

Ser extranjero después del 9/11: el margen de apreciación de los Estados en la libertad personal y las facultades de expulsión



Lila Emilse García*

“La determinación de quienes son nacionales”, recuerda la Corte, “sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia” (Corte IDH, Niñas Yean y Bosico, 2005, párrafo 140).

* Alumna de la Maestría en Relaciones Internacionales (IRI – UNLP)

Abreviaturas.

“CA” o “la Convención” *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

“CDH” *Comité de Derechos Humanos (órgano del PIDCyP)*.

“CIDH” *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

“Corte IDH” *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

“Corte EDH” o “CEDH” *Corte Europea de Derechos Humanos*.

“DA” *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

“DIDH” *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

“DU” *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

“CG”, *Comentario General, jurisprudencia de los órganos de protección de los instrumentos celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas*.

“CM” o “Convención sobre los Migrantes” *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*.

“OC-18/03” *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (Emitida por la Corte IDH)*.

“OC-16/99” *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal” (Emitida por la Corte IDH)*.

“PIDCP” o “el Pacto” *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

1. La ecuación: más discrecionalidad estatal=menos legalidad

El 11 de septiembre de 2001, que duda cabe, significó un golpe de estado a la situación y organización internacional. Para algunos, señaló el principio del fin de la hegemonía estadounidense (Galbraith) o el inicio de su decadencia (Wallerstein) pero al mismo tiempo, fue le punto de partida a un nuevo uso de su poderío unilateral, incluso frente al derecho internacional, con su retórica "están con nosotros o contra nosotros". Entre sus consecuencias más visibles, ello puso seriamente en jaque el (ya cuestionado) rol de las Naciones Unidas y reinstaló una concepción de seguridad en el top de la agenda internacional que tamizaría las demás cuestiones, importando un retroceso en la situación de la persona como sujeto de derecho internacional. En este punto, nótese que el 9/11 marcó un punto de inflexión en las políticas hacia los extranjeros, en particular migrantes. En primer lugar, al volver palpable la realidad de la asimetría mundial (incluso en la manera de conducir las hostilidades) y mostrar un "Enemigo Público" difuso, que en poco tiempo fue enrostrado, sucesivamente, en distintos países y personajes de Medio Oriente. En segundo lugar, por el hecho que, según pudo constatar, los 19 terroristas eran extranjeros, aunque con visas de estudiantes (en su mayoría, saudíes). Por si fuera poco, el contexto mundial de profundización del capitalismo o en su más amplio espectro denominado *globalización*, ha impactado notablemente en el llamado fenómeno migratorio.¹ Estos factores impactaron de lleno en la protección de los extranjeros.

Por otro lado, el mismo emprendimiento militar estadounidense y sus costos (económicos pero sobre todo políticos) han puesto en jaque la economía, inseguridad que, traducida en la esfera doméstica de cada cual, permite la permeabilidad y apropiación del discurso del extranjero (el Enemigo) que viene a "hurtar, matar y destruir" (Juan 10:10).



Esta securitización de la agenda internacional más el abandono de la estrategia multilateral por una actitud unilateral (Simonoff, 2007: 74)² conlleva un tratamiento de la migración y la extranjería

1 Como lo reconoce el profesor Lacomba (2001), "en las últimas tres décadas se han producido cambios significativos en cuanto a la conceptualización de los enfoques y modelos teóricos del fenómeno migratorio".

2 Tulchin (2004), por su parte, sostiene que no fueron los atentados del 2001 los responsables de la unilateralización y aislacionismo de la agenda Bush: la administración ya era unilateralista y aislacionista y así permaneció luego de los atentados.

como una cuestión de seguridad interna e internacional que, juntas, determinaron una gestión unilateral con rasgos fuertemente policíacos; la interdependencia global, cooptada.

Frente a esta identificación extranjero=terrorista, se adoptaron diversas medidas que no sólo desafiaban los logros de legislaciones o políticas anteriores sino que incluso echaban por tierra los fundamentos más elementales de protección de la persona en general y los extranjeros en particular. Los Estados Unidos –por contar sólo el inicio- adoptan varias medidas en materia migratoria: vía libre para la discrecionalidad de los agentes del INS (Servicio de Inmigración), comenzando como una “zero-tolerance policy” para llegar a una “denial without RFE policy”, que finalmente tuvo que ser dejada de lado³. Ante el fracaso de estas medidas, la salida más breve (y “cosmética” -Dobkin, 2006) fue disolver, en 2002, el INS, repartiéndose sus funciones entre algunas novedades institucionales: el *Department of Homeland Security* (DHS), cuya misión primaria es justamente combatir el terrorismo, el *Citizenship and Immigration Service* (CIS), el *Immigration and Customs Enforcement* (ICE), y el *Border and Customs Protection* (BCP).

Por su parte, la USA Patriot Act⁴ (octubre 2001) contiene un paquete de medidas destinadas básicamente al control de los extranjeros catalogados como terroristas a la vez que limita las posibilidades de revisión judicial. Según la misma, “inmigrante terrorista” es cualquier extranjero que haya actuado, esté actuando, o que, en cualquier momento después de haber sido admitido dentro de Estados Unidos, participe en cualquier actividad terrorista. A los fines de facilitar la “identificación”, una organización terrorista es toda aquella que así haya sido designada por el Secretario de Estado: por ejemplo, Cuba (“estado sponsor del terrorismo”, designación que data del año 1982 y que en la actualidad se mantiene.⁵). En los años siguientes tendrían lugar sendas leyes de inmigración bajo la disciplina el garrote: en 2005 se dictan la *Real ID Act of 2005* y la *Border Protection, Antiterrorism and Illegal Immigration Control Act of 2005* (BPAIICA)⁶. Ellas y las

³ La política de tolerancia cero se dirigió hacia los empleados del Servicio Nacional de Inmigración luego de un episodio un tanto confuso en el cual cuatro pakistaníes obtuvieron visas de un oficial migratorio que luego desapareció. Ello provocó la extensión de la práctica, entre los oficiales, de solicitar RFEs (Requests for Evidence), o sea, requerimientos de mayor documentación y prueba de las aserciones hechas en el formulario de aplicación, lo cual terminó colapsando el INS. A raíz de ello, el Director dispuso que los oficiales podían rechazar las aplicaciones sin más trámite y, especialmente, sin solicitar RFE alguno, lo cual terminó, ante la avalancha de apelaciones, en el reconocimiento de que todo ello no estaba funcionando y que se dejaba sin efecto una y otra disposición (véase Dobkin, 2006).

⁴ El título oficial de la USAPA de 2001 es: *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (USA Patriot Act) Act of 2001

⁵ Información proporcionada por el sitio Web del Gobierno de los Estados Unidos: <http://www.state.gov/p/wha/rls/fs/22905.htm>

leyes siguientes (de 2006 y de 2007) ponen un ojo en latinos, caribeños y árabes por igual.

Este es apenas un panorama, entre muchos, para mostrar cómo la participación de extranjeros en los atentados sirvió como trampolín para reavivar el fantasma del Enemigo Extranjero y permitir el ascenso e institucionalización de las corrientes racistas (Italia, Francia, España, la política de la Unión Europea aprobada hace pocas semanas) hasta, incluso, reavivar la derecha nazi (Austria).



Entre todos los derechos que le son negados al extranjero, este trabajo se centra en aquellos susceptibles de ser discutidos dentro del marco de lo jurídico y no de las acciones de la política unilateral de los Estados.

En particular, el tema de la libertad física de las personas en territorio o bajo la jurisdicción extranjera presenta ribetes especiales. Ya desde los años '90 con la detención de haitianos y cubanos en la Base militar estadounidense en la Bahía de Guantánamo se llegó a sostener que prohibir la detención por tiempo indeterminado crearía una "puerta trasera a Estados Uni-

dos" para extranjeros peligrosos; exigir la liberación de esos detenidos, en concreto, crearía "un vacío manifiesto en lo relativo a la seguridad en las fronteras que aprovecharían Gobiernos u organizaciones hostiles" que "intentan colocar a personas en Estados Unidos en beneficio de sus propios intereses".⁷ Desde que los extranjeros y particularmente migrantes son objeto privilegiado del encierro (sea por chivo expiatorio de las políticas criminales, por la sanción que apareja la infracción administrativa ilegalidad, por "cuarentena sanitaria"), los distintos aspectos de este derecho merecen una atención especial: (i) el derecho a la libre circulación (entendido como el derecho a entrar, circular, residir y salir de un Estado, incluido el propio), (ii) a la libertad física y las condiciones para la detención, sea de índole penal como especialmente administrativa y por último, (iii) el derecho a no ser expulsado de un Estado.

6 A grandes rasgos, la primera incluye: (i) severas calificaciones para aquellos que buscaran el "United States relief"; (ii) el establecimiento de estándares federales para la expedición de licencias de conductor; (iii) proveer a las autoridades del Departamento de Seguridad Nacional lo necesario para la construcción de barreras físicas a lo largo de las fronteras estadounidenses. La segunda se dedica exclusivamente a medidas para reforzar la protección de "border and interior enforcement", incluyendo un significativo fortalecimiento de las sanciones contra los empleadores; ordena la verificación electrónica de los números de registro de la seguridad social y de extranjeros para todo trabajador nuevo contratado dentro de los cinco años de promulgación de la ley.

7 Citado por De Zayas (2005).

2. Delineando territorios: el margen de actuación del Estado vs. los derechos discutidos.

2.1. El margen de actuación del Estado.

El asunto del “margen de apreciación” de los Estados o de los límites a su potestad soberana es uno de los más apasionantes del derecho público. Delineado entre el principio clásico de la soberanía de los Estados -según el cual es el guardián de los elementos que conforman la tríada gobierno-territorio-población- y el relativamente nuevo aporte de los derechos humanos -según el cual hablamos de derechos que se garantizan a todos los seres humanos bajo la jurisdicción de un Estado sin distinción alguna por condiciones sociales, económicas, etc., incluida la nacionalidad-, *la interrogante para la cuestión de la persona bajo jurisdicción extranjera puede ser formulada como “en qué medida el Estado puede efectuar una diferenciación válida no discriminatoria basada en la condición de extranjero o en la condición migratoria”*.



Aquella indiferencia de la universalidad (de los derechos humanos) respecto a la nacionalidad no significó que el Estado no pudiera efectuar diferencias en el trato dado a sus nacionales con respecto a los extranjeros, aunque el principio general sea que los derechos (todos) deben ser garantizados a extranjeros y ciudadanos por igual.⁸ De hecho, son las mismas convenciones las que reconocen la extranjería o la legalidad de la estancia en un Estado como factores que influyen en el reconocimiento o bien en el goce de ciertos derechos: los derechos políticos (ciudadanos), el derecho a la circulación (“personas residentes legalmente en el territorio de un Estado”, art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CA). Incluso, convenciones más modernas como la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares* (“CM”) dedica para los trabajadores en “situación regular” un elenco exclusivo de derechos.

Sin embargo, existen muchas cosas que las fuentes del derecho internacional no dicen explícitamente para quedar bajo las posibilidades de definición válidas del Estado. En primer lugar, cuando la Corte Interamericana examina “las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios” (OC-18/03, párr. 89)⁹, se refiere a los dos casos indubitables: (i)

⁸ Comité de Derechos Humanos, General Comment No. 15 (1986), “*The position of aliens under the Covenant*”, párrafo 2.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “*Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”.

cuando la diferenciación sea un instrumento para la protección de aquellos en situación de debilidad o desvalimiento, esto es, cuando incluso la diferenciación se impone para remediar situaciones de hecho desiguales; (ii) cuando las desigualdades sean limitaciones en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía. Uno y otro extremo dejan un amplio margen en blanco para otras distinciones basadas en la condición de extranjero y más aún, para aquellas personas sujetas a la jurisdicción de un Estado "contra la voluntad de éste" ("*unwanted*" o *undesired migrants*). El Estado tiene obligaciones respecto a todas las personas sujetas a su jurisdicción, pero es él mismo quien, en el cada vez más globalizado/localizado mundo (*fragmegrado*, diría Rosenau), controla sus fronteras -aunque dentro de la lógica nacio-territorial, lo cual determina grandes fracasos en las políticas migratorias¹⁰-, define quien es nacional y quién es extranjero y en específico, aquellas reglamentaciones que "razones de seguridad nacional", determinan que la condición de regularidad o en menor medida la nacionalidad es necesaria para el goce de ciertos derechos.

2.2. Los derechos discutidos.

La lista de derechos de los extranjeros y migrantes ha sido comúnmente condensada bajo la afirmación de que deben gozar de todos los derechos. La amplitud de la misma y la constatación de ciertos derechos reservados sólo a los ciudadanos o sujetos a la instancia legal en un determinado Estado termina desvirtuando sus buenas intenciones. Salvo que sea una afirmación meramente *de lege ferenda*, el grado de reconocimiento de los derechos humanos para este colectivo dista bastante, tanto más en la práctica que en la jurídica, de la misma; por otra parte, si aquél "todos" se refiere a todos los derechos que le son reconocidos a extranjeros y migrantes-como la afirmación de la Asamblea General de Naciones Unidas: los Estados deben proteger "los derechos humanos... de los migrantes"¹¹- es tautológica y no despeja, en definitiva, la pregunta acerca de cuáles serían esos derechos.

Una interpretación que volcara en otro lado (García, 2005) permite acercarnos a aquellos derechos de los extranjeros susceptibles de ser discutidos dentro del margen de apreciación de los Estados.

¹⁰ Cornelius (2005) y Castles (2004) dan un panorama, para Estados Unidos y para el diseño general de las políticas migratorias respectivamente, sobre las causas de los fracasos de dichas políticas, ubicandolas en ciertos *misunderstandings* ("*migration mainly determined by market forces*", "*state migration control efforts still follow[ing] a national logic, while many of the forces driving migration follow a transnational logic*", Castles).

¹¹ Asamblea General de Naciones Unidas, Res. A/RES/54/166, "Protección de los migrantes", 24/01/00.

Es posible ubicar dos categorías de derechos indiscutibles: unos denominados “irresistibles” y los de “de ciudadanía”. La exclusión de estos últimos para los extranjeros surge obvia, al menos en sus términos, tanto de la CA (art. 23) como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP” o “el Pacto”, art. 25). En el otro extremo (total reconocimiento), se ubicarían aquellos pertenecientes al *núcleo duro* (vida, esclavitud, igualdad, etc.), mayoritariamente del dominio del *ius cogens*¹². Tales derechos se hallan enumerados en las cláusulas de suspensión de obligaciones¹³ de los Estados (art. 4 del PIDCP; 27.2 de la CA), con más la protección judicial y las debidas garantías para tales derechos (Corte IDH, OC-8/87 y 9/87)¹⁴, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (Corte IDH, OC-18/03), aspecto este último que reviste la mayor importancia para extranjeros y migrantes (art. 7 CM).

En consecuencia, surge que el derecho a la vida, la prohibición de tortura y la protección de la integridad personal, la prohibición de esclavitud, de la prisión por deudas, el principio de legalidad y de retroactividad, el reconocimiento de su personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, conciencia y religión (hasta aquí, la enumeración es igual en el Pacto y en la Convención), derechos del niño, protección de la familia y el derecho a una nacionalidad no son susceptibles de suspensión bajo ninguna emergencia por lo cual, mal podrían ser suspendidos con respecto a ciertas personas, ni en situación de excepción ni en situación normal. Dentro de estos derechos no suspendibles hay una subcategoría: aquellos que, además, no admiten restricción alguna¹⁵;

12 En este sentido, la Corte IDH ha afirmado, por ejemplo, que la prohibición de tortura en todas sus formas es absoluta, completa e inderogable: forma parte del dominio del *ius cogens* (Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 112; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92).

13 La “suspensión de derechos”, como normalmente se la conoce, tiene lugar bajo estados de excepción (solamente “guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” –art. 27.1 CA- o, en general y según el Pacto, “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”, art. 4) y se trata, en realidad, de una suspensión de las obligaciones a cargo del Estado, lo cual significa, en definitiva, una suspensión en el ejercicio de los derechos que el estado de excepción determine y no, una suspensión “de derechos” (lo cual tiene importantes implicancias a la hora de habilitar los recursos judiciales para evaluar la suspensión). Esta posibilidad de suspensión está limitada por dos disposiciones de fondo: (i) Art. 27.1 final (análogo al Art. 4 del Pacto), limitación a las exigencias de la situación, no deben ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; (ii) establece un set de derechos cuyo ejercicio no es suspendible y ergo, los Estados no pueden abandonar sus obligaciones al respecto ni aún en una situación de excepción debidamente notificada: son los derechos enumerados en el art. 27.2 CA (concordante al 4.2. del Pacto).

14 Es de notar, en este punto, que según el Pacto, las debidas garantías serían susceptibles de suspensión, cuestión que trataremos más adelante.

15 Cuando hablamos de restricción nos referimos a aquella limitación que opera en situación “normal”.

o sea, todos, con excepción del derecho a la libertad de conciencia y religión y a la libertad de pensamiento. Por no admitir limitación alguna (ni restricción ni suspensión), estos derechos vienen a conformar la categoría de derechos *irresistibles*: la suspensión o restricción de hecho por parte de un Estado parte en la Convención cae en el ámbito de la ilegalidad y, en consecuencia, de la responsabilidad internacional.

Fuera de estos, tenemos un elenco de derechos cuya restricción puede ser habilitada según fórmulas tan amplias como "orden público", "seguridad pública", etc., según se ilustra en el cuadro de la página siguiente.

La pregunta es, entonces, acerca de la posibilidad de los Estados de restringir válidamente los derechos enumerados en A-H, rellenando las autorizaciones de 1 a 6 (*limitation clauses*) con motivos tales como la extranjería o la estancia irregular. Esto nos plantea dos situaciones distintas.

Por un lado, las principales convenciones de derechos humanos no prohíben, decíamos, la posibilidad de que los Estados efectúen una diferencia entre quienes son sus nacionales y quienes son extranjeros. Por otro, estos mismos instrumentos no se refieren en su mayoría a la migración ilegal (probablemente por tratarse de un fenómeno que ha acaparado la atención de los derechos humanos en los últimos años) y para los casos en que así lo hace, se expide solamente sobre la migración legal. Una y otra dejan, entonces, el poder de decisión en cabeza de los Estados.¹⁶

Para estos casos, el parámetro de análisis estriba en evaluar cuándo una distinción es razonable o, por el contrario, constitutiva de discriminación. En su caso, la pregunta "¿en qué medida la extranjería puede constituir un criterio de diferenciación sin ser discriminatorio?" o "¿puede ser fundamento de una restricción o suspensión?" nos lleva a despejar, (i) en primer lugar, cuál es el contenido de la igualdad y la no discriminación y, (ii) en segundo lugar, el margen que tiene el Estado para apreciar cuando una distinción cae dentro de las permitidas por razones de interés

¹⁶ En esta tésis, la producción moderna se ha ocupado de enfatizar la igualdad entre migrantes legales e ilegales (Corte IDH, OC-18/03, por caso) y de limitar la lista de derechos en los cuales el Estado puede limitar aquellos reconocidos a los trabajadores indocumentados (Parte IV, CM), enfrentando dos grandes obstáculos: la actitud reacia de los Estados para vincularse a la Convención de los Migrantes, la cuota de discrecionalidad para establecer "leyes" que utilicen uno u otro parámetro (extranjería, legalidad) para establecer distinciones válidas o bien, rellenar el contenido de las *limitation clauses*.

CUADRO 1. Limitación:

Derecho	1 De Conformidad con las leyes	2. Seguridad pública.	3. Orden, Salud y Moral Públicas	4. Derechos y libertades de 3ros.	5. Seguridad Nacional.	6. Otras
A. Libertad y Seguridad (7.2)* [9.1]	Más Constitución. [En el Pacto, sólo ley]	-----	-----	-----	-----	-----
B. Indemnización	Sí.	-----	-----	-----	-----	-----
C. Conciencia y religión (12) [18]	Sí (ambos)•	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	-----	-----
D. Expresión (13) [19]	Sí (ambos)	[Sólo en el pacto]	Sí (ambos)	-----	Sí (ambos)	Respeto a la reputación de los demás (ambos)
E. Reunión (15) [21] y asociación (16) [22]	Sí, "que sean necesarias en una sociedad democrática" (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	-----
F. Propiedad Privada (21) [sin equivalente]	Sí.	-----	-----	-----	-----	Privación por utilidad pública o interés social.
G. Circulación y residencia (22), [12.3]	Sí (ambos), ("que sean necesarias en una sociedad democrática" sólo en la Convención)	Sí	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Interés Público, en zonas determinadas.
H. Expulsión (22.5) [13]	[(SI)]: ("decisión adoptada de conformidad a la ley".)	-----	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)	Sí (ambos)

*El número entre paréntesis corresponde al artículo de la Convención; entre corchetes, al del Pacto. •Cuando se indica "ambos": la limitación es igual en ambos instrumentos (la Convención Americana y el Pacto de Civiles). A falta de indicación, sólo en la Convención.

(nacional), seguridad, etc. Recordemos que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que estas sean” (OC-18/03, párr. 172).

3. Construyendo los márgenes de actuación del Estado

3.1. Las personas sujetas a su jurisdicción.

El art. 1.1 de la CA (2.1. del Pacto) ha sido utilizado primordialmente para fijar las obligaciones que los Estados Parte se comprometen a cumplir sin discriminación alguna. El quid de la cuestión, para los extranjeros, requiere despejar, en primer lugar, el alcance de esta “jurisdicción”. Según la CA, los compromisos se asumen respecto a “toda persona sujeta a la jurisdicción de dicho Estado”, se encuentre o no en su territorio. En el Pacto, (art. 2.1), estas circunstancias deben ser concomitantes (inciso 1). La CM es todavía más moderna, al aclarar que las obligaciones del Estado nacen en una o en otra situación, sea que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción (art. 7). Esto no es ningún orden de prelación ni se trata de circunstancias acumulativas: la interpretación que mejor se condice con el principio de protección de la persona humana indica que, si se trata de dos o más Estados distintos, todos están igualmente obligados. Otra pregunta es si esta sujeción requiere la “voluntad” del Estado. La misma indicaría que las personas que se encuentran bajo dicha jurisdicción pero contra la voluntad expresa o presunta del mismo no podrían beneficiarse de las obligaciones asumidas por dicho Estado.

Desde una óptica *ex principis*, podría argumentarse que esos “habitantes sometidos a su jurisdicción” son legítimamente repelidos de la trinidad Gobierno-Población-Territorio, argumento al cual ya la CIDH ha contestado que “pese a que los tribunales nacionales consideren que los <<extranjeros excluibles>> nunca ingresaron al territorio de USA para efectos de la legislación interna, ello no puede servir de justificación para incumplir la obligación de garantizar los derechos establecidos en la Declaración Americana, incluso para tales “extranjeros excluibles”, si se hallan bajo jurisdicción del Estado¹⁷. En el otro extremo, una interpretación en el sentido corriente de las palabras (conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- CV) no debería distinguir en la voluntad del Estado (expresada a través de su política migratoria o de extranjería) de tener tales o cuales

17 CIDH, Informe 51/01, Caso 9903.

personas bajo su jurisdicción; en consecuencia, todas (y esto solo puede significar absolutamente todas) deben tener todos los derechos que convención, constitución y leyes les acuerdan a todas las personas, sean nacionales, extranjeros, indocumentados o no.

Cuando el art. 1.1 CA reconoce y garantiza el goce y ejercicio a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado de que se trate “sin discriminación” por razones de, por ejemplo, origen nacional, ello parecería significar que autoriza la posibilidad de supe- ditar dicho goce a diferenciaciones que no sean discriminatorias. El mismo constituye una norma general aplicable a todas las disposiciones del tratado (Cote IDH, OC-4/84), a cualquier distinción y por ende, a toda suspensión o restricción en el ejercicio de los derechos: de allí que incluso las cláusulas de limitación deban respetar aquélla prohibición. ¿Cómo sabemos, entonces, si una diferencia de trato basada en la condición de extranjero es una distinción autorizada o, por el contrario, constituye discriminación? Veamos cuál es el sentido de la discriminación en los dos instrumentos analizados.

3.2. Garantizar derechos “...sin discriminación alguna...”.

El segundo y más meduloso argumento se refiere a la segunda parte de la sentencia del art. 1.1. CA (2.1. del Pacto), sobre la cual establece que las obligaciones se asumen “sin discriminación alguna...”.¹⁸ Antes de entrar en tema, debemos precisar que por “discriminación” se entenderá una diferenciación prohibida; “distinción”, por el contrario, referirá a una diferenciación permitida.¹⁹

La prohibición de discriminación es un principio fundante del sistema de protección de los derechos humanos; se afirma, para la persona, en el “derecho a la igualdad”; para el Estado, es la potestad para hacer diferenciaciones en el trato, dentro de su “margen de apreciación”.

En particular, la prohibición de discriminación es la instancia normal de abordaje del problema de los extranjeros, ya que todo el complejo problemático (cultural, económico, social, etc.) tienen como causa común la discriminación más o menos institucionalizada que padecen.

18 Podría pensarse que no puede decirse mucho al respecto después de la OC-18/03 de la Corte IDH; en realidad, lo que la Corte Interamericana reconoció en dicha Opinión es el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación (párr. 101), y se refirió exclusivamente a la situación (administrativa) migratoria: la aplicación de la igualdad no depende del estatus migratorio (párr. 118) y no impide, en definitiva, otorgar un trato distinto a los documentados con respecto a los indocumentados o “entre migrantes y nacionales” (párr. 119), si el mismo no lesiona aquél principio.

19 La diferenciación entre “discriminación” y “distinción” es un criterio que la Corte IDH recoge en la OC-18/03, según el cual “el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos” (párr. 84).

Reconociendo que la discriminación es con frecuencia producto de desigualdades que están fuertemente arraigadas en la estructura de una sociedad, expresando ellas mismas normas sociales y common understandings, es necesario estar alerta frente a “arguments justifying a distinction as <<reasonable>> because it corresponds to the prevailing views in society...” (Choudhury, 2003).



¿Cómo construimos un concepto “universal” que supere las lecturas de cada sociedad?

A este respecto, seguiremos el siguiente orden de análisis: qué es discriminación, y fecho, qué es, entonces, una distinción válida (no discriminatoria).

3.2.1. La definición de discriminación. La definición de “discriminación” se reconoce como una de las cuestiones más arduas; de hecho, ni el Pacto ni la Convención definen que es discriminación ni da ejemplos al respecto. Según el Comité de Derechos Humanos²⁰, el término “discriminación” debería ser entendido en el sentido de implicar cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, la cual, basada en motivos tales como raza, color, sexo, idioma, origen nacional o social, etc, que tenga como propósito o efecto anular o menoscabar (*impairing*) el reconocimiento, goce o ejercicio por todas las personas, en un pie de igualdad, de los derechos y libertades (párr. 7).

CUADRO 2.

A. Acciones u omisiones potencialmente discriminatorias	B. <i>Ground</i>	C. Efecto o intención	D. Obligaciones del Estado/Derechos	E.
1. Preferencia	Origen nacional	1. Menoscabar	1.Reconocimiento	Derechos Y Libertades “influenciados” (pues para los demás se aplican iguales disposiciones que a los nacionales).
2. Distinción		2. Anular	2. Goce	
3. Restricción	Origen social		3. Ejercicio	
4. Exclusión	(otras)		4. Garantía	

Las etiquetas “A” a “E” responden, con algunas addendas, a las “bandas definicionales” expresadas por Rabossi (1990).

20 General Comment No. 18, “Non discrimination”, 10/11/89.

El Comité deja en claro: (i) que la prohibición de discriminación no sólo es para los derechos convencionales, sino también para los reconocidos constitucional o legalmente o en otros instrumentos internacionales²¹; (ii) que no toda diferencia de trato constituirá discriminación, si el criterio de tal diferenciación es razonable y objetivo y la intención es lograr un propósito legítimo bajo el Pacto (párr. 13).

Es interesante la inclusión del término “distinción” (A.2) para despejar la pregunta acerca de si era posible efectuar una diferenciación válida (distinción) basada en el origen nacional, racial o incluso religioso; o sea, si la mención “sin discriminación por motivos de...” significa: (i) no discriminar en base a esos motivos ni en base a la larga lista de etc. pero sí (ii) “distinguir” usando dichos *grounds*, para rellenar, por ejemplo, las cláusulas de limitación (la raza como argumento para limitar un derecho por razones de seguridad nacional). Veamos.

El art. 7 de la Convención de los Migrantes (una moderna especificidad) establece:

*Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, **sin distinción** alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (énfasis agregado).*

Nótese la diferencia destacada: mientras que la CA establece que los derechos se asegurarán “sin discriminación”, la CM, enuncia “sin distinción”, al igual que el Comentario #18 del Comité. Por si la orientación presentara alguna duda, dicha diferencia se ve ratificada en el *Fact Sheet* elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos para la Convención de los Migrantes: “... States parties should respect and ensure the rights contained in the Convention without **distinction of any kind...**”²² (énfasis agregado). Además, esta enumeración ensancha aquellas posibles de ser encontradas en cualquier otro instrumento de derechos humanos, al incluir situación económica, estado civil o patrimonio.

21 Véase Choudhury (2003).

22 Office of the United Nations, High Commissioner for Human Rights, “The International Convention on Migrant Workers and its Committee”, Fact Sheet No. 24 (Rev.1).

En la interpretación íntegra da, es posible concluir que, al utilizar el término “distinción”, ello indica que efectuar una diferenciación sobre cualquiera de los grounds señalados es discriminatorio; con la sola excepción, claro, de aquellos supuestos señalados por la Corte IDH en su OC-18/03 (diferenciación para remediar situaciones de hecho desiguales; limitación en el ejercicio de ciertos derechos políticos).



El art. 1.1. debe, en consecuencia, ser leído como sigue:

Los Estados Partes... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación, distinción, preferencia o exclusión** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social tal como el estado civil o el patrimonio que tenga por intención o efecto menoscabar o anular el reconocimiento, goce, ejercicio y ga-

rantía de los derechos reconocidos en la Convención, en otro instrumento internacional (art. 29.b CA) o en el derecho interno de los Estados Partes (OC-4/84, párr. 53-54).

3.2.2. La “distinción” y sus elementos.

Dado que no toda distinción de trato (entendida según parámetros fijados en la OC-18/03 como lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo²³) puede ser considerada ofensiva de tal dignidad humana, “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable” (énfasis agregado). ¿Cómo evaluamos si tal justificación es “objetiva” y “razonable”? En tal evaluación radica, en definitiva, la habilitación del Estado para efectuar diferenciaciones basadas en la condición de extranjero u, otro ejemplo, en la situación migratoria.

La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos (banda definicional “C” del cuadro 2); además debe ser “adecuada”: puede ser objetiva y razonable pero, en virtud del contexto, no ser adecuada. Se evalúan entonces, los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta para todas estas características los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. A este respecto, ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) que no sólo debe buscar un fin legítimo: se viola igualmente el precepto

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 84.

cuando se establece de manera clara que no hay una relación de razonable proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo²⁴.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (CG-18) y la Opinión Consultiva No. 4/84 de la Corte IDH permiten señalar, además, otros elementos que una interpretación integradora y de conformidad con el art. 30 de la Convención Americana señalan para tener en cuenta. No sólo debe ser (i) razonable; (ii) objetiva y (iii) perseguir un fin legítimo sino que también debe ser (iv) proporcional (lo cual incluye la aplicación administrativa y judicial por parte de las autoridades) y (v) adecuada, debiendo tener en cuenta (vi) los principios prevalecientes en una sociedad democrática (con lo cual se sitúa este principio *como parámetro y no como motivo autónomo de restricción*); (vii) así como los que derivan del respeto de los derechos humanos (señalado también en la OC-18/03, párr. 105): no debe menoscabar la esencia del derecho ni otros derechos reconocidos (“principio de consistencia”). Por último, debe cumplir con los requisitos de (viii) necesidad, ya que no es suficiente que sirva a los propósitos permitidos, sino que debe ser necesaria para protegerlos y (ix) menor lesividad, según el cual debe ser el instrumento menos intrusivo entre aquellos que podrían alcanzar el resultado deseado. Estas limitaciones, dispersas en distintos instrumentos y jurisprudencia de los órganos, son acumulativas.

3.3. El margen de apreciación de los Estados.

La teoría sobre el “margen de apreciación”, emergente de la CEDH, no tiene una formulación precisa; incluso, la misma no proviene del texto de la convención sino que ha sido desarrollada por distintos órganos del sistema. Para Benvenisti (1999), se halla basada *“on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions”*. Este es uno de los aspectos implicados en la noción de la doctrina, identificado por Letsas (2006) como el *substantive concept*, en contraposición a lo que denomina el *structural concept*, el cual se halla más bien relacionado con una especie de espacio de no judicialidad, a favor de los Estados, por parte de la Corte Europea. El primero, que es el que nos interesa, enfatiza la interrelación entre libertades individuales y *collective goals*. Según el mismo autor, el margen de apreciación es usualmente vinculado con dos ideas: (i) la toma de medidas, prescriptas por ley y por parte de las

24 Corte EDH, Case *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párrafo 10.

autoridades estatales, en orden a alcanzar los objetivos colectivos, se encuentra justificada; (ii) aunque tales medidas puedan interferir con las libertades fundamentales del individuo, tal interferencia no constituye una violación de derechos humanos.

La situación en que más claramente se expone es, justamente, en las llamadas cláusulas de limitación (*limitation o accommodation clauses*), las cuales les dejan a los Estados un poder o margen de apreciación para interferir en las libertades fundamentales. En este orden de ideas, el autor resume los pasos dados por los órganos de Estrasburgo para saber si una limitación es permisible: (i) primero, determinar si hubo una interferencia con una libertad reconocida en la Convención; (ii) establecer si tal interferencia está prescrita por ley; (iii) si el propósito de la interferencia cae bajo la lista de *legitimate aims* mencionados en las cláusulas de limitación; (iv) si la interferencia fue proporcional o "necesaria" en una sociedad democrática. En la Convención Americana encontramos ejemplos de estas cláusulas, algunas bajo la forma de ejercicio "de conformidad con la ley" (y sólo sujetas a lo que dispone el art. 30 de la misma Convención, esto es: ley emanada del Congreso, dictada por interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, OC-6/86), otras incluyendo que además deben ser necesarias para ciertos objetivos legítimos, tales como asegurar la seguridad pública, los derechos y libertades de los demás, etc. Las mismas se resumieron en el Cuadro 1.

De los derechos allí enumerados, los contenidos en los arts. 13 y 21 de la CA, con más la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada (art. 14 CM) no pueden ser restringidos so color de la condición migratoria ni de la de extranjero. De igual manera, el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 16 y 17 CM), pero no a la libertad de circulación (art. 39 CM) debe garantizarse con independencia de la situación migratoria, a contrario de lo que ocurre con el derecho de reunión y de asociación (arts. 26 y 40 CM). En conclusión, teniendo en cuenta aquellos supuestos en los cuales la restricción se basa en la condición de extranjero o en la situación migratoria (lo cual implica una distinción con respecto a los nacionales o bien, una diferenciación entre legales e ilegales), para saber si una limitación de este tipo es permisible, no sólo verificamos la existencia de los pasos (i) a (iv) mencionados en este apartado (interferencia en una libertad reconocida, prescrita por ley, según una cláusula e intención legítima, etc), sino que el punto (iv) incluye, además, los requisitos mencionados como (i) a (ix) del apartado anterior (razonabilidad, objetividad, adecuación, etc.).

El quid en el reconocimiento de derechos tiene dos núcleos centrales: los derechos económicos, sociales y culturales, por un

lado, y aquéllos vinculados a la libertad física, por otro, aspecto este último del cual nos ocuparemos a continuación.

4. El derecho a la libertad personal y la expulsión²⁵.

4.1. El derecho a la libertad personal

¿La detención de un extranjero admite las mismas condiciones que de un nacional o existe una distinción razonable que pueda fundarse en la extranjería? ¿Y en la condición de ilegalidad? ¿Cómo se construye, en su caso, el margen de apreciación del Estado, cuando sólo los migrantes ilegales pueden infraccionar estas leyes administrativas?



Recordemos que el (ejercicio del) derecho a la libertad física puede ser suspendido en situaciones excepcionales, por ejemplo, cuando “se ponga en peligro la vida de la nación”.

El art. 7 de la CA detalla ciertos componentes de la libertad personal que son reconocidos a “toda persona”, de modo que no caben distinciones legales en base a cualquier categorización como extranjero: el derecho a la libertad y seguridad personales (7.1), a ser informada de las razones de la detención (7.4), a ser llevada

sin demora ante la autoridad judicial correspondiente (7.5), al hábeas corpus (7.6), más las prohibiciones de detención arbitraria (7.3) o por deudas (7.7). La única salvedad se refiere a las causas y condiciones de privación de la libertad física (7.2), las cuales deben estar fijadas de antemano (principio de legalidad) por las Constituciones o por las leyes dictadas de conformidad a ellas. A falta de regulación en concreto, dicha restricción debe ser: (i) conforme a la ley, (ii) dictada por razones de interés general, (iii) con el propósito para el cual han sido establecidas (art. 30 CA).

Por su parte, el artículo 16 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* reconoce el derecho a la libertad personal con independencia del estatus migratorio, con la sola sujeción a lo que dispongan las leyes. Estas leyes, claramente, no son aquellas en materia de inmigración (pues de lo contrario estaríamos ante una cuestión circular), lo cual implica, asimismo que la simple condición de extranjero o de ilegal no puede servir para especificar, en un caso concreto y para este derecho, el requisito de “interés general” que establece el Art. 30 de la CA.

²⁵ En su versión original, el presente trabajo incluía también pautas acerca de la libertad de entrar, salir, circular y establecerse en un territorio, así como las garantías judiciales para los casos de detención de extranjeros. Se han suprimido por razones de espacio.

La CM dedica dos incisos específicamente a la detención administrativa para disponer un alojamiento distinto a los infractores penales (17.3) y dejar en claro que los gastos por el procedimiento originado en la infracción a las normas migratorias no correrán por cuenta del trabajador (17.8). Para los demás supuestos que acarrea una detención, la Convención deja en claro que deben tener los mismos derechos que los nacionales que se encuentren en dicha situación (17.5, 17.7). La detención administrativa, entendida como la privación de la libertad de una persona ordenada por las autoridades administrativas –no las judiciales–, sin que pese ninguna inculpación penal sobre la persona internada u objeto de detención, sólo debe proceder en los casos estrictamente necesarios y por el menor tiempo posible pero una revisión de la situación; esto significa también que, de ser posible la aplicación de otra medida distinta a la detención, debe considerarse aquélla antes que esta última.²⁶

Aunque la CM nada diga sobre los motivos de la detención y las leyes que la regulen (sino que sólo se dirige a las consecuencias), debemos tener en cuenta algunas premisas más. En primer lugar, deben cumplirse los requisitos (i) a (ix) explicitados en la parte 3.2. Todo ello, por obedecer la detención a la simple circunstancia de ser migrante *irregular* (y bajo ningún aspecto para aquellos en situación regular) y en todo caso, es necesario analizar *caso por caso* si la detención en particular se ajusta a razones de interés general, pues no basta con que la ley lo sea: la discriminación tiene lugar también cuando la aplicación concreta tiene por efecto menoscabar el goce de algún derecho- y para el propósito para el cual dicha detención se prevé (art. 30 CA). Fecho, entran a jugar los restantes parámetros pues puede ocurrir, normalmente, que la detención de un migrante irregular se ajuste a razones de interés general o al propósito de asegurar el cumplimiento de una sentencia de expulsión o deportación (tal el propósito de la detención; distinto sería el caso en los cuales está en juego la salud pública, pues dicho motivo sería independiente a la calidad de nacional o extranjero, regular o irregular) pero no ser razonable en virtud de, por ejemplo, la situación de la persona sobre la cual pretende imponerse la medida (sostén de una familia). Y aún así, resta analizar, según estos mismos requisitos, la pertinencia de dicha expulsión o deportación.

En segundo lugar, recordamos que la detención es sólo una medida para garantizar la implementación de otra tal como la expulsión o la deportación. Los principios que rigen la detención administrativa son similares para el caso de asilados. Pejic (2005) indica, además, que (i) la detención administrativa no es una

²⁶ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe E/CN.4/1999/63/Add.3.

alternativa a la acción penal, sino “una medida de control destinada a las personas que suponen un peligro *real* para la seguridad del Estado en situaciones de conflicto armado” (énfasis agregado), “o para la seguridad del Estado o para el orden público en situaciones de no conflicto” (p. 361); (ii) sólo se puede ordenar sobre una base individual, caso por caso y sin discriminación (ya que “la detención en bloque por parte de un Estado de toda una categoría de personas, sobre una base no individual, no podría considerarse en modo alguno una medida proporcionada, independientemente de cuáles sean las circunstancias de la situación excepcional en cuestión”); (iii) debe cesar en cuanto desaparezcan los motivos que la originaron; (iv) debe guardar conformidad con el principio de legalidad. Tiene garantías, por ejemplo, a ser inscrita en un registro y permanecer en un lugar oficialmente reconocido.

En suma, este es el razonamiento que avala la afirmación de que el derecho a la libertad y a la protección contra la privación de la libertad debe garantizarse a toda persona bajo jurisdicción de un Estado sin discriminación. Las clasificaciones jurídicas según el estatus migratorio no pueden crear ficciones como la de los “extranjeros excluibles”: el derecho interno, sabemos, no puede alegarse para incumplir disposiciones de un tratado (art. 27 CV). Justamente para el caso de Estados Unidos y los detenidos en la Base Naval de Guantánamo, la Corte Suprema estadounidense rechazó el argumento del “vacío jurídico” (por el cual no tenían ni siquiera derecho a un hábeas corpus) y opinó que las personas recluidas en la bahía tienen derecho a la defensa y a apelar sobre la licitud de su detención.²⁷

4.2. La expulsión: el art. 22 de la CA.

La Convención Americana aborda el derecho de los extranjeros a no ser expulsado en los incisos 6, 8 y 9 del art. 22:

(...) 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

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.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Estas disposiciones nuevamente dejan fuera a los extranjeros en situación ilegal y, tomadas literalmente, ¿permitirían que la ex-

²⁷ *Al Odah et. Al. C. United Status* (No. 3-343), 2004. Citado por De Zayas (2005), p. 17.

pulsión de un migrante en situación irregular se efectuara sin apego a la ley? (inciso 6). El Pacto dedica un artículo específico (el 13), que reproduce este inciso 6 pero es más favorable en cuanto agrega que "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 de la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por aquella autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".

La interpretación correcta indica que incluso para las personas sujetas a la jurisdicción o al territorio de un Estado parte en la Convención Americana y aunque este último instrumento no lo prevea expresamente, bajo el sistema interamericano los extranjeros en situación irregular deben poder expresar las razones que lo asistan en contra de su expulsión (art. 29.b CA).



Asimismo, hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión (art. 22.4 CM): es vital en este caso el derecho a la información sobre este derecho (art. 33 CM) en un idioma que comprendan (art. 18.3 CM) y en todo caso, siempre se le dará el tiempo necesario para arreglar "lo concerniente al pago de sus salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes" (22.6 CM), especificación de lo más pertinente dados los abusos de que son objeto, sea por parte de quienes los emplean o con-

tratan como de las autoridades estatales.

Queda claro, por otra parte, que a la luz de dichos artículos, la expulsión de extranjeros, sean regulares o irregulares, queda prohibida: (i) si es colectiva, ya que "cada caso de expulsión será tratado individualmente" (art. 22.1 CM); (ii) si su derecho a la vida o libertad personal se encuentra en riesgo de violación en caso de proceder a su expulsión o devolución a cualquier país.

Pero además, la pertenencia de este principio (de *no refoulement* o "no devolución) al dominio del *ius cogens* permite ampliar la protección prevista en estos instrumentos al punto de constituirse en obligaciones *erga omnes*, con independencia de que los Estados obligados sean parte en el Pacto o en cualquiera de las Convenciones: (iii) a los motivos que originan el riesgo de violación (raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas), se agrega además la pertenencia a determinado grupo social (art. 33 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), (iii) se incluye la prohibición de rechazo en las fronteras

cuando exista tal riesgo; (iv) la prohibición de expulsión o devolución, en cualquier caso e incluso en las fronteras, cuando hayan razones fundadas para creer que el extranjero estaría en peligro de ser sometido a tortura (art. 3 Declaración de Cartagena sobre los Refugiados²⁸).

Todo este plexo de derechos y garantías que se complementan con los principios provenientes del derecho internacional humanitario fijan la correcta interpretación de la prohibición de expulsión de cualquier extranjero incluso bajo el sistema interamericano y aunque el Estado de que se trate no forme parte de la Convención sobre los Migrantes, ya que dichas pautas vienen a precisar el contenido de dicho derecho (explicitada en la Convención Americana como simple prohibición) para estos casos: el *corpus iuris* de protección.

5. A guisa de conclusión.

Tratándose de vidas humanas imaginadas y sentidas, no aceptamos ninguna cifra de hambre como correcta, ninguna estadística sobre la seguridad de los pasajeros como aceptable.
Nussbaum.

En la migración como “fenómeno” y el migrante como sujeto convergen las crisis medulares de un tiempo de transición hacia un allá todavía no determinado; principalmente, el desdibujamiento del sentido de las fronteras nacionales y sus conceptos-satélite (nacionalidad, ciudadanía, etc.) provoca que la designación del extranjero pierda su centro de referencia;

el grueso de trabajadores migrantes que son atraídos por los capitales volátiles como a un gran faro de luz -aunque se quemen, aunque mueran en la travesía, aunque los “acoja” el orden económico mientras los expulsa el jurídico y social- son una reproducción *posmoderna* de un homo sapiens que también migra para sobrevivir. Por si ello fuera poco, fortificar los bordes y auscultar a los extranjeros se ha convertido en una cuestión de “seguridad nacional”, en la cual no faltan afirmaciones, referidas al margen de apreciación de los Estados, del estilo “where the

aim is protection of national security, the margin will normally be a wide one” (*Leander v Sweden* (Ser. A) 116, 43). Como lo ha

28 En el ámbito americano, la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración de San José de 1994, aunque adoptadas en coloquios son reconocidas tanto como pautas de interpretación fundamentales para la implementación del Estatuto como pilares de la protección de los refugiados en Latinoamérica.

afirmado la Corte IDH, "es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones", pero las mismas no deben apartarse de las consideraciones de razonabilidad, objetividad y propósito legítimo (OC-4/84, párr. 56-58) como tampoco y en definitiva, de la protección integral de derechos a favor de la persona.

La transición de un sistema internacional a un sistema mundial debe tenerse en cuenta al momento de interpretar el margen que tiene el Estado para distinguir o restringir no ya el reconocimiento sino el ejercicio de un derecho a los extranjeros presentes en su territorio o bajo su jurisdicción; si antes éstos constituían un elemento aislado o, digamos, temporal (siquiera como parte del armazón teórico de los Estados nacionales), hoy la asiduidad, número y *animus quedandi* debe alumbrar una percepción y un orden jurídico acorde donde faltan elementos para ser El Otro o Nuestro Oscuro Objeto de Temor. Esto, además, sustenta nuestra posición sumamente ajustada en cuanto a los requisitos que el Estado debe cumplir para otorgar, válidamente, un tratamiento distinto a los extranjeros en relación a sus nacionales: una interpretación "conforme a los tiempos" de los instrumentos "vivos" de derechos humanos (Corte IDH, OC-16/99). Finalmente, las disposiciones más favorables en la Convención de los Migrantes, en los Convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo (Nos. 97, 143, 118, 157), las recomendaciones asociadas y otros instrumentos internacionales, vienen a constituir pautas de interpretación (o su *corpus iuris* de protección) para la precisión de los derechos de los migrantes bajo la Convención Americana.²⁹

La CIDH, hemos mencionado, puntualiza que si bien los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en materia migratoria, ello no implica que esa facultad no se encuentre sujeta a la obligación internacional en materia de DDHH³⁰ ni deben apartarse de las consideraciones precedentes (OC-4/84, párr. 58). Dicha directiva es clara y no admite reservas para algunos derechos: la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites, por cuanto un Estado no puede, por ejemplo, implementar políticas basadas en la discriminación racial³¹.



29 Ello surge del *leading case* "Villagrán Morales c. Guatemala", más conocido como *Niños de la Calle*, sentencia de la Corte Americana de Derechos Humanos del año 1999, párrafos 190-191.

30 CIDH, Informe 51/01, caso 9903.

31 Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido* (1985).

Bibliografía

- Benvenisti, Eyal (1999), "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", *International Law and Politics*, Volume 31:843. Disponible en: <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/31/pdf/31v.pdf>
- BUSTAMANTE, Jorge (2003), *A virtual contradiction between migration and human rights*. Serie población y desarrollo número 36. CELADE-CEPAL, Santiago de Chile.
- CARBONELL, MIGUEL (2003), "La igualdad y los derechos humanos" en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad*, México: Comisión nacional de Derechos Humanos, pp. 9-30.
- CASTLES, Stephen (2004), "The factors that make and unmake migration policies", *International Migration Review*, October 1, 2004. Volume 38, Issue 3.
- CHOUDHURY, Tufyal (2003), "INTERPRETING THE RIGHT TO EQUALITY UNDER ARTICLE 26 OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS", *European Human Rights Law Review*, 1, 24-52.
- CORNELIUS, Wayne (2005), "Controlling 'unwanted' immigration: lessons from the United States, 1993-2004", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, July 1, 2005. Volume 31, Issue 4.
- DE ZAYAS, Alfred (2005), "Derechos humanos y detención por tiempo indeterminado", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2005, No. 857, pp. 17-42.
- Dobkin (2006), "The diminishing prospects for legal immigration: Clinton through Bush". *Saint Thomas Law Review*, Winter 2006.
- Donovan, Thomas (2005), "The American Immigration System: a structural change with a different emphasis", *International Journal of Refugee Law*, September, 2005,
- EL AUTOR, (2005) "En las fronteras. Migración y derechos humanos en el nuevo orden jurídico internacional", en *Migración y Derechos humanos*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 9-40.
- FELLER, Erika (2006), "Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promises of things come", *18 International Journal of refugee Law*, 509.
- GALBRAITH, JOHN (2004), *Estados Unidos y el fin de la hegemonía*, Conversaciones con Jorge Halperín. Capital Intelectual, Buenos Aires.
- Jus, Satvinder (2004), "Free movement and the new world", *16 International Journal of refugee Law*, 289.

- KERWIN, Donald (2005), "The use and misuse of `national security` in crafting U.S. refugee and immigration policies", 17 *International Journal of refugee Law*, 749.
- Lacomba, Joan (2001), "Teorías y prácticas de la inmigración. De los modelos explicativos a los relatos y proyectos migratorios", *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona nro. 94, 1 de agosto de 2001. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-3.htm>.
- LETSAS, George (2006), "Two Concepts of the margin of appreciation", 26 *Oxford Legal Studies*, 705.
- Mitchell, Christopher (2002), "The significance of the September 11, 2001 terrorist attacks for United States-bound migration in the Western Hemisphere", *INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW*, June 30, 2002, Volume 36; Issue 1
- PEJIC, Jeleana (2005), "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna", *Revista internacional de la Cruz Roja, selección de artículos en Español*, pp. 355-376.
- PEÑAS, Francisco Javier (1997), "Liberalismo y relaciones internacionales: la tesis de la paz democrática y sus críticos", en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, nro. 16, mayo 1997, pp. 119-140
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2002), *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, No. 23, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- RAFFIN, Marcelo (2006), "La modernidad como problema" en Marcelo Raffin (comp.), *El tiempo mundo contemporáneo en la teoría social y la filosofía*, Buenos Aires: Proyecto Editorial, pp. 11-20.
- ROGERS, Nicola (2003), "Inmigration and the European Convention on Human Rights: are new principles emerging?", *European Human Rights Law Review*, 1, 53-64.
- ROSENAU, James (1997). "Demasiadas cosas a la vez. La teoría de la complejidad y los asuntos mundiales", *Nueva Sociedad*, nro. 148. pp. 70-83.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2003), "Sobre el concepto de igualdad" en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad*, México: Comisión nacional de Derechos Humanos, pp. 31-68.
- Santillo, Mario, "Balance de las migraciones actuales en América Latina". Disponible en www.cemla.org.ar
- Simonoff, Alejandro (2006), "La política exterior argentina recién-

- te, con especial énfasis en la relación con Brasil y Estados Unidos”, en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Nuevo Hacer, Buenos Aires, pp. 69-95.
- Teitelbaum, Michel (2001), “The rol of state in international migration”, *The Brown Journal of World Affairs*, Winter 2002 – Volume VIII, Issue 2.
- Tello, Ángel (2006), “Repensando la estrategia: defensa y seguridad en el Cono Sur”, en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Nuevo Hacer, Buenos Aires, pp. 23-34.
- Tulchin, Joseph, (2004), “América Latina en el sistema internacional”, *Agenda internacional* nro. 2, pp. 32-43. Año 1, Número 2, Septiembre/Octubre/Noviembre 2004.
- Wallerstein, Immanuel (2006), *La decadencia del poder estadounidense*, Capital Intelectual: Buenos Aires.
- Wolfrum, Rüdiger (1998), “Discrimination, Xenophobia and Racism”, en Janusz Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, UNESCO: Paris.