pacto Internacional, no tiene un carácter absoluto. Si bien los otros instrumentos no prevén restricciones a su aplicación, el término “arbitrario” contenido en el Pacto puede implicar algunos límites a dicho beneficio. De acuerdo con la Observación General Número 27:

En ningún caso se puede privar arbitrariamente a una persona del derecho a entrar en su propio país. La referencia al concepto de arbitrariedad en este contexto tiene por objeto subrayar que se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial; garantiza que incluso las injerencias previstas por la ley estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares. El Comité considera que hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable.⁴³

Dado su contenido y alcance, el derecho a regresar se encuentra restringido a jugar un papel limitado en relación con la admisión de extranjeros. La restricción más importante a la soberanía del Estado a este respecto se encuentra en el principio de *non-refoulement*.

⁴² Observación General Número 27 (*Libertad de Circulación*), 1999, párrafo 20, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 21.

III. El principio de *non-refoulement*

El principio de *non-refoulement* constituye la piedra fundamental del derecho internacional de los refugiados.⁴⁴ El artículo 33(1) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados dispone lo siguiente: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

A diferencia de otras disposiciones de la Convención,⁴⁵ la aplicación del artículo 33 no depende de la residencia legal de un refugiado en el territorio de la Parte Contratante, sino que aplica en el caso en el que refugiados o solicitantes de asilo se encuentren tanto de forma legal como de modo ilegal en su territorio. El artículo 31(1), que prohíbe sanciones respecto de la entrada ilegal de los refugiados,⁴⁶ permite fortalecer la protección básica prevista por el artículo 33. Como consecuencia de esto, cualquier persona que ingrese en el territorio de una Parte Contratante se encuentra protegida de forma inmediata, sin importar la naturaleza legal o ilegal de dicho ingreso.

El principio de *non-refoulement* es crucial bajo el supuesto de que no haya un verdadero derecho de asilo. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.⁴⁷

Sin embargo, dicha disposición fue cuidadosamente redactada con el fin de evitar perturbar la noción del derecho soberano que tiene un Estado de controlar la entrada de extranjeros. El artículo 14 reconoce el derecho a buscar asilo, pero no el *derecho a recibir* asilo. De este modo, se crea un vacío legal entre el derecho de buscar asilo y la discrecionalidad que tiene el Estado para otorgarlo. En dicho contexto normativo, el rol del principio de *non-refoulement* en relación con la admisión de solicitantes de asilo está sujeto a límites importantes. En todo caso, éstos no son sinónimos, puesto que el asilo es un concepto positivo que incluye la admisión y autorización de residencia con el fin de proteger al individuo contra la jurisdicción de otro Estado, mientras que el principio de *non-refoulement* es, por el contrario, un concepto negativo que prohíbe la devolución al

⁴⁴ Para una perspectiva general del principio de *non-refoulement* en derecho internacional, véase V. Chetail, “Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international”, en V. Chetail y Jean-François Flauss, eds., *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés-50 ans après: bilan et perspectives*. Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 3-61; Elihu Lauterpacht y David Bethlehem, “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Erika Feller, Volker Turk y Frances Nicholson, eds., *Refugee Protection in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-164; Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*. 3a. ed. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 117-171.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 32 de la Convención de Ginebra.

⁴⁶ “Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”. Para un comentario extensivo respecto de esta disposición legal, véase G. S. Goodwin-Gill, “Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention and Protection”, en *op. cit.*, *supra* nota 44, pp. 185-252.

⁴⁷ Asamblea General, Resolución 217A (III), U.N. Doc/A/810 at 71 (1948).

país desde donde se ha desatado la persecución. Este último es, por ende, un punto intermedio entre la soberanía estatal y la protección de los refugiados.

No obstante lo anterior, en la práctica el principio de *non-refoulement* prepara el camino para un asilo *de facto*. El respeto por la prohibición de devolución implica dos posibilidades: enviar al solicitante de asilo a un tercer país donde no hay amenaza de persecución, o admitirlo temporalmente con el fin de examinar si su situación corresponde a la definición de refugiado en virtud de la Convención de Ginebra. Respecto de la primera posibilidad, el concepto de tercer país se basa en el supuesto de que la prohibición de devolución está limitada a enviar a una persona al Estado en que ésta estaría sujeta a un riesgo de persecución. Consecuentemente, nada impediría a dicho Estado enviar a un solicitante de asilo a cualquier otro país, siempre y cuando no haya riesgo de persecución. La idea básica es que un solicitante de asilo debe establecer su solicitud de adquisición del estatus de refugiado en el primer país susceptible de concederle dicha protección. La mayor dificultad es establecer el nivel de protección que un tercer país debe proveer. Este nivel se define generalmente a partir de la verificación de tres condiciones acumulativas:

- El tercer país no es el país donde se ha desarrollado la persecución.
- El tratamiento de los solicitantes de asilo debe conducirse de acuerdo con los estándares de derechos humanos generalmente aceptados.
- Los refugiados o solicitantes de asilo están protegidos contra la devolución indirecta, bajo la cual un tercer país decide eventualmente devolver al refugiado al territorio donde su vida y libertad han sido puestas en peligro. De hecho, el principio *non-refoulement* excluye la posibilidad de que solicitantes de asilo puedan ser enviados a un tercer Estado donde existe riesgo de que sean enviados al Estado de donde nace la persecución.

En la práctica, el envío de un solicitante de asilo hacia un tercer Estado siempre será un reto. En virtud del derecho internacional general, dicho envío requiere del consentimiento del tercer Estado para admitir a los solicitantes de asilo, compromiso que es difícil de obtener en la ausencia de una obligación convencional. Si la opción de un tercer país no se encuentra disponible, el principio de *non-refoulement* implica entonces asilo temporal y acceso a procedimientos justos y eficientes para el estudio de la solicitud de asilo.

Sin embargo, el principio *non-refoulement* no es absoluto en virtud del derecho internacional de los refugiados. Al momento de la adopción del artículo 33 de la Convención de Ginebra, los Estados eran conscientes de la posible erosión del concepto de soberanía que dicho artículo podría provocar. Por esta razón, se agregó un segundo párrafo al artículo 33 estableciendo que el derecho a la no devolución no podría ser alegado por alguien que representara un peligro para la seguridad del país, o que hubiera sido condenado por un “delito particularmente grave”.⁴⁸ No obstante lo anterior, cualquier excepción a dicho principio cardinal debe ser interpretada de forma restrictiva, de conformidad con los prin-

⁴⁸ La disposición expresa: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

cipios generales del derecho, incluyendo el debido proceso y los requisitos de proporcionalidad y de necesidad.

A pesar de dichas excepciones, el artículo 33 constituye una de las disposiciones fundamentales de la Convención de 1951, a la cual no está permitido introducir ningún tipo de reserva (artículo 42). La importancia de dicho principio ha sido reiterada en numerosos instrumentos. A nivel universal, debe hacerse mención de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, adoptada unánimemente por la Asamblea General en 1967.⁴⁹ El artículo 3(1) de dicha Declaración establece que: “Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución”.⁵⁰

A nivel regional, la Convención de la OUA Gobernando Aspectos Específicos de los Refugiados en África de 1969⁵¹ le da expresión en forma vinculante a un importante número de principios relacionados con el asilo, incluyendo el principio *non-refoulement*. De acuerdo con su artículo III (3): “No person may be subjected by a member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which should compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article 1, paragraphs 1 and 2”.

Es importante observar al respecto que la Convención de la OUA no permite ninguna excepción a la prohibición de devolución. De la misma forma, a nivel latinoamericano, la Declaración de Cartagena de 1984 reitera: “la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”.⁵²

La Unión Europea está igualmente preocupada por la necesidad de respetar la prohibición de devolución. El preámbulo de la Directiva del Consejo del 29 de abril de 2004 sobre la definición de refugiado proclama:

El Consejo Europeo, en su reunión especial en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, acordó trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951 (Convención de Ginebra), completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (Protocolo), afirmando de esta manera el principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución.⁵³

⁴⁹ Asamblea General, Resolución 2312 (XXII), 22 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 81, U.N. Doc. A/6716 (1967).

⁵⁰ Véase también el artículo III (3) de los Principios sobre Tratamiento de Refugiados, adoptados por el Comité Jurídico Consultivo Asia-África en 1966.

⁵¹ *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1001, p. 45, entró en vigencia el 20 de junio de 1974.

⁵² Noviembre de 22 de 1984. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/III.66/doc.10, rev. 1, pp. 190-93 (1984-85).

⁵³ Directiva del Consejo de Europa 2004/83/EC del 29 de abril de 2004 sobre los estándares mínimos para la calificación y estatus de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que requieren de protección internacional y el contenido de la protección otorgada, OJEU L. 304/12.

Conjuntamente con la prohibición de devolución contenida en el derecho de los refugiados, el derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación, similar pero estructurada en un lenguaje diferente, de no poner a una persona en situación de peligro como consecuencia de una devolución. La Convención contra la Tortura de 1984 prohíbe la expulsión o devolución a un lugar donde exista un riesgo sustancial de tortura. De acuerdo con su artículo 3:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.⁵⁴

Igualmente, la prohibición de tortura incluida en el artículo 7⁵⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵⁶ ha sido interpretada en el sentido de incluir una prohibición adicional contra la devolución de víctimas de tortura. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró en su Observación General Número 20 (1992) que: “los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”.⁵⁷

A nivel regional, el artículo 3⁵⁸ de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950⁵⁹ ha sido interpretado de una forma similar por la Corte Europea de Derechos Humanos.⁶⁰ De acuerdo con la Corte, la naturaleza absoluta de la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, implica la obligación de no devolver extranjeros sujetos a un riesgo real de sufrir dichos tratos en su país de origen. Esta interpretación amplia del artículo 3 fue inicialmente aplicada en el *Caso*

⁵⁴ Asamblea General, Resolución 39/46, anexo, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigencia el 26 de junio de 1987. Para un estudio sobre la práctica del Comité contra la Tortura, ver V. Chetail, “Le Comité des Nations Unies contre la torture et l’expulsion des étrangers: dix ans de jurisprudence”, en *Revue Suisse de Droit International et Européen*. Zurich, vol. 16, núm. 1, 2006, pp. 63-104.

⁵⁵ “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

⁵⁶ Asamblea General, Resolución 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 999, p. 171, entrando en vigencia el 23 de marzo de 1976.

⁵⁷ HRI/HEN/1/Rev. 1, 28 de julio de 1994, párrafo 9.

⁵⁸ “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁵⁹ *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 213, p. 222, entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953, modificado por los Protocolos Números 3, 5, 8, y 11, que entraron en vigencia el 21 de septiembre de 1970, 20 de diciembre de 1971, 1 de enero de 1990 y 1 de noviembre de 1998, respectivamente.

⁶⁰ Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Europea, véase V. Chetail, “Le droit des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants”, en *Revue Belge de Droit International*. Bruselas, vol. 37, núm. 1, 2004, pp. 155-210.

Soering de 1989⁶¹ y desde entonces ha sido formulada de la misma forma en numerosos casos, como el famoso *Caso Chahal* de 1997.⁶²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁶³ contiene la prohibición expresa contra la devolución. De acuerdo con su artículo 22(8): “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

Con excepción de la Convención Americana, los instrumentos de derechos humanos están redactados en un lenguaje diferente al del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. El principio de no devolución proveniente de los instrumentos en materia de derechos humanos se encuentra limitado al riesgo cierto de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras que su equivalente en el derecho de los refugiados está basado en un temor de persecución fundado. En la práctica, ambas obligaciones se superponen hasta cierto punto. Así pues, hay dos casos en los cuales los instrumentos de derechos humanos brindan una protección más amplia que la Convención de Ginebra:

- Primero, el principio de no devolución en derechos humanos es más amplio que su contraparte cuando la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes no están basados en uno de los cinco presupuestos de persecución enumerados de forma taxativa en el artículo 1(a)(2) de la Convención de Ginebra, esto es, respecto de raza, religión, nacionalidad, participación en un grupo social o político, y
- Segundo, el principio de no devolución en derechos humanos otorga protección cuando los refugiados son excluidos de la Convención de Ginebra debido a su conducta delictiva de acuerdo con los artículos 1(f) y 33(2) de la Convención de 1951. De hecho, dada su naturaleza absoluta, bajo ninguna circunstancia está permitido enviar a una persona a un Estado donde esté sujeta a un riesgo cierto de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o castigo.⁶⁴

⁶¹ *Soering v. Reino Unido*, 98 ILR 270.

⁶² En este último caso, la Corte de Estrasburgo introdujo el tema en los siguientes términos: “73. *As the Court has observed in the past, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. 74. However, it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In these circumstances, Article 3 implies the obligation not to expel the person in question to that country*”: *Chahal v. Reino Unido*, 108 ILR 385.

⁶³ Organización de Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 36, *United Nations Treaty Series*. Nueva York, vol. 1144, p. 123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, reimpressa en *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OAS/Ser.L/V/II.4, Rev.10, p. 25 (2004).

⁶⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos explicó en el *Caso Chahal*: “79. *Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Conven-*

IV. El principio de unidad familiar

Otra obligación internacional, de gran importancia en relación con la admisión de extranjeros, reside en el principio de unidad familiar.⁶⁵ El derecho a la unidad familiar es un derecho humano básico, reconocido por varios instrumentos legales. Por ejemplo, el artículo 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁶⁶

El rechazo de la admisión y la deportación de extranjeros han sido entendidos generalmente como decisiones que interfieren con el derecho a la vida familiar. La naturaleza ilegal o arbitraria de dicha interferencia requiere balancear el interés del Estado en remover de su territorio a un extranjero con el interés familiar de permanecer unida. El Comité de Derechos Humanos ha examinado si los efectos de la separación de la familia son desproporcionados respecto de los objetivos estatales de remoción de un extranjero. Dicha valoración requiere un examen caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, tales como la duración de la estadía en el país huésped, la edad, el grado de interdependencia económica y afectiva de la familia, contra los intereses del Estado en el cumplimiento de las leyes de inmigración.

Por ejemplo, en el *Caso Winata v. Australia*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la remoción de dos apátridas, anteriormente de nacionalidad indo-

tion and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.

80. *The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion. In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 is thus wider than that provided by Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees*, *Chahal v. Reino Unido*, 108 ILR 385.

⁶⁵ Véase al respecto: Mark E. Villiger, "Expulsion and the Right to Respect for Family Life (Article 8 of the Convention)", en *Protecting Human Rights, The European Dimension*. Colonia, Carl Heymanns, 1988, pp. 657-662; Hugo Storey, "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", en *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, vol. 39, 1990, pp. 328-344; Hélène Lambert, "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", en *International Journal of Refugee Law*. Oxford, vol. 11, núm. 3, 1999, pp. 427-450; K. Jastram, "Family Unity", en *Migration...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 185-201; Jens Vedsted-Hansen, "Migration and the Right to Family and Private Life", en *Mondialisation...*, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 689-722.

⁶⁶ Véase bajo la misma perspectiva: artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 8 de la Convención Europea sobre la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; artículo 11(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículo 18 de la Carta Africana sobre Derechos y Bienestar del Niño; véase también en el contexto migratorio: Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y la Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre el Derecho a la Reunificación Familiar de 2003.

nesia, y padres de un australiano de 13 años, constituía una interferencia arbitraria en su vida familiar.⁶⁷ El interés de Australia de hacer cumplir sus leyes no fue considerado como una razón suficiente para deportar a los padres, quienes habían sido residentes por un periodo de 14 años, la mayoría de este periodo habiendo intervenido luego del vencimiento de sus visas temporales. El Comité de Derechos Humanos explicó lo siguiente: “Habida cuenta de ese lapso de tiempo, para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración”.⁶⁸

Ciertas consideraciones de tipo penal pueden constituir una razón válida para justificar una interferencia con el derecho a la vida familiar. De este modo, el Comité no encontró interferencia arbitraria en dicho derecho en el caso de un hombre soltero de aproximadamente 30 años, que había vivido en Canadá desde su infancia y que tenía antecedentes penales permanentes.⁶⁹ Sin embargo, la seriedad de dicha conducta debe ser tenida en cuenta y debe ser sopesada contra todos los otros factores relevantes en cada caso. La extensa jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos confirma ampliamente la valoración del Comité de Derechos Humanos. En el *Caso Boulif v. Suiza*, la Corte encontró que la negación de renovar el permiso de residencia del demandante debido a sus antecedentes criminales constituía una violación de su derecho a la vida familiar, en virtud del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁷⁰ La Corte consideró que la esposa del demandante no podía aspirar a seguir a su esposo a Argelia, pues ella nunca había residido en ese país, no hablaba árabe y no tenía vínculos con dicho país.

V. Garantías procesales

El derecho internacional no sólo impone obligaciones sustantivas sobre los Estados respecto de la admisión o expulsión de extranjeros, sino que también se preocupa por la verificación del cumplimiento de ciertos requisitos procesales en las decisiones expedidas sobre dichos asuntos. La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de traer a colación la importancia del derecho a un remedio efectivo en un caso que implicaba la prohibición de reenvío derivada de la prohibición de tortura. En el *Caso Jabari v. Turquía*, la Corte explicó que: “*Given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised [...], the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned*”.⁷¹

⁶⁷ *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000 (16 de agosto de 2001).

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 7.

⁶⁹ *Canepa and Stewart v. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993 (16 de diciembre de 1996).

⁷⁰ *Boulif v. Suiza*, Decisión del 2 de agosto de 2001, Apl. núm. 54273/00.

⁷¹ European Court on Human Rights, *Jabari v. Turquía* (11 de julio de 2000), Rec. 2000-VIII, p. 202, párrafo 50. Véase también, *Vilvarajah v. Reino Unido* (30 de octubre de 1991), Serie A, núm. 215, p. 39, párrafo 125.

El derecho a un remedio efectivo es asimismo crucial en el contexto de una detención. La detención de inmigrantes ilegales no está como tal prohibida por el derecho internacional,⁷² pero es, sin embargo, un asunto sujeto a control por parte de las normas de derechos humanos que prohíben el “arresto arbitrario o detención”. Así como el artículo 5 de la Convención Europea y sus contrapartes regionales, el artículo 9(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

[...]

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

[...].

Estas reglas básicas son extremadamente importantes, ya que los Estados tienden a utilizar cada vez más la detención como una medida disuasiva contra la inmigración irregular. El alcance de dichas garantías procedimentales fue resaltado y especificado por el Comité de Derechos Humanos en el famoso *Caso A v. Australia* de 1997.⁷³ El Comité reconoció que una detención prolongada y sistemática de migrantes sin establecer la necesidad de dicha medida y sin una revisión periódica de los asuntos podía considerarse arbitraria en violación del artículo 9 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos explicó al respecto:

Sin embargo, el Comité observa que toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del periodo para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un periodo determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal. En el presente caso, el Estado Parte no ha aducido motivos que se refieran concretamente al caso del autor y que justifiquen la prisión continuada del autor por un periodo de cuatro años, durante los cuales pasó por diferentes centros de detención. Por consiguiente,

⁷² El artículo 5(1)(f) de la Convención Europea sobre Derechos Humanos permite de forma expresa la detención con el propósito de control migratorio: “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

⁷³ *A v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993 (30 de abril de 1997).

te, el Comité considera que la detención del autor durante un periodo de más de cuatro años fue arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9.⁷⁴

El Comité especificó asimismo el alcance de la obligación de proveer un mecanismo de revisión judicial, con el fin de controlar la legalidad de cada detención:

A juicio del Comité, el examen judicial de la legalidad de la prisión con arreglo al párrafo 4 del artículo 9, que debe incluir la posibilidad de ordenar la puesta en libertad, no se limita a que la prisión se ajuste meramente al derecho interno. Aunque el ordenamiento jurídico interno puede establecer distintos métodos para garantizar el examen por los tribunales de la prisión administrativa, lo que es decisivo a los efectos del párrafo 4 del artículo 9 es que ese examen sea, en sus efectos, real y no únicamente formal. Al prever que el tribunal debe tener facultades para ordenar la puesta en libertad “si la prisión fuera ilegal”, el párrafo 4 del artículo 9 exige que el tribunal esté facultado para ordenar la excarcelación si la prisión es incompatible con los requisitos del párrafo 1 del artículo 9 o de otras disposiciones del Pacto. Esta conclusión está respaldada por el párrafo 5 del artículo 9, que evidentemente rige la cuestión de obtener reparación por toda prisión que sea “ilegal”, bien conforme al derecho interno o en el sentido de lo dispuesto en el Pacto. Como las alegaciones presentadas por el Estado en el presente caso muestran que las posibilidades que tuvo A para la realización de un examen judicial se limitaron, de hecho, a una determinación formal del hecho evidente de que era efectivamente una “persona designada” en el sentido de la Ley enmendada de migración, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del autor en virtud del párrafo 4 del artículo 9 a que un tribunal examine el asunto de su prisión.⁷⁵

En el contexto particular de la expulsión, los derechos humanos proveen reglas procedimentales detalladas y específicas. De acuerdo con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

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.

Disposiciones similares han sido incluidas en otros tratados de tipo regional y universal, como el artículo 32 de la Convención de Ginebra sobre el Estatus de los Refugiados y el artículo 1 del Protocolo Número 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos y el artículo 12(5) de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. El alcance de estas disposiciones está sujeto a tres requerimientos principales. Primero, dichas reglas procedimentales se

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 9.4.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 9.5. Para otra ilustración del marco legal de la Convención Europea de Derechos Humanos, véase European Court on Human Rights, *Amuur v. Francia*, 25 de junio de 1996, *Serie A*, núm. 11, 1996-III.

aplican solamente a “extranjeros que se encuentran de forma legal en el territorio del Estado Parte”, lo que excluye a los que ingresaron de forma ilegal. Sobre este punto, el Comité de Derechos Humanos ha argumentado que “[n]o obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”.⁷⁶ Segundo, los estándares de derecho internacional se refieren al derecho de revisión por una “autoridad competente”, sin que se especifique expresamente el derecho a la revisión judicial. Debe mencionarse, sin embargo, que el derecho interno de muchos Estados va más allá de tal requisito y garantiza el acceso a un tribunal independiente. Tercero, dichas garantías pueden ser anuladas si hay “razones imperativas de seguridad nacional” que justifiquen, por ejemplo, procedimientos *in camera* en asuntos de terrorismo.

Adicionalmente, otra regla procedimental importante es la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.⁷⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos especificó el contenido de dicha prohibición en el *Caso Andric v. Sweden* de 1999. A este respecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

*Collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis.*⁷⁸

VI. Conclusión

Como se ha ilustrado a través de varias normas brevemente examinadas en la presente contribución, la protección jurídica internacional de los migrantes se ha convertido en una parte integral del derecho internacional de los derechos humanos. Su creciente e inevitable importancia para la reglamentación del comportamiento de los Estados respecto de los asuntos migratorios no es ni sorprendente ni completamente nueva. Esto se deriva de la filosofía general de la Carta de las Naciones Unidas, que considera como uno de sus principios, en virtud de su artículo 55, “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

⁷⁶ Observación General Número 15, párrafo 9 (1986).

⁷⁷ Véanse el artículo 4 del Protocolo Número 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos y el artículo 22(9) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos también ha interpretado el mencionado artículo 13 del Pacto en el sentido de solicitar “analizar cada caso de forma individual” y, por lo tanto, prohibir la expulsión colectiva. Observación General Número 15, párrafo 10 (1986).

⁷⁸ European Court on Human Rights, *Andric v. Suecia* (23 de febrero de 1999), Appl. núm. 45917/99. Véase también European Court on Human Rights, *Conka v. Bélgica* (5 de febrero de 2002), Appl. núm. 51564/99.

En la actualidad, el principal reto no yace en la existencia de normas internacionales en materia de derechos humanos de los migrantes, sino en su efectiva aplicación por parte de los Estados. Los debates políticos y jurídicos sobre la migración internacional han sido enfocados generalmente en temas como el control de las fronteras, el terrorismo, los crímenes transnacionales y la inmigración irregular. En dicho contexto, los derechos humanos de los migrantes se encuentran subordinados al interés de los Estados. Aunque los inmigrantes hagan contribuciones importantes a nivel socioeconómico al país donde viven y trabajan, los Estados no parecen estar dispuestos a reconocer la vulnerabilidad de este grupo respecto de potenciales violaciones de sus derechos humanos. Las distinciones *de jure* entre ciudadanos y no-ciudadanos facilitan el camino hacia una “generalizada —y errónea— concepción de que los migrantes no se encuentran cobijados por la completa protección del derecho de los derechos humanos, usualmente por la creencia de que sólo a los ciudadanos se les garantizan dichos derechos”.⁷⁹ Otros factores agravantes, como la recurrente crisis económica y el espectro de la violencia terrorista, han llevado a fantasías irracionales que sirven para crear un ambiente fértil de violaciones a los derechos humanos.

Mientras el migrante sea percibido como un individuo que puede ser explotado a voluntad, sujeto a discriminación, racismo u otras formas de intolerancia, las normas que rigen sus derechos no serán efectivas. A pesar de que los derechos humanos no contengan todas las soluciones, su marco de referencia puede ser considerado como un estándar universal y apropiado para asumir varios aspectos del fenómeno migratorio, y por ende, para asegurar un mínimo de coherencia en la protección de los migrantes. En otras palabras, se trata de darse cuenta de que los derechos de los migrantes no son sino derecho humanos.

⁷⁹ Fernand de Varennes, *Strangers in Foreign Lands-Diversity, Vulnerability and the Rights of Migrants*. París, UNESCO, 2003 p. 9 (Management of Social Transformation, Working Paper 9) (traducción hecha por el autor).