

EXTRANJERÍA, ILEGALIDAD Y LA MEDIDA ENTRE LA DISCRIMINACIÓN Y LA DISTINCIÓN PERMITIDA

IMMIGRATION, LAWLESSNESS AND THE GAP BETWEEN DISCRIMINATION AND THE ALLOWED DISTINCTION

LILA GARCÍA*

Resumen: *En el marco de un alarmante ascenso de la ilegalidad internacional, numerosos Estados esgrimen la extranjería o la irregularidad para efectuar limitaciones o llanas derogaciones en el ejercicio de los derechos; la pregunta es cómo construimos los parámetros para distinguir lo que en tales casos constituye o no discriminación. O sea, cuándo el hecho de ser nacional o extranjero puede ser un motivo sustentatorio (o «el» motivo esgrimido) de una política estatal que excluya o restrinja de alguna manera la protección y el goce de los derechos, y en su caso, de cuáles derechos. Luego de una rápida recorrida por la puesta en escena de los tres elementos principales en juego (Estado, migración, Derechos Humanos), delimitamos un catálogo de derechos discutibles para determinar, respecto de ellos, en qué medida la circunstancia de ser extranjero o migrante ilegal puede ser esgrimida por los Estados para sustentar medidas legales que protejan su seguridad, los derechos de sus nacionales o el orden público.*

Palabras Clave: *Migración; Extranjeros; Discriminación; Derechos Humanos.*

* Universidad de Buenos Aires, UBA.

Abstract: *In the Framework of an alarming rising of international illegality, several States argue that immigration or the irregular stay to carry out limitations or clear abolition in regard to the exercise of rights. The question is How we build the parameters to make a difference between which in certain cases constitutes, or not, discrimination. In other words, when the fact of being national or alien can be a valid —in terms of law, as not prohibited— reason, or «the» ground, of a public policy that exclude or restrict in some manner the protection and enjoyment of the rights, and if so, relating which rights in particular. After a short tour over the three principal elements that came into play (State, immigration, human rights), this work delimits an attempted catalogue of certain rights do arguable to determine, to their respect, in which extension the circumstance of being foreigner or illegal immigrant can be held up legal measures to protect public security, rights of citizens or public order, for example.*

Keywords: *Migration; Aliens; Discrimination; Human Rights.*

1. ESTADO, MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

En la migración como fenómeno y el migrante como sujeto convergen las crisis medulares de un tiempo de transición hacia un futuro histórico todavía no identificado: el desdibujamiento del sentido de las fronteras nacionales y sus conceptos-satélite (nacionalidad, ciudadanía, y por ende, extranjería) provoca que la designación de quien es extranjero pierda su centro de referencia. Asimismo, el agotamiento del modelo nacional-liberal vuelca aquella ciudadanía como portación de derechos políticos hacia una reivindicación de bienes económicos y sociales (la ciudadanía económica de Walzer), a los cuales se dirige también el grueso de migrantes (en su mayoría trabajadores). Por si ello fuera poco, fortificar los bordes y auscultar los extranjeros se ha convertido en una cuestión de «seguridad nacional», en la cual no faltan afirmaciones como «where the aim is protection of national security, the margin will normally be a wide one» (Leander *v* Sweden, 26, March 1987, 9 EHR 433, Ser. A, 116, 43).

El tema de la migración y los derechos humanos puede construirse principalmente desde dos variables: la construcción liberal de los Estados Nacionales, por un lado, y la proclamada universalidad de los Derechos Humanos según la cual los mismos se reconocen a to-

das las personas sin distinción alguna, o por el sólo hecho de «ser humanas», por otro. La dialéctica emergente determinó que: 1. A raíz de la parcelación territorial estatal (a la medida de los mercados nacionales —Amin, 1997, 1999, y Habermas, 2000—), quien quedara dentro de ella sería «nacional» frente a los ajenos extranjeros; sin embargo, aunque la soberanía era del pueblo y el Estado de los nacionales, el efectivo ejercicio de los derechos decisorios (políticos) quedó relegado para una nueva categoría de exclusión (los ciudadanos), circunstancia que luego sería reconocida incluso dentro de la lógica de los Derechos Humanos; 2. La soberanía estatal asumió que cada individuo tenía un país proveedor de protección (el de su nacionalidad) mientras que los Derechos Humanos vinieron posteriormente a proclamar la indiferencia de la misma a los efectos de las obligaciones respecto a ciertos derechos identificados como humanos (Pérez Luño, 2002); 3. La persona, entonces, como elemento población de la tríada (territorio, Gobierno...) custodiada por el Estado soberano, existía en el plano internacional solamente a través de la representación del Estado de su nacionalidad —y de allí que el tratamiento interno que dicho ente deparara a sus súbditos era una cuestión «de jurisdicción interna», y 4. La desprotección originada con posterioridad a las Guerras Mundiales a raíz de la descomposición de los Estados nacionales origina el nacimiento de los Derechos Humanos como universales (1945, 1948), aunque sin poder abandonar la concepción estado-céntrica: sólo los Estados podían incumplirlos y sólo ellos podían garantizarlos. Nace, en consecuencia, el ser humano como sujeto de derechos (humanos) en el ámbito internacional, lo cual significó un verdadero hito en el sistema internacional post-westfaliano.

Este entramado ubica en primer plano la importancia de los Derechos Humanos y su característica de universalidad para garantizar ciertos derechos con independencia del orden jurídico interno y de las categorías por él creadas (nacional, ciudadano, extranjero, pero también regularidad o irregularidad de la inmigración, etc.). En su formulación jurídica concreta, la filosofía de la universalidad se traduce en un principio fundante del sistema protector de los Derechos Humanos, hoy reconocido como norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2003)¹: el principio de igualdad y no discriminación.

¹ El carácter de *ius cogens* de este principio, por demás, lo vuelve norma obligatoria para todos los Estados, sean o no partes de cualquiera de las Convenciones o instrumentos en materia de Derechos Humanos.

Sin embargo, una de las falencias detectadas a este respecto es la afirmación de dicha no discriminación para los migrantes: «todos los migrantes deben gozar de todos los Derechos Humanos». ¿Todos los migrantes (incluso irregulares) y todos los derechos? Ello sería tanto como desconocer que la indiferencia de la universalidad respecto a la nacionalidad no significara que el Estado no pudiera efectuar diferencias en el trato dado a sus nacionales con respecto a los extranjeros o entre estos últimos según su situación migratoria, tal como lo exhiben, por ejemplo, los derechos relativos a la circulación y residencia en el Estado huésped². Despejar esta cuestión es uno de los puntos que ubicamos como centrales, pues la vaguedad de la misma: 1. Da lugar a afirmaciones tales como la ineficacia de los Derechos Humanos como real garantía; 2. Desvirtúa las iniciativas estatales que tienen dicha aplicación del principio de igualdad y no discriminación por premisa, y 3. Permite practicar excepciones a placer invocando analogía con los derechos acordados sólo a los ciudadanos para el acceso a los bienes sociales, sólo por ejemplo.

En la órbita de los Derechos Humanos la problemática que genera la migración ha dado lugar, en los últimos años, a un profuso trabajo e incluso a la creación de distintos órganos e iniciativas que, ya sea en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o del sistema regional iniciado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), se han especializado en el tema: Relatorías Especiales para los derechos de los trabajadores migratorios, el Comité para los Trabajadores Migrantes³, el Grupo de Migración de Ginebra⁴, la Conferencia Sudamericana de Migraciones⁵, entre muchos

² Artículos 12 y 13, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*PIDCyP*); artículo 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos (*CA*).

³ El CMW, según sus siglas en inglés, es el órgano de control de la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que entrara en vigor recién en el año 2003.

⁴ Este grupo, formado por los directores de seis importantes agencias internacionales (ACNUR, Organización Internacional para las migraciones, la OIT, entre otras) es una iniciativa lanzada por las Naciones Unidas en el año 2004 que tiene como objetivo promover la gobernabilidad y las buenas prácticas en materia migratoria.

⁵ En este foro celebrado anualmente desde 1999, en el cual participan los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Pa-

otros, amén de enfoques específicos en informes y recomendaciones elaborados por otros organismos (tal como el Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria, UNICEF, etc.). El desarrollo de estos trabajos identificó como una de las áreas prioritarias la discriminación que sufre este colectivo y los prejuicios que la alimentan. En este sentido, el debate especializado se ha centrado en la afirmación de que las personas que migran deben gozar de todos sus derechos *sin discriminación por motivos de origen nacional* o por otras condiciones sociales —artículos 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*CA* o *la Convención*), 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*PIDCyP* o el *Pacto*), 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*PIDESC*)— reforzada al entender que los migrantes forman parte de un grupo vulnerable respecto del cual falta, además, una visión compartida de la sociedad.

En este trabajo, centramos nuestra atención en uno de los puntos relevantes de aquella «no discriminación», cual es la determinación, de cuales conductas constituyen «discriminación» (prohibida) y cuales una «distinción razonable» (permitida) al utilizar categorías tales como «extranjero» o «legal/ilegal» en la actuación del Estado.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN PARA LOS MIGRANTES DESPUÉS DE LA OC-18/03

Podría pensarse que no puede decirse mucho más al respecto después de la OC-18/2003 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hace unos años (Corte IDH, 2003)⁶.

raguay, Perú, Uruguay y Venezuela, se discute la situación migratoria en el continente.

⁶ Esta opinión consultiva fue requerida por la República de los Estados Unidos Mexicanos y solicitaba la opinión de la Corte Interamericana con respecto a la situación de los trabajadores migrantes indocumentados, preguntando específicamente: 1. «¿puede un Estado americano establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos...?»; 2. «...la legal estancia de las personas en el territorio de un estado americano ¿es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones (se refiere a artículos 2 de la Declaración Universal, II

En realidad, el alcance de dicha Opinión es más acotado, al menos en lo que nos interesa: lo que la Corte IDH reconoció en dicha Opinión es el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación (párr. 101), cuya aplicación 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. La cuestión vuelve a ser, entonces, saber (y perdónese la redundancia) como es posible saber si lesiona o no dicho principio.

Cuando la Corte IDH examina «las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios» (OC-18/2003, párr. 89), se refiere a dos casos indubitables: *i*) 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 desiguales⁷; *ii*) cuando las desigualdades sean limitaciones en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía. El primer punto ya había sido objeto de tratamiento anterior; en la OC-4/1984 (Corte IDH, 1984) solicitada por el Gobierno de Costa Rica, se tuvo en cuenta aquello conocido como «discriminación positiva» o «discriminación inversa».

El segundo punto referido en el párrafo anterior refiere a una previsión explícita de la Convención Americana (el art. 23) y por tanto, también se halla, en principio, fuera de discusión. Sin embargo, ambos extremos dejan un amplio trecho en blanco. En tercer lugar, tampoco constituye discriminación cuando aquella definición inter-

de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 24 de la Convención Americana)?»; 3. «¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar cualquier forma de observancia de los Derechos Humanos fundamentales... a la consecución de sus objetivos de política migratoria...?», y 4. «¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la Ley...?».

⁷ Esta «necesidad» como obligación del Estado fue plasmada por la Corte IDH en la OC-16/1999, al reconocer que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (párrafo 119). Corte IDH, 1999.

na y válida efectuada por el Estado es más favorable; por ejemplo, en los casos en que las medidas internas (legislativas, administrativas, judiciales, etc.) han fijado derechos más favorables para los migrantes, esto constituye no sólo el contenido de la obligación estatal en el ámbito interno sino también en el plano internacional, pues está cumpliendo el artículo 1.1. Al mismo tiempo, erige un piso mínimo irreversible sobre el cual sólo resta la progresividad del reconocimiento de que se trate. Se diferencia del primer supuesto planteado en que no son obligatorias o debidas por el Estado, pero una vez hechas, se vuelven obligatorias para la persona en particular y situaciones análogas (lo que será «supuestos de hechos sustancialmente iguales» en la OC-18/2003).

Estos tres casos de distinción (obligatoria para remediar la desigualdad; habilitada en derechos políticos, voluntaria devenida en obligatoria para casos análogos) reflejan situaciones en los cuales la posibilidad de distinción válida es clara.

Queda una zona gris, entonces, 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*), o sea, migrante «ilegales» o «irregulares»; tal fue la pregunta formulada por el Gobierno de México en la OC-18/2003 (Corte IDH, 2003) en torno a los criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria emergentes de los artículos de los instrumentos internacionales que consagran el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación: «¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidas en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?».

Reconociendo entonces 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* (Bayefsky, 1990), es necesario prestar particular atención a lo que el orden interno —en un sentido amplio— dentro un Estado reconoce como prácticas no discriminatorias, o lo que es lo mismo, como «distinciones» permitidas incluso bajo la estrecha lupa el derecho de los Derechos Humanos. La no discriminación como directriz obligatoria dirigida al Estado encierra la posibilidad, para el Estado de que se trate, de efectuar diferenciaciones que, por no constituir discriminación, caen dentro

de lo que los órganos del sistema de protección de Derechos Humanos han denominado «distinciones», por tratarse de diferenciaciones que cumplen determinados requisitos tales como objetividad y razonabilidad. Adelantando lo que veremos en el apartado correspondiente, la pregunta «¿de qué manera evaluamos si las diferenciaciones realizadas o permitidas por un Estado constituyen o no discriminación?» es la que el profesor Rabossi (1990) se preguntaba hace más de diez años: «¿qué vale como una distinción razonable que no afecta el principio de igualdad?».

3. LOS DERECHOS DISCUTIBLES

Precisemos, en primer lugar, la ubicación metodológica (o naturaleza jurídica, si se quiere) de la afirmación «deben gozar de todos los Derechos Humanos». Es importante entenderla como un principio general que como tal, tiene excepciones, aunque no muchas; importante, decimos, para reconocer los límites de lo que cae bajo las posibilidades de discusión en términos de distinción o discriminación.

Aquella indiferencia constitutiva de la universalidad de los derechos 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 es que los derechos deben ser garantizados a extranjeros y ciudadanos por igual (Comité, 1986). Incluso, como notábamos en los párrafos anteriores, los mismos instrumentos sobre Derechos Humanos 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 CA, énfasis agregado).

Por demás, el Capítulo IV de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares* (CM o la Convención sobre los Trabajadores Migratorios) prevé para los trabajadores en «situación regular» un elenco exclusivo de derechos, aunque la libre elección de un empleo puede ser restringible por el Estado de empleo a categorías limitadas de «empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación nacional»

(art. 52, numeral 2, CM); para el caso de los trabajadores migrantes temporales, establece que el Estado puede: «...b) Limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar **prioridad a sus nacionales** o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales» (art. 52.3, énfasis agregado).

De esta manera, vemos que el principio de igualdad y no discriminación (expresado como no diferenciación entre nacionales y extranjeros) tiene que ver con el derecho de que se trate. ¿Cuáles son, entonces, los derechos sobre los cuales se puede discutir?. Un primer círculo de exclusión está dado, en principio, por los derechos políticos consagrados a los ciudadanos. Si bien en la actualidad esta tesis está discutida, nos atenemos a la letra de la Convención Americana y del Pacto. Un segundo círculo, en el otro extremo, está dado por aquellos derechos que forman parte del núcleo duro: me refiero a aquellos derechos cuyo ejercicio no es susceptible de ser suspendido ni aún en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado (art. 27.2 CA). Ello quiere decir que ni aún cuando un extranjero amenace, real o potencialmente, la seguridad de un Estado, pueden derogarse en su perjuicio el goce de dichos derechos con sus garantías; menos aún, pueden establecerse restricciones normales en las leyes con respecto a ellos. Mayoritariamente, estos derechos insusceptibles han sido, además, reconocidos como del dominio del *ius cogens* (Corte IDH, 2003b y 2004).

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, los 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. Por las opiniones consultivas 8/1987 (Corte IDH, 1987) y 9/87 (Corte IDH, 1987b) se incluyen, además, la protección judicial y las debidas garantías para tales derechos. Dentro de estos derechos insusceptibles hay una sub-categoría: aquellos que, además, no admiten restricción alguna; o sea, todos los mencionados, con excepción del derecho a la libertad

de conciencia y religión y a la libertad de pensamiento. Por no admitir restricción alguna ni en tiempo normal, estos derechos vienen a conformar la categoría de derechos «irresistibles» (Bobbio, 1979), ya que no hay disposición alguna que autorice suspensión o restricción de los mismos: la suspensión o restricción de hecho por parte de un Estado parte en la Convención Americana cae en el ámbito de la ilegalidad y eventualmente, de la responsabilidad internacional.

Con respecto a este punto, y por los mismos argumentos, es forzoso concluir que la protección judicial acordada en el artículo 25 de la Convención no es susceptible de suspensión con respecto a todos los derechos: la posibilidad de acceso judicial (art. 25, CA) es inherente a un Estado democrático de derecho; por otro lado, es necesario controlar que la suspensión del ejercicio de los derechos se haya hecho conforme a derecho (tanto interno como proveniente de la Convención). Asimismo, incluimos el derecho a la igualdad: la Corte IDH lo ha reconocido como del dominio del *ius cogens*, junto con la igual protección ante la Ley y no discriminación⁸; tal esencialidad está destacada, asimismo, en la Convención sobre los Trabajadores Migratorios (art. 7).

En el camino hacia uno y otro extremo, encontramos los restantes derechos (libertad y seguridad, reunión y asociación, propiedad privada, circulación y residencia, incluyendo expulsión, etc.), cuyo ejercicio es susceptible de suspensión (medida excepcional) o restricción (medida normal) y será respecto de ellos que nos preguntaremos si influye en su restricción la circunstancia de ser nacional del Estado, o el estatus migratorio (legalidad o ilegalidad), o lo que es igual, si las *limitation clauses* (seguridad pública, orden público, seguridad nacional, derechos de terceros) que traen pueden ser rellenas con consideraciones basadas en la extranjería o el estatus migratorio.

Previo, creemos necesario hacer una aclaración. Este trabajo centra su atención en la aplicación de las pautas de una diferenciación válida (distinción) a las restricciones (permitidas); ello no significa, sin embargo, que todas las distinciones sean restricciones permitidas. En realidad se trata de dos binomios (en su versión simplificada, pues puede ser dos trinomios) que funcionan a distintos niveles: una suspensión del ejercicio de un derecho puede ser discriminatoria o tratarse de una distinción permitida (o incluso, de una «discriminación inversa») y lo mismo ocurre con las restricciones.

⁸ Corte IDH, OC-18/03, párrafo 101.

Tal conclusión surge obvia, además, si reparamos en que el principio de igualdad y no discriminación (y por ende, la determinación de cuando estamos frente a una distinción) es una cláusula aplicable a todas las disposiciones de la Convención e incluso de las leyes y medidas internas.

Veamos entonces, y en primer lugar, qué parámetros necesitamos para evaluar una distinción, o lo que es igual, como debe probar el Estado que se trata de una diferenciación permitida y que no implica discriminación.

4. LA «DISTINCIÓN» Y SUS ELEMENTOS

Dado que no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva de tal dignidad humana, «sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable» (Corte IDH 2003, párr. 89, énfasis agregado). Aunque mezclando los conceptos que había distinguido párrafos antes, ello no obsta a reconocer que tal afirmación parte de la premisa de que la distinción «parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes» (Corte IDH, 2002, párr. 47). De allí que si dichos supuestos son sustancialmente iguales y el trato es diferente, tenemos en principio un supuesto de discriminación.

¿Cómo evaluamos si tal justificación es «objetiva» y «razonable»? En tal evaluación radica, en definitiva, la primera habilitación del Estado para efectuar diferenciaciones basadas en la condición de extranjero o en la situación migratoria. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el *propósito* y los *efectos*; 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. Ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos que no sólo debe buscar un fin legítimo, se viola igualmente el precepto 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 cabo (Corte EDH, 1986, párr. 10).

Choudhury (2003), sintetiza algunos factores que, según el Comité, es posible tener en cuenta para determinar si una distinción es razonable. En primer lugar, aclara que independientemente de la motivación, algunos *grounds de discriminación* son referidos como

inherently suspect, llamando a mayor escrutinio; menciona, por ejemplo, distinciones hechas en base a la raza o al sexo como aquellas que comúnmente caen dentro de tal categoría. Si bien los otros *grounds* pueden no ser referidos como *suspect classes*, el Comité ha establecido que cualquier diferencia en el trato basada en dichos *grounds* (se refiere a los mencionados en el art. 26 del Pacto⁹), «*places a heavy burden on the State party to explain the reason for the differentiation*».

Los factores identificados, para poder determinar si una distinción es razonable, son cuatro: «*First, it may be affected by the extent to which the author has a choice in membership of the group against which the distinction is made (...). Secondly, legal rights and duties can have an impact on whether a difference in treatment is permissible (...). Thirdly, a discriminatory provision could not be justified on the basis of administrative convenience (...). Finally, a difference in treatment may be reasonable if it aims to protect the interests or rights of others*».

Según el primer punto, si el afectado tuvo opción de pertenecer al grupo respecto del cual se efectúa la diferenciación, la jurisprudencia se inclina a considerarla razonable. En segundo lugar, si bien el hecho de que una diferenciación esté prevista en la Ley o en la Constitución o incluso en un tratado no la convierte por eso en objetiva y razonable, la razonabilidad de la diferenciación prevista por una ley puede ser juzgada según el propósito de la misma.

El primer punto parece de indiscutible aplicación a los migrantes. Justamente, el artículo 26 del Pacto, y así lo reconoce el mismo autor, «*requieres an author to argue that any difference in treatment was attributable to their membership of any identifiably distinct category, which could have exposed them to discrimination on account of any of the grounds enumerated*».

Por su parte, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (*Comentarios Generales*, 18 y 15) y la OC-4/84 de la Corte IDH (Corte IDH, 1984) permiten señalar, además, otros elementos que una interpretación integradora y de conformidad con el artículo 30 de la Convención señalan para tener en cuenta. No sólo debe ser:

⁹ Más amplio que su par interamericano, dicho artículo dice: «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

(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), y (vii) así como los que derivan del respeto de los Derechos Humanos (señalado también en la OC-18/2003, párr. 105): no debe menoscabar la esencia del derecho ni otros derechos reconocidos; esto último se indica como el «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.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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 Derechos Humanos (CIDH, 2001) ni deben apartarse de las consideraciones precedentes (Corte IDH, 1984, 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 racial (*Comisión EDH*, 1985). Sin embargo, nos faltan elementos para saber cuando tal facultad efectivamente viola las obligaciones internacionales del Estado concernido. En el párrafo que sigue se recortan las posibilidades del Estado centrándonos en aquellos derechos respecto de los cuales es predicable una restricción en base a la extranjería o la condición migratoria.

5. EL NÚCLEO DE DERECHOS DISCUTIBLES, SEGÚN LAS PAUTAS DE DISTINCIÓN

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 li-

mitación 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, prescripta 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.).

La Convención de los Migrantes presenta dos características distintivas con respecto al derecho a la igualdad que se garantiza a los migrantes: 1. El criterio de comparación se refiere a los nacionales. De esta manera, encontrándose los migrantes en una situación «sustancialmente igual» a los nacionales, sólo puede concluirse que tienen los mismos derechos y oportunidades, y 2. Se encuentra consagrado en relación a los derechos en particular. De esta manera, el derecho a la igualdad de los migrantes se concreta en los siguientes enunciados:

1. Derecho a la igualdad en todo lo atinente a la remuneración, otras condiciones de trabajo y de empleo (art. 25 CM).
2. Derecho a la igualdad en el acceso a la atención médica urgente (art. 28 CM).
3. Derecho a la igualdad en el acceso a la educación (art. 30).
4. Derecho a la igualdad en el acceso a la vivienda, a servicios de salud y sociales (art. 43 CM)*.
5. Derecho a la igualdad en la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo y acceso a los programas para combatir el desempleo (art. 54 CM)*.
6. Derecho a la igualdad en el ejercicio de una actividad remunerada (art. 55 CM)*.

Sin embargo, los derechos previstos en los artículos 43, 54 y 55 de la CM (marcados con *) se encuentran reconocidos sólo para los migrantes en situación regular. ¿Contraría esto el principio de no discriminación?. En primer lugar, la Convención de los Migrantes, con toda la resistencia que ha traído aparejada por parte de los Estados (recuérdese que tardó más de una década en entrar en vigor), fija un piso mínimo de reconocimiento, con lo cual debe estarse a las disposiciones más favorables del derecho interno.

En segundo lugar, recuérdese que independientemente de que un Estado sea parte de dicha convención, sus disposiciones constituyen la *lex specialis* (Corte IDH, 1999b; 2002) que la Corte IDH o la Comisión Interamericanas pueden utilizar para la fijación del

contenido de los derechos previstos en la Convención Americana o en la Declaración para las peticiones en que estén en juego derechos de los migrantes.

En tercer lugar, consideramos que, por ejemplo, la igualdad reconocida en el artículo 54 de la Convención de los Migrantes no cumple con los requisitos de una distinción válida (según los elementos que hemos fijado), ya que entre las consecuencias de su aplicación debe preverse la importante desprotección a que se ven sometidos frente al despido arbitrario, a lo cual se suma que dicha disposición no coopera con el combate de la trata de personas y el empleo ilegal, obligatorio por otros instrumentos internacionales. Como lo sostuvo la Corte IDH en la recordada OC-18/2003, la situación de los trabajadores migrantes, sea cual fuere su condición migratoria es equiparable a los nacionales en todos los derechos surgidos de la relación laboral. Todo lo anterior es predicable con respecto al derecho previsto en el artículo 55 de la Convención de los Migrantes.

El *quid* del reconocimiento de derechos tiene, entonces, dos núcleos centrales: los derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y aquéllos vinculados a la libertad física. De la corta lista de derechos restringibles (que son los que entran en juego, según la Convención Americana, para que los Estados hagan uso de su margen de apreciación), los contenidos en los artículos 13 y 21 de la Convención Americana, 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: ello surge de la *lex specialis* aplicable, la Convención de los Migrantes. De igual manera, el derecho a la libertad y seguridad personales (arts. 16 y 17 CM), pero no así la libertad de circulación (art. 39 CM), que 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). Esto nos deja entonces un espectro más acotado de derechos susceptibles de ser discutidos.

Llegamos entonces a uno de los puntos neurálgicos de la situación de los extranjeros frente al Estado del cual no son nacionales —dejando fuera el núcleo de DESC, que merecen una discusión aparte.

Sobre la condición de legalidad hay dos circunstancias jurídicamente claras: la condición regular no es condición para que el Estado respete y garantice el principio de igualdad y no discriminación (OC-18/2003, párr. 118), pero tampoco tal situación de legalidad o ilegalidad puede ser **El** motivo que rellene las posibilidades

de restricción de los derechos por motivos de seguridad nacional, orden público, etc. ¿Cómo hilvanamos la Convención de los Migrantes —que practica algunas diferencias entre trabajadores regulares e irregulares, esto es, según su condición migratoria— y la Convención Americana, para llegar a estas conclusiones?

Para estos casos, el parámetro para el análisis estriba, nuevamente, en evaluar cuándo una distinción es razonable y, por ende, constitutiva de discriminación: la razonabilidad de las leyes que reglamentan, para «todos los habitantes sujetos a su jurisdicción», el ejercicio de los derechos, radica en los motivos habilitantes de restricción: orden público, seguridad nacional, derechos de los demás, por ejemplo, dentro de los cuales, la condición de legalidad o ilegalidad no puede ser esgrimida; de allí la ubicación metodológica en la Parte III de la Convención de los Migrantes, común a documentados e indocumentados.

Ahora bien, ¿y esto predica sólo la imposibilidad de distinguir en virtud de la condición migratoria o incluya también una imposibilidad de diferenciar entre nacionales y extranjeros?. El principio de la no discriminación alguna por motivo de nacionalidad (art. 7 CM, en el caso concreto), ¿contempla sólo la imposibilidad de distinguir entre diferentes nacionalidades?. En definitiva, ser «nacional» o ser «extranjero» es una circunstancia igualmente definida por las leyes internas de cada Estado, de la misma manera que la situación migratoria definida por las disposiciones administrativas. Lo notable es que el artículo 7 de la Convención de los Migrantes no se refiere a «discriminación» sino que emplea la palabra «distinción»:

«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 entre los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana y el 7 de la Convención de los Migrantes: mientras que la Convención Americana establece que los derechos se asegurarán «sin discriminación», la Convención de los Migrantes,

enuncia «sin distinción». Por si quedaran dudas, dicha diferencia se ve ratificada en el *Fact Sheet* elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos «...*States parties should respect and ensure the rights contained in the Convention without **distinction** of any kind...*» (OUNHCDH, 2005, 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.

En una interpretación integradora, es posible concluir, entonces, que al utilizar el término «distinción», ello indica que el simple hecho de efectuar una diferenciación sobre las bases señaladas en el artículo 7 de la Convención de los Migrantes es discriminatorio sin necesidad de recurrir al análisis sobre la razonabilidad, objetividad o propósitos legítimos.

El artículo 1.1. de la Convención debe, en consecuencia, ser interpretado 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 garantía de los derechos reconocidos en la Convención, en otro instrumento internacional (art. 29b CA), en el derecho interno de los Estados Partes (Corte IDH 1984, párr. 53-54) o en cualquier medida adoptada por el Estado, sus funcionarios, sus órganos».

Teniendo en cuenta que situaciones análogas obligan a practicar un trato análogo, dicha analogía no puede circunscribirse a una definición interna, ya que permitiría postulados tales como «la legislación interna del Estado X garantiza la igualdad a todos los extranjeros» y «Los extranjeros, sin distinción alguna, no pueden tener acceso a la seguridad nacional en el Estado X». Debiendo tratarse de una igualdad **sustancial** y teniendo en cuenta que la calificación de extranjero, nacional, ciudadano, legal o ilegal es obra de las clasificaciones internas, debemos remitirnos al contenido del derecho mismo, que en

su interpretación «evolutiva acorde a los tiempos», incluye normas especiales que equiparan a los migrantes con los nacionales.

A sabiendas 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» (Corte IDH, 2003, párr. 172), ni siquiera podemos remitirnos a ellos, más aún recordando que la protección de la persona humana se impone a la estructura estatal en cualesquiera de sus divisiones funcionales, territoriales o actos.

Finalmente, el contenido de dichos derechos (los protegidos por el sistema interamericano de protección, los acordados a los habitantes en el país de que se trate) deben ser precisados a la luz de lo que dispone el *corpus iuris* de protección específico, la Convención de los Migrantes. Esto significa que aquellos derechos deben leerse según las necesidades específicas de los migrantes y sus familiares, por ejemplo, que el derecho a la personalidad incluye la prohibición de que le sean destruidos sus documentos (art. 21 CM).

6. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y OTROS DERECHOS RELACIONADOS (DETENCIÓN, EXPULSIÓN)

6.1. El derecho de entrar, salir y circular

Según la Convención de los Migrantes, sólo el derecho a salir libremente de cualquier Estado es acordado con indiferencia de la situación migratoria (art. 8), pudiendo incluso ser restringido, en virtud de ley, «para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente Parte de la Convención»; cláusulas de restricción son análogas a las contenidas en el inciso 3 del artículo 22 de la Convención Americana. Si bien la Convención de los Migrantes omite la referencia a que la medida sea «indispensable en una sociedad democrática» y no refiere la seguridad pública como cláusula permisible, la correcta interpretación para los Estados que son parte en la Convención Americana y en la de los migrantes elimina, en su aplicación a los migrantes: *i*) la seguridad pública como *limitation clause* (lo que no es un dato menor); *ii*) la alternativa de prevención de infracciones penales (art. 22.3 CA) como habilitación para restringir el derecho a circular o salir libremente

del país a los migrantes, sean legales o ilegales. El derecho a entrar a un país queda, entonces, peligrosamente indefinido en manos de los Estados, dado que no hay ningún derecho humano legalmente formulado al respecto aunque se podría trabajar sobre ello para no vaciar de contenido el derecho a salir libremente: desde que el globo se organiza en estados nacionales, el derecho a salir sería, en los hechos, solamente el derecho a salir a la alta mar o a la Antártida.

El derecho a regresar a su Estado de origen, que no está expresamente reconocido en la Convención Americana, se acuerda sin ninguna distinción ni restricción en la Convención sobre los Trabajadores Migratorios (8.2). El mismo debe ser articulado con un principio proveniente del derecho internacional humanitario: el de no devolución. Así lo reconoce el inciso 8 del mismo artículo 22 de la CA, al establecer que «en ningún caso el extranjero» (con lo cual elimina cualquier distinción de legalidad o ilegalidad) «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». El carácter de *ius cogens* de este principio, por demás, lo vuelve norma obligatoria para todos los Estados, sean o no partes de cualquiera de las Convenciones o instrumentos en materia de Derechos Humanos.

El contenido del derecho a la circulación contempla una diferencia sustancial según se trate de una persona «que se halle legalmente en el territorio de un Estado» o no: para las primeras, se acuerda el derecho a circular por el mismo (22.1 CA) y a ser expulsado en cumplimiento de una disposición adoptada conforme a la Ley (22.6), salvo que su vida o libertad personal se encuentre en riesgo de violación por dicha devolución (22.8). Aunque en general se prohíba la expulsión colectiva de extranjeros (22.9), sean estos legales o ilegales, el artículo 22 de la Convención Americana deja un amplio margen entre la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (independientemente de su condición legal o ilegal) y la disposición del artículo 22.6 de la CA que requiere que la expulsión sea en cumplimiento de una disposición adoptada de conformidad a la Ley: la posibilidad de expulsar individualmente a los extranjeros residentes ilegalmente no parecería, a tenor de este artículo, tener que ajustarse a disposiciones legales.

Por su parte, el artículo 22 de la Convención Americana que reconoce el derecho a circular libremente sólo a los extranjeros en situación legal es una disposición similar a la que recoge igual prerrogativa para los trabajadores documentados (art. 39 CM), habilitando las

mismas restricciones que el derecho a salir del país. De esta manera, sólo la situación de legalidad o ilegalidad (considerándose como extranjero legal incluso a quien, habiendo entrado ilegalmente, ha regularizado su situación) puede admitir una diferencia de tratamiento, pero no así la condición de extranjero: como lo establece el Comité de Derechos Humanos (analizando el 12 del PIDCP, análogo al 22 de la CA), no deberá haber discriminación entre extranjeros y ciudadanos en la aplicación del derecho a entrar, salir y circular libremente: «*These rights*¹⁰ *of aliens may be qualified only by such limitations as may be lawfully imposed under the Covenant*» (párr. 7).

Asimismo, el artículo 22 de la Convención Americana es más restrictivo que su par del Pacto. Así, si bajo el sistema universal «toda persona (que se halle legalmente en el territorio de un Estado) tiene derecho a escoger libremente en él su residencia» (art. 12 PIDCP), bajo la Convención sólo puede «residir en él con sujeción a las disposiciones legales»: de allí aquellas normas usuales y totalmente anacrónicas sobre las restricciones de los extranjeros para instalarse en las fronteras.

Asimismo, el haz de fundamentos para la restricción en el ejercicio de dichos derechos (tanto circular y residir como salir de cualquier país) es mucho más amplio en la Convención Americana, incluso para aquellos extranjeros en situación legal, ya que incluye motivos tales como «medidas indispensables» en una sociedad democrática, prevención de infracciones penales, seguridad pública, protección de la seguridad nacional, moral y orden públicos, derechos y libertades de los demás y hasta restricción «en zonas determinadas por razones de interés público». Sin embargo, al igual que específicamente lo establece el Pacto (12.3), dichas restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos tanto en la propia Convención (29.a CA) como en otros instrumentos obligatorios. De este modo, esta previsión más gravosa de la Convención, limita el goce y ejercicio de este derecho según el reconocimiento que del mismo hace el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 29.b de la Convención). De allí que dentro de las posibilidades de los Estados americanos se eliminan las siguientes cláusulas habilitantes de res-

¹⁰ Se refiere a los derechos a la vida, a la protección de la ley, la prohibición de tortura, y el pleno derecho a la libertad y seguridad de su persona; la prohibición de prisión por deudas, la libertad de circulación y de residencia, el derecho a salir del país, la igualdad ante los tribunales, el principio de legalidad, prohibición de injerencias arbitrarias, libertad de pensamiento, conciencia y religión y expresión, etc.

tricción: *i*) «prevención de infracciones penales» (lo cual tiene más tufillo a la criminología de Lombroso), y *ii*) la inexplicablemente autónoma «zonas determinadas por razones de interés general».

Finalmente, en el Comentario General n.º 27 (Comité DH, 1999), el Comité de Derechos Humanos estableció que las restricciones permitidas no debían anular el principio de libertad de circulación (párr. 2); en particular, dispuso que: *i*) debía ser la ley por sí misma la que debía fijar las condiciones bajo las cuales los derechos podrían ser limitados (párr. 12), con lo cual dicha potestad no puede ser derivada en órganos o regulaciones de carácter administrativo; *ii*) las restricciones no deben menoscabar la esencia del derecho; *iii*) no es suficiente que la restricción sirva a los propósitos permitidos, sino que además debe ser necesaria para protegerlos: según este principio de proporcionalidad, *restrictive measures (...) must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result, and they must be proportionate to the interest to be protected* (párr. 14), y *iv*) esta proporcionalidad debe también ser respetada por las autoridades administrativas y judiciales que apliquen dicha ley. Por último, el Comité fija el sentido de «consistencia», tanto con los restantes derechos como con el principio básico de igualdad y no discriminación, al establecer que sería una clara violación del Pacto si los derechos consagrados en el artículo 12 del mismo fueran restringidos haciendo una distinción de cualquier tipo tal como sobre la base de la raza, color, sexo, origen social o nacional (párr. 18); de este modo, el estatus de extranjero no puede ser esgrimido como motivo fundante de una restricción basada en la seguridad nacional, por ejemplo.

En el mismo Comentario, el Comité agregó que «*any treatment different from that accorded to nationals, have to be justified under the rules provides for by article 12, paragraph 3*» (párr. 4); tratándose dicha disposición un equivalente del inciso 3 del artículo 22 (con la sola adición, por parte de este último, de las «infracciones penales»), según la cual «los derechos antes mencionados (derecho a circular libremente y derecho a salir libremente, para residentes legales y toda persona, respectivamente) no podrán ser objetos de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto», se sigue que la condición de extranjero no es condición suficiente para sus-

tentar ninguna restricción permitida, sino que la misma debe obedecer a las limitaciones enumeradas, con independencia de la calidad de nacional o extranjero.

6.2. Las debidas garantías y las condiciones de detención

No es posible afirmar otra cosa distinta a que los migrantes tienen iguales derechos que los nacionales de un Estado ante los tribunales y cortes de justicia (art. 18 CM) e incluso más, dada su particular situación de vulnerabilidad. Es más: según la caracterización que hicimos de los derechos «irresistibles», no es posible ninguna restricción ni suspensión en su ejercicio por ninguna ley de migraciones ni por ninguna otra medida. La única diferencia que opera es a favor de los migrantes (pues en este caso se reconoce que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 de la CA, «otras garantías» pueden ser necesarias, ya que las enumeradas en dicho artículo son mínimas —Corte IDH 1987; 1987b—): se refiere a las especiales garantías derivadas del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, reconocidas por la Corte IDH en la OC-16/1999 y mencionadas en la Convención de Migrantes, en el inciso 7, del artículo 16 y en el artículo 18. Es importante destacar que las garantías mencionadas en este artículo 18 y, en general, todo el elenco aplicable a la persona humana en virtud de otros instrumentos nacionales o internacionales no son sólo para los procesos penales, sino para cualesquiera otros procesos en los cuales se encuentren en juego sus derechos, tales como el derivado de una infracción administrativa relacionada con su estadia regular o irregular en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado de que se trate.

En cuanto a las condiciones de detención, no puede haber duda acerca de que son también «irresistibles», dada su intrínseca relación con el Derecho a la integridad personal.

6.3. La expulsión: el artículo 22 de la Convención Americana

La Convención Americana aborda el Derecho de los extranjeros a no ser expulsado en los incisos 6, 8 y 9 del artículo 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 expulsión de un migrante en situación irregular se efectuara sin apego a la ley? (inciso 6). Por su parte, el PIDCP dedica un artículo específico (el 13), que reproduce el 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 recta interpretación 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 de la Convención Americana). 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 contratan 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, a lo cual la Convención de los Migrantes agrega que «cada caso de expulsión será tratado individualmente»

(art. 22.1); *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 de la 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 de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados¹¹).

Por su parte, la Convención sobre los Migrantes vino a despejar aquella interrogante formulada sobre el inciso 6 del artículo 22 de la Convención Americana: de ninguna manera se permite la expulsión de un extranjero, sea éste regular o irregular, si no es *i*) en cumplimiento de una decisión; *ii*) adoptada por la autoridad competente; *iii*) conforme a la ley (art. 22.2 CM). Además, la Convención de los Migrantes viene a plasmar algunos aspectos de primera importancia: la comunicación de la decisión en un idioma que puedan entender (22.3) y por escrito, derechos que deben ser informados antes de que se pronuncie la decisión.

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

¹¹ 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.

de dicho derecho (explicitada en la Convención Americana como simple prohibición) para estos casos: el *corpus iuris* de protección.

7. ALGUNA CONCLUSIONES

Este trabajo es el primero de una línea que intenta precisar un marco de discusión para evaluar cada caso concreto. En este sentido, buscó dar fundamento a las siguientes afirmaciones, que se condensan por razones de espacio:

1. 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 prestar particular atención a lo que el orden interno —en un sentido amplio— dentro un Estado reconoce como prácticas no discriminatorias, o lo que es lo mismo, como «distinciones» permitidas incluso bajo la estrecha lupa el derecho de los Derechos Humanos. En caso de duda, la demostración es a cargo del Estado.
2. El contexto histórico en que se gestaron estos derechos brinda una explicación de la íntima relación entre universalidad y no diferenciación por nacionalidad, lo cual nos permite concluir que la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad es un componente primigenio y fundamental de la universalidad, a su vez pilar del sistema de Derechos Humanos
3. En caso de duda debe estarse a las no diferenciaciones planteadas por la organización interna de los Estados, entendida en un sentido amplio y no meramente de derecho. Esto incluye las diferenciaciones planteadas por dichos entes públicos (en todos sus niveles, recordemos, de organización política o territorial) en virtud de lo dispuesto por el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la interpretación evolutiva que surge de reconocer la innegable interacción entre los órdenes internos e internacionales.
4. El artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretado 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 garantía de los derechos reconocidos en la Convención, en otro instrumento internacional (art. 29.b CA), en el Derecho Interno de los Estados Partes (OC-4/1984, párr. 53-54) o en cualquier medida adoptada por el Estado, sus funcionarios, sus órganos.

5. Es posible cuestionar la exclusividad de los derechos políticos basada en la ciudadanía. ¿Causas?: (i) agotamiento histórico de la fuente material liberal y positivista que dio origen a una concepción de ciudadanía excluyente y fincada en los derechos políticos; (ii) la presencia usual de extranjeros residentes por largos períodos; (iii) el desarrollo de ciertas legislaciones internas que reconocen ciertos derechos políticos a los migrantes (Ley argentina 25.871). Un argumento adicional puede provenir de considerar que, pese a lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención, el mismo debe ser armonizado tanto con las cláusulas de interpretación de dicho instrumento como con la universalidad que cierra el sistema. De esta manera, es posible sostener que si bien la única distinción en base a la condición de ciudadano reconocida *a priori* como no discriminatoria es aquella que se refiera a los tres derechos políticos enunciados (no siendo pasible de ser ampliada, en virtud de la interpretación *pro homine* a que conmina el artículo 30 de la misma convención), incluso debería analizarse si la aplicación particular de una distinción de ese tipo no contraría, en el caso concreto, el principio de igualdad y no discriminación.
6. Una distinción, para ser tal (y no constituir discriminación) 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-18/2003, párr. 105): no debe menoscabar la esencia del derecho ni otros derechos reconocidos; esto último se indica como el «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 (xix) menor lesividad, según el cual debe ser el instrumento menos intrusivo entre aquellos que podrían alcanzar el resultado deseado.
7. Si tenemos 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 (interferencia en una libertad reconocida, prescripta 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.).
 8. La presunción de discriminación que cargan dichos motivos (los enunciados en el artículo 1.1. de la Convención y en otros instrumentos) coloca en cabeza del Estado la demostración de que se tratan de distinciones que cumplen, en el caso y aplicación concreta, con los parámetros mencionados previamente. A ello debe agregársele la creciente decadencia de la nacionalidad como fundamento válido y autónomo de diferenciaciones, lo cual lleva a sostener que ni la condición de extranjero o la situación migratoria operan, ni *per se* ni bajo los ropajes de una restricción habilitada, como argumento suficiente que sostenga una diferenciación en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos que debe garantizar un Estado a todos los habitantes presentes en su territorio y/o sujetos a su jurisdicción, debiendo en todos los casos demostrarse los recaudos (i) a (ix); de lo contrario, estaríamos ante un caso de discriminación
 9. Las cláusulas de limitación de cada derecho también deben ser aplicadas sin discriminación y de conformidad con el principio de igualdad, pero no queda bajo la discreción de

los Estados (o en el marco de su margen de apreciación) determinar si el hecho de ser extranjero o migrante en situación regular o irregular puede constituir fundamento para dicha restricción, pues la respuesta labrada de antemano por el sistema de Derechos Humanos es no.

10. Independientemente de que un Estado sea parte en la Convención de los Migrantes, sus disposiciones constituyen la *lex specialis* que la Corte IDH, o la Comisión Interamericana pueden utilizar para la fijación del contenido de los derechos previstos en la Convención Americana o en la Declaración para las peticiones en que estén en juego derechos de los migrantes.
11. La condición migratoria «regular» no es un requisito para que el Estado de que se trate respete y garantice el principio de igualdad y no discriminación, como tampoco tal situación puede ser **EL** motivo que rellene las posibilidades de restricción de los derechos por motivos de seguridad nacional, orden público, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- AMIN, S. (1999): *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona.
- AMIN, S. (1997): *Los desafíos de la globalización*, Siglo XXI, México.
- BAYESKY, A.: «The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law», *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.
- BENVENISTI, E. (1999): «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», *International Law and Politics*, vol. 31: 843. Disponible en: <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/31/pdf/31v.pdf>.
- BOBBIO, N. [(1979) 1982]: «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa. Original: *Il problema della guerra e le vie della pace*, traducción: Jorge Binaghi.
- CHOUDHURY, T. (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, W. (2005): «Controlling “unwanted” immigration: lessons from the United States, 1993-2004», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, July 1, 2005, vol. 31, Issue 4.

- DE LUCAS, J. (2000a): «Inmigración, ciudad, derechos: el paradigma de la exclusión», en RODRÍGUEZ, M.^a E., y TORNOS, A. (Eds.): *Derechos culturales y derechos humanos de los migrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, pp. 14-35.
- FOUCAULT, M.: *Genealogía del racismo*, La Plata: Altamira, 1976, 1996, p. 220.
- GARCÍA, L.: «Igualdad y no discriminación en Derechos Humanos y el rol del Estado», en *Discriminación y Derechos Humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2007, pp. 9-45.
- LAFER, C. [(1991) 1994]: *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica. Original: *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Traducción: Stella Mastrangelo.
- LETSAS, G. (2006): «Two Concepts of the margin of appreciation», 26 *Oxford Legal Studies*, 705.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2002): *La universalidad de los Derechos Humanos y el Estado constitucional*, n.º 23, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- RABOSI, E. (1990): «Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, págs. 175-192.
- SABA, R. (1997): «Discriminación, trato igual e inclusión», en ABREGÚ, M. y COURTIS, Ch.: *La aplicación de los tratados sobre derechos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, pp. 561-577.
- TEITELBAUM, M. (2001): «The rol of state in international migration», *The Brown Journal of World Affairs*, winter 2002, vol. VIII, issue 2.
- WALZER, M. [(1997) 1998]: *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós. Original: *On toleration*, traducción Francisco Álvarez.
- WOLFRUM, R. (1998): «Discrimination, Xenophobia and Racism», en JANUSZ SYMONIDES (Ed.): *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, UNESCO, Paris.

INFORMES Y JURISPRUDENCIA

- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v Reino Unido*, 1985.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1986): Comentario General n.º 15, 1986, *The position of aliens under the Covenant*.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1999): Comentario General n.º 27: *Freedom of movement*, artículo 12, 02 de noviembre de 1999. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

- CORTE EDH (1986): 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.
- CORTE IDH (1984): Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4
- CORTE IDH (1987): *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/1987 del 30 de enero de 1987, Serie A, n.º 8.
- CORTE IDH (1987b): *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/1987 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH (1999): *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, opinión Consultiva OC-16/1999 del 1 de octubre de 1999, Serie A, n.º 16.
- CORTE IDH (1999b): *Caso de los «Niños de la Calle», (Villagrán Morales y otros) v Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, n.º 63
- CORTE IDH (2002): *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A, n.º 17.
- CORTE IDH (2003): *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/2003 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, n.º 18.
- CORTE IDH (2003b): *Caso Maritza Urrutia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 103, párr. 92).
- CORTE IDH (2004): *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n.º 110, párrafo 112.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe 51/2001, caso 9.903. Rafael Ferrer-Mazorra y otros Estados Unidos de América. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>.
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OUNHCHR) (2005): «The International Convention on Migrant Workers and its Committee», *Fact Sheet* n.º 24 (Rev. 1), Nueva York y Genova. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24rev.1en.pdf>