

MIGRACIONES Y DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES DEL HOMBRE. LA CONTRIBUCIÓN DE LA DECLARACIÓN A LA CONFORMACIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES

MIGRATION AND AMERICAN DECLARATION ON THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN. THE CONTRIBUTION OF THE DECLARATION TO THE CONFIGURATION OF AN INTERNATIONAL MIGRATION LAW

Carmen Pérez González¹

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es doble. De un lado, se analizará de qué modo ha sido interpretada la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre por los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano en lo que hace a la garantía de un eventual derecho a la movilidad humana y a la protección de los derechos humanos de los migrantes. De otro, se pretende reflexionar sobre cuál ha sido la contribución de la Declaración a la conformación de un Derecho Americano de las Migraciones y, en última instancia, de un Derecho Internacional de las Migraciones, y a la protección de los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, migraciones internacionales, derechos de los migrantes, niñez migrante, *non-refoulement*, Derecho Internacional de las Migraciones, Derecho Americano de las Migraciones, humanización del Derecho internacional.

ABSTRACT

The aim of this work is twofold. On the one side, it will be analyzed how the American Declaration on the Rights and Duties of Man has been interpreted by the

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Carlos III de Madrid.

supervisory bodies of the Inter-American human rights system regarding the guarantee of a possible human right to mobility and the protection of the human rights of migrants. On the other side, I will reflect on the contribution of the Declaration to the configuration of an American Migration Law, and ultimately, to an International Migration Law, and to the protection of the human rights of individuals in the context of migration.

KEYWORDS: American Declaration on the Rights and Duties of Man, international migration, migrant's rights, migrant children, *non-refoulement*, International Migration Law, American Migration Law, humanization of international law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. II. LA DECIDIDA APUESTA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA AMERICANO POR LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES: EL PAPEL DE LA DECLARACIÓN. III. ¿UN DERECHO AMERICANO DE LAS MIGRACIONES? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

Las migraciones son un fenómeno consustancial a la historia de América cuya importancia cuantitativa no ha dejado de aumentar². En la actualidad, como en otras regiones del mundo, los movimientos migratorios plantean en el continente americano retos, de diversa índole, que no son en absoluto fáciles de abordar. El éxodo provocado

² Cfr. los datos que aporta el Informe elaborado por la OCDE y la Organización de Estados Americanos (OEA), *Migración internacional en las Américas. Tercer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI)*, 2015, disponible en el siguiente enlace: <https://www.oas.org/docs/publications/SICREMI-2015-SPANISH.pdf>. A través del SICREMI se realizan informes bianuales que dan cuenta de la magnitud del fenómeno en la región. Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 9 de febrero de 2019.

por la situación política en Venezuela³ o el de centroamericanos que buscan llegar a la Estados Unidos⁴ no son sólo dos ejemplos de lo que acaba de decirse, sino que prueban también que buena parte de esos retos radican en la situación de vulnerabilidad en la que la migración coloca a los individuos -mujeres, hombres y menores de edad-, sobre todo si se produce por canales o vías irregulares.

En lo que aquí interesa debe destacarse que, en efecto, las personas migrantes conforman *per se* un grupo vulnerable respecto del que el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos (DIDH) ha venido a imponer obligaciones de protección específicas a los Estados. La protección de los derechos humanos de los migrantes se ha convertido así en uno de los propósitos específicos de este sector del Derecho internacional. Como tendremos ocasión de analizar enseguida, un principio de Derecho internacional otorga a los Estados un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir sobre los requisitos que deberán cumplir los no nacionales que pretendan residir legalmente en su territorio. Aunque claramente limitada, en particular por el principio de no devolución, cuando la pretensión de entrar y permanecer está ligada a la persecución en el país de origen o residencia habitual o, más en general, a la imposibilidad de que este ofrezca protección al individuo frente a determinadas violaciones de derechos humanos, esa facultad es amplia en relación con los migrantes considerados económicos. Limitarla en favor de la protección de los derechos de las personas migrantes es hoy una de las funciones que está llamado a cumplir el Derecho Internacional de las Migraciones.

El propósito del presente trabajo es analizar de qué modo la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre⁵ (en adelante, la Declaración Americana o la Declaración) ha servido a los órganos de protección de derechos humanos en esa tarea. En realidad, el articulado de la Declaración no garantiza, como no lo hace ningún otro instrumento de protección internacional de derechos humanos,

³ En agosto de 2018, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) anunció que el número de migrantes y refugiados de Venezuela alcanzaba los 3 millones de individuos: <https://www.iom.int/es/news/el-numero-de-refugiados-y-migrantes-de-venezuela-alcanza-los-3-millones>.

⁴ En su reunión celebrada en el Principado de Andorra en noviembre de 2018, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán reclamó la adopción de medidas urgentes de protección de los derechos humanos de las caravanas de migrantes de centroamericanos que se dirigen o ya se encuentran en la frontera entre México y Estados Unidos: <http://www.portalfio.org/noticias/andorra-2018-vivienda-migrantes/>.

⁵ La Declaración fue adoptada en Bogotá el 2 de mayo de 1948. Está disponible en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

un derecho individual a migrar⁶. Esto es, un derecho a elegir, al margen de lo que establezcan los Derechos migratorios o de extranjería nacionales, como país de residencia un país distinto del país de la propia nacionalidad. Así, el artículo VIII de la Declaración Americana restringe la titularidad de los derechos de residencia y tránsito a los nacionales del Estado⁷. Establece, sin embargo, en su preámbulo que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, de lo que cabe deducir la obligación de los Estados –en este caso, de los Estado miembros de la OEA- de respetar esos derechos con independencia de la nacionalidad de la persona o, incluso, de su situación administrativa (regular o irregular en el territorio)⁸. Otro principio fundamental, junto al de no devolución, vertebraba por tanto este sector del Derecho

⁶ Sí establece en su artículo XXVII el derecho de asilo: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. Además, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada el 22 de noviembre de 1984 extiende la noción de refugiado contenida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, al considerar como tales “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. La Declaración está disponible en el siguiente enlace: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008>.

⁷ De acuerdo con este artículo “Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. Meses más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) sería más ambiciosa al proclamar en su artículo 13.1 que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dejaría claro en 1966 que los Estados estaban dispuestos a garantizar ese derecho únicamente a las personas que residiesen legalmente en el territorio de un Estado (*Cfr.* su artículo 12.1). La DUDH fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) mediante su Resolución 217 (A) III, de 10 de diciembre de 1948, y está disponible en el siguiente enlace: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)). El PIDCP fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Está disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, establece que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. La Convención está disponible en el siguiente enlace: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁸ Tal y como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “(e)s evidente que estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en la Declaración, como ocurre en general con las protecciones internacionales de los derechos humanos, constituyen obligaciones que los Estados de las Américas, incluido Estados Unidos, deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración. Es notable a este respecto que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración era garantizar como fundamental la “igual protección de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos establecidos en la Declaración”: *Cfr.* el Informe de Admisibilidad y Fondo núm. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos), de 4 de abril de 2001, apartado. 179, disponible en el siguiente enlace: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>.

internacional: el principio de no discriminación. En esa línea, como veremos, parecen haber interpretado la Declaración los órganos de protección de derechos humanos de este sistema regional: la CIDH, de un lado, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), de otro.

En el caso de la CtIADH, estamos ante un grupo de pronunciamientos, si bien no muy numeroso, ciertamente relevante⁹. Vamos a citar aquí, de un lado, las sentencias dictadas en los asuntos *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005)¹⁰, *Vélez Loor Vs. Panamá* (2010)¹¹, *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (2012)¹², *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* (2013)¹³ y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014)¹⁴. Deben citarse además dos de sus Opiniones Consultivas: la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*¹⁵ y la *Opinión Consultiva sobre derechos y*

⁹ Sobre la labor de la Corte *Vid.*: CASTILLA JUÁREZ, K.A., “Protección judicial interamericana de las personas migrantes y refugiadas. La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras” en SAIZ ARNAIZ, A., SOLANES MULLOR, J. y ROA ROA, J.E., *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 357-381, OLEA RODRÍGUEZ, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 9, pp. 249-272, y SANTOLAYA, P., “Las recientes aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materias de migrantes y género” en SANTOLAYA MACHETI, P. y WENCES, I. (coords), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 259-279.

¹⁰ Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Serie C No. 130). Todas las sentencias de la Corte citadas a lo largo de este trabajo están disponibles en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=40&lang=es.

¹¹ Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sobre esta sentencia, *Vid.* el trabajo de DE LEÓN, G., “Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants’ Rights: The Case of Vélez Loor v. Panama”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1-2, 2014, págs. 39-53.

¹² Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Serie C. No. 251, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹³ Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 271, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Vid.* sobre esta sentencia: MARIÑO MENÉNDEZ, F., “A propósito del caso Familia Pacheco Tineo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-128.

¹⁴ Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁵ OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Esta Opinión Consultiva ha sido calificada como el intento más significativa y notable, a nivel regional, de clarificar el marco jurídico aplicable a los migrantes en situación administrativa irregular: ESTRADA-TANCK, D., “Human Security and Universal Human Rights of Undocumented Migrants: Transnational Vulnerabilities and Regional Traditions”, *ESIL Conference Paper 1/2012*, disponible en el siguiente enlace: <http://ssrn.com/abstract=2193743>, p. 7. La Opinión Consultivas de la CtIADH citadas en este trabajo están disponibles en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es.

*garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*¹⁶.

Mi intención no es hacer un análisis pormenorizado y cronológico de estos pronunciamientos. Tal y como ya he adelantado, trataré de reflexionar sobre la contribución que la Declaración Americana, interpretada en los pronunciamientos de la CIAD y la CtIADH, ha hecho a la conformación de un Derecho Internacional de las Migraciones que atienda de modo preferente a la necesaria protección de los derechos de los migrantes. Esto es, que podamos considerar heredero del proceso de humanización del Derecho internacional¹⁷. Ello exige, creo, comenzar afirmando la existencia de este sector del ordenamiento jurídico internacional, tratando de poner de relieve de qué modo se contribuye en su seno a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes (I). En segundo lugar, trataré de analizar y valorar la aportación de la Declaración Americana en este ámbito en relación con tres cuestiones concretas: la protección de la dignidad de los migrantes y la consolidación de los principios de igualdad y no discriminación de las personas migrantes y de no devolución (II). En tercer lugar, reflexionaré sobre la existencia de un Derecho Americano de las Migraciones (III). Terminaré el trabajo con algunas conclusiones.

I. DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

¿Se ocupa el Derecho internacional de los movimientos migratorios? ¿Los regula? ¿Impone a los Estados obligaciones en este ámbito? Creo que todas estas preguntas pueden ser contestadas afirmativamente. A pesar de que no se haya positivizado aún, como ya se ha señalado, un derecho individual a migrar, y de que los Estados conserven, como ya se ha indicado también, una amplia facultad tanto para regular las condiciones que habrán de cumplirse para residir legalmente en su territorio como para expulsar a los extranjeros que, de acuerdo con el Derecho interno, no tengan

¹⁶ OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Vid. al respecto: ARLETTAZ, F., “An Inter-American Perspective on the Rights of Minors in Migration Proceedings”, *ACDI*, 2016, Col. 9, pp. 197-231.

¹⁷ Sobre esta cuestión puede verse: MERON, T., *The Humanization of International Law*, 2006, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

derecho a entrar o permanecer en él¹⁸, lo cierto es que el Derecho internacional ha avanzado en las últimas décadas hacia la conformación de un marco que pretende, de un lado, condicionar esa facultad del Estado¹⁹ y, de otro y al mismo tiempo, salvaguardar la posición de los individuos inmersos en contextos migratorios. No está resultando una tarea sencilla.

Los Estados se resisten a ver erosionada su capacidad para decidir los requisitos que los no nacionales deben cumplir para entrar y permanecer en su territorio²⁰, consideran a menudo la llegada de migrantes, sobre todo si esa llegada es masiva, como una cuestión de seguridad y tienden a postergar la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del control de fronteras²¹. Todo ello ha lastrado la instauración de un régimen multilateral que aporte seguridad jurídica y certeza a los movimientos migratorios, que ordene las migraciones²². Y ello a pesar de que parecería

¹⁸ Cfr. el artículo 3 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre expulsión de extranjeros (A/CN.4/L.832), adoptado en 2014, y disponible en el siguiente enlace: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf&lang=EFSSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2014/>.

¹⁹ En el ámbito el ámbito americano, los apartados 8 y 9 del artículo 22 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, limitan, en consonancia con principios bien establecidos por el Derecho internacional, esa facultad de expulsión. Establece, así, que “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”, al tiempo que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

²⁰ La Unión Europea (UE) constituye sin duda un ejemplo paradigmático en ese sentido. Los Estados parte de esta Organización Internacional sí se han ido desprendiendo progresivamente de sus competencias en este ámbito con el fin de conformar una política común de inmigración. El proceso no está siendo ni corto, ni fácil, sin embargo. Vid., al respecto: GEDDES, A., *Immigration and European Integration: Beyond Fortress Europe?* 2ª ed., 2008, Manchester, Manchester University Press, y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes”, *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2016, pp. 455-472.

²¹ La AGNU ha reiterado la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos de los migrantes en este marco. Así, por ejemplo, recientemente, les ha solicitado “que adopten medidas concretas para prevenir la violación de los derechos humanos de los migrantes en tránsito, particularmente en puertos y aeropuertos y en las fronteras y los puestos de control de inmigración, y capaciten debidamente a los funcionarios públicos que trabajan en esos servicios y en las zonas fronterizas para que los migrantes sean tratados con respeto y de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos” y ha recordado “la especial vulnerabilidad de los migrantes en situaciones de tránsito, incluso a través de las fronteras nacionales, y la necesidad de que también en esas circunstancias se garantice el pleno respeto de sus derechos humanos”: Cfr. su Resolución de 19 de diciembre de 2017, A/RES/72/179, disponible en el siguiente enlace: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/72>.

²² Hay, desde luego, un consenso evidente en torno a la necesidad de controlar de modo eficaz los movimientos migratorios irregulares. En el plano multilateral, ese consenso se plasmó en 2000 en la adopción del Protocolo Adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la delincuencia transnacional organizada. El Protocolo está disponible en el siguiente enlace: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

ser ese el primero de los objetivos de un Derecho Internacional de las Migraciones²³. Prueba reciente de este fracaso son, creo, tanto las dificultades que han acompañado la aprobación del el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, como lo decepcionante del resultado²⁴.

Así las cosas, en ese avance hacia la consolidación de un Derecho Internacional de las Migraciones²⁵, están jugando un papel fundamental los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Dejando a un lado ahora otras posibles funciones que este sector del Derecho internacional estaría llamado a cumplir, la de la protección de los derechos de los migrantes resulta, desde luego, esencial: los mismos constituyen, como ya se ha dicho, un grupo particularmente vulnerable y el DIDH ha avanzado decididamente hacia la imposición de obligaciones relativas a la garantía de sus derechos.

Cuando se trata de analizar los avances en el ámbito del Derecho internacional convencional, debemos destacar la aprobación, en el año 1990, de la Convención internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares²⁶. Aunque excede de los propósitos del presente trabajo realizar un análisis, siquiera somero, de la Convención²⁷, sí me gustaría señalar que, a pesar de ser un tratado de derechos humanos que ha recibido un número relativamente bajo de ratificaciones, una buena parte de estas proceden del continente americano²⁸.

²³ Así, como se ha dicho, “las manifestaciones de la rotura de la cooperación multilateral en materia de control y ordenación de migraciones forzadas se manifiesta especialmente ante todo en la ausencia de una acción institucional de la Comunidad Internacional, impensable en este ámbito”: MARIÑO MENÉNDEZ, F., “La Debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, núm. 34, p. 157.

²⁴ El texto se cerró el 13 de julio de 2018 y fue finalmente aprobado en una Conferencia Intergubernamental celebrada en Marrakech los días 10 y 11 de diciembre de 2018. Está disponible en el siguiente enlace: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Sobre el mismo puede verse: GUILD, E., “The UN’s Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, *German Law Journal*, 2017, Vol. 18, núm. 7, pp. 1779-1796.

²⁵ Ya me he ocupado en otro lugar de esta cuestión: PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, 2012, Valencia, Tirant lo Blanch.

²⁶ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

²⁷ Vid. al respecto: NAFZIGER, J.A.R. y BARTEL, B. C., “The migrant workers convention: Its place in human rights law”, *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, núm. 4, pp. 771-799.

²⁸ Se trata de Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y Granadinas, Uruguay y Venezuela. Esto es, 18 de los 54 Estados parte en la Convención proceden de este continente. El estado del número de ratificaciones puede consultarse en el siguiente enlace: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en.

El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que se encarga de supervisar el cumplimiento de la Convención por los Estados parte, no es el único órgano de protección internacional de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas que ha contribuido a la consolidación y el refuerzo de las obligaciones de protección impuestas a los Estados respecto de los migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción. Ha resultado fundamental en este ámbito, también, la labor del Comité de Derechos Humanos²⁹, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰, el Comité de Derechos del Niño³¹, el Comité contra la Tortura³² y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³³. En el plano extraconvencional, no puede dejar de citarse al Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes³⁴ o el potencial del denominado Exámen Periódico Universal³⁵.

²⁹ Cfr. en particular las Observaciones Generales núm. 15 (1986), relativa a la situación de los extranjeros respecto al Pacto, y núm. 27 (1999), relativa a la libertad de circulación (artículo 12). Ambas están disponibles en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11.

³⁰ El Comité ha declarado expresamente, por ejemplo, que los Estados están obligados a velar por que todas las personas, incluidos los migrantes, tengan igual acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, con independencia de su situación legal y su documentación: Cfr. el párrafo 34 de su Observación General núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), disponible en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

³¹ Citaremos aquí su Observación General núm. 6 (2005), sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, y las Observación generales conjuntas núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, todas disponibles en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=5&DocTypeID=11.

³² Vid. su Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, disponible en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=11.

³³ Cfr., por ejemplo, su Recomendación General núm. 26 (2008), sobre las trabajadoras migratorias, disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

³⁴ Instituido mediante Resolución de la extinta Comisión de Derechos Humanos de 27 de abril de 1999 (E/CN.4/RES/1999/44).

³⁵ Vid., al respecto: DESMOND, A., "The Triangle that could Square the Circle? The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review", *European Journal of Migration and Law*, 2015, Vol. 17, pp. 39-69.

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos han contribuido también de modo significativo a la conformación de un *corpus iuris* relativo a la protección de los derechos humanos de los migrantes. En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha derivado, en particular de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo, determinadas garantías que un no nacional puede invocar para evitar la expulsión del territorio de un Estado parte en el Convenio³⁶. También en el sistema africano se han dado algunos avances interesantes en relación con la protección de los derechos de los no nacionales. Destaca, en este sentido, la Comunicación del Comité africano de expertos sobre los derechos y el bienestar de los niños relativa al caso de los niños nubios, de 22 de marzo de 2011³⁷.

En este contexto, creo que como trataré de demostrar enseguida, es muy destacable la labor de los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano. Debe recordarse que la CIDH cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes³⁸. Creada en 1996 como Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la CIDH decidió en 2012 convertirla en Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes ampliando su mandato, que se pretende “dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, ya sea como migración internacional o interna o como migración forzada o voluntaria”. La Relatoría extiende así su mandato a los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como a otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana³⁹.

³⁶ Vid. sobre esto trabajos de DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312, y GUIRAUDON, V., “European courts and foreigners’ rights: A comparative study of norms diffusion”, *International Migration Review*, 2000, Vol. 34, núm. 4, pp 1088-1125.

³⁷ Está disponible en el siguiente enlace: <https://www.opensocietyfoundations.org/litigation/children-nubian-descent-kenya-v-kenya>. Sobre la misma Vid.: DUROJAYE, E. y FOLEY, E. A., “Making a first impression: An assessment of the decision of the Committee of Experts of the African Children's Charter in the Nubian Children communication”, *African Human Rights Law Journal*, 2012, Vol. 12, núm. 2, pp. 564-578.

³⁸ Tal y como se ha dicho las relatorías “desempeñan un rol relevante, ya que, combinadas con las otras funciones de la Comisión, potencian el trabajo de esta y le dan una perspectiva más sistemática a las áreas a las que las relatorías se refieren”: GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 195-196.

³⁹ Sus acciones y jurisprudencia están accesibles en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp>.

II. LA DECIDIDA APUESTA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA AMERICANO POR LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERANCIONAL DE LAS MIGRACIONES: EL PAPEL DE LA DECLARACIÓN

A. Los migrantes como grupo vulnerable: la necesaria protección de su dignidad

La protección de la dignidad humana ha resultado ser un eje fundamental en la construcción del sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos. Tal y como se ha dicho, “dignitarian interpretations of rights inform much of the canon of international human rights, from the Universal Declaration of Human Rights onwards”⁴⁰. Cabría reformular la afirmación de esta autora para incluir a la Declaración Americana. Este instrumento menciona en seis ocasiones la dignidad. Tres de ellas en el preámbulo⁴¹, las otras tres en el articulado⁴².

Los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos se han servido de las nociones de dignidad humana y vulnerabilidad para garantizar en determinados casos, por ejemplo, la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados. De importancia fundamental este sentido son sus opiniones consultivas. Se ha señalado, así, que “al examinar detenidamente las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH es posible observar un lento y paulatino surgimiento de la sensibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos

⁴⁰ YOUNG, K. G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale J. Int'l L.*, Vol. 113, 2008, p. 133.

⁴¹ Se afirma en el mismo “(q)ue los pueblos americanos han dignificado la persona humana”, que “(t)odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y, refiriéndose a la relación entre derechos y deberes, que “(s)i los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

⁴² En primer lugar, el artículo XII, relativo al derecho a la educación afirma que toda persona tiene derecho a que “mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad”. En segundo lugar, el artículo XIV establece que “(t)oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. En tercer lugar, el artículo XXIII, que se refiere al derecho a la propiedad recuerda que “(t)oda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

Humanos (CIDH), los representantes de las víctimas, y los jueces, en torno a las condiciones de vulnerabilidad de las personas en la migración”⁴³.

Partiendo, en efecto, de la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes en situación administrativa irregular, la Corte ha señalado que el disfrute de tales derechos, entre los que se encuentran el derecho a recibir un salario justo por el trabajo realizado, el derecho de acceso a la seguridad social, el derecho a que la duración de la jornada sea razonable y se realice en condiciones laborales adecuadas de seguridad e higiene, o el derecho al descanso, garantiza a todos los trabajadores migratorios y sus familiares “el disfrute de una vida digna”⁴⁴.

Debe citarse también la más reciente *Opinión Consultiva sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, ya citada aquí. También en esta ocasión vulnerabilidad y dignidad –junto con la obligación de preservar su interés superior– sirvieron a la Corte para trazar el mapa de las obligaciones que incumben al Estado en relación con la protección de los derechos de los menores inmersos en procesos migratorios, también de los derechos de naturaleza social y económica (alojamiento adecuado, educación, asistencia médica), con independencia de su condición administrativa⁴⁵.

Ya en el plano contencioso, en *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte se pronunció sobre el alcance del derecho del demandante (un inmigrante irregular privado de libertad) a recibir asistencia médica. Para la Corte, el hecho de que el demandante no la hubiese recibido causó que el sufrimiento inherente a la privación de libertad excediese de lo inevitable, lo que implicó una violación de la obligación de no infligir penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes⁴⁶ y la lesión de su dignidad⁴⁷. Además, la Corte tuvo en cuenta el hecho de que el demandante, en su condición de inmigrante irregular

⁴³ OLEA RODRÍGUEZ, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)...*cit.*, p. 250.

⁴⁴ *Cfr.* los apartados 109, 133, 134, 156 y 157 de la OC-18/03.

⁴⁵ *Cfr.*, por ejemplo, los apartados 106 (en relación con los menores potenciales víctimas de trata de seres humanos y por tanto en situación de vulnerabilidad extrema), 171-184 (en relación con las condiciones básicas que deben cumplir los lugares de alojamiento de niños y niñas migrantes) y 256 (en relación con los menores solicitantes de asilo) de esta Opinión Consultiva.

⁴⁶ *Cfr.* el apartado 199.

⁴⁷ *Ibidem*, apartados 225 y 227.

privado de libertad, estaba en una situación de vulnerabilidad “agravada” para reforzar el alcance de las obligaciones del Estado⁴⁸.

También de interés en este punto ha sido la labor de la CADH. En *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*⁴⁹ la Comisión se refirió abundantemente a la jurisprudencia del TEDH que resultaba aplicable en razón de la naturaleza del litigio. La Comisión protegió a la demandante, enferma de SIDA, frente a la devolución a Jamaica, donde la falta de tratamiento le hubiese provocado la muerte, concluyendo que la misma vulneraba el art. XXVI de la Declaración Americana (derecho a un proceso regular). que prohíbe la imposición de penas crueles, infamantes o inusitadas

Un razonamiento construido también sobre la base de la noción de dignidad humana sirvió a la CtIADH en el asunto *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. La Corte entendió que el hecho de que no se le hubiese proporcionado a dos menores de ascendencia haitiana, pero nacidas en República Dominicana, una certificación de nacimiento y se hubiese dificultado la obtención de la nacionalidad, vulneraba su derecho a la personalidad jurídica y con ello su dignidad, puesto que se negó “de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y [se las hizo] vulnerables frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”⁵⁰. En el caso concreto, la denegación de las autoridades dominicanas impedía el ejercicio del derecho a la educación de las menores, puesto que sin la certificación de nacimiento no podían acceder a la escuela. La Corte entendió que no dar acceso a la educación a los niños migrantes indocumentados suponía una vulneración de la obligación que incumbe a los Estados parte de garantizar la educación primaria de todos los niños⁵¹. Dignidad y vulnerabilidad –en este caso la específica de los niños- constituyó, por tanto, el fundamento de la decisión de la Corte. Como ya se ha dicho, el 28 de agosto de 2014 la Corte dictó una nueva sentencia relativa a la detención y expulsión colectiva de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos menores. En la misma, la Corte se pronunció sobre la situación socio-económica de esta población y

⁴⁸ *Ibidem*, apartado 254.

⁴⁹ Informe núm. 63/08, caso 12.534, de 25 de julio de 2008, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>

⁵⁰ *Cfr.* el apartado apartado 179 de la sentencia.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 185.

entendió que el hecho de que a menudo permaneciesen indocumentados y en situación de pobreza aumentaba su vulnerabilidad⁵².

B. La naturaleza imperativa de la obligación de no discriminación de los extranjeros y personas migrantes

Tal y como ha tenido ocasión de señalar la CIDH, “(a) menudo, las personas migrantes suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación, por las cuales son discriminados no sólo por su origen nacional, su situación migratoria, o más ampliamente por el hecho de ser extranjeros, sino también en razón de factores tales como su edad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnico-racial, condición de discapacidad, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras. Adicionalmente, la vulnerabilidad de las personas migrantes se ve agravada cuando éstas se encuentran en situación irregular”⁵³.

A la igualdad se refiere el artículo II de la Declaración Americana cuando afirma que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Se puede afirmar que la Declaración inaugura así una lista de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, vinculantes y no vinculantes, que pivotan sobre el principio de no discriminación: los Estados deben respetar los derechos garantizados por el instrumento, en este caso la Declaración Americana, en relación con todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, también los migrantes. Cabe señalar, en este sentido, que se ha desarrollado en Derecho internacional un estándar mínimo de derechos del que deben disfrutar todos los individuos.

El principio de no discriminación juega en el sistema interamericano un papel esencial en relación con la protección de los derechos de las personas migrantes. La CtIADH ha considerado que el derecho a una igual protección ante la ley está contenido en una norma de *ius cogens* afirmando al respecto lo siguiente:

“ (...) este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él

⁵² *Ibidem*, apartado 17.

⁵³ CIDH, Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp>.

descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*⁵⁴.

En *Vélez Loor vs. Panamá*, sin embargo, la Corte recordó que aunque los Estados no pueden discriminar a los migrantes o tolerar discriminaciones que les perjudiquen, sí puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. En general, el Derecho internacional, con esas salvaguardas, tolera cierto grado de discriminación: no se espera que los Estados den un trato absolutamente equivalente a nacionales y extranjeros, sobre todo si estos últimos están en situación administrativa irregular. No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que determinados instrumentos internacionales de protección de derechos humanos permiten expresamente esa desigualdad. Cabe citar el caso del artículo 1.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁵⁵, que prevé que la misma “no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”. En el mismo sentido, el artículo 2 de la Resolución 40/144 de la AGNU, de 13 de diciembre de 1985, que aprobaba la Declaración sobre los Derechos Humanos

⁵⁴ Cfr. la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* cit. apartado 101. Ver también la sentencia dictada en el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, de 21 de septiembre de 2006, apartado 94; la sentencia dictada en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, de 24 de agosto de 2010, apartado 269; y la sentencia dictada en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, ya citada aquí, apartado 248. Sobre esta cuestión: DEMBEUR, M.-B., “The voice of the Inter-American Court: Equality as *Jus Cogens* (Advisory Opinions 16/99 and 18/03)”, en DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights...* cit, pp. 282-312.

⁵⁵ Adoptada el 21 de diciembre de 1965 y disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁵⁶, establece que ningún artículo de la misma deberá interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los Estados a promulgar leyes y reglamentaciones que establezcan diferencias entre nacionales y extranjeros.

Con todo, el Derecho internacional parece apostar progresivamente por la igualación de estatutos, sobre todo en lo que hace a los migrantes que se encuentran en situación administrativa regular, y a ello están contribuyendo de modo determinante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano. Creo que las Opiniones Consultivas aquí citadas son prueba evidente de ello. Es más, ese objetivo parece ser la última ratio de la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. También la Comisión trabaja, creo, en esta misma línea. Así, en el caso de los Trabajadores Indocumentados en Estados Unidos⁵⁷, los demandantes alegaron sufrir un trato discriminatorio como consecuencia de una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que estableció que los trabajadores indocumentados despedidos ilegalmente como represalia por haber ejercido su derecho a la libertad de asociación no tenían derecho al beneficio del pago de determinados salarios. La Comisión fundamentó su decisión en el principio de no discriminación. En realidad, su razonamiento parte de la constatación de que, tal y como se ha señalado en la introducción de este trabajo, los Estados no tienen la obligación de admitir en su territorio a todos los extranjeros, en este caso con fines laborales, ni de ofrecer trabajo a los trabajadores en situación administrativa irregular. Afirma, en este sentido, que “con respecto al empleo de los trabajadores indocumentados, la Comisión considera procedente señalar al comienzo que ni el Estado ni los particulares en un Estado están obligados a ofrecer empleo a trabajadores indocumentados. En otras palabras, el Estado y los particulares, como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación laboral con migrantes en situación irregular”⁵⁸. Sin embargo, esa relación se entabla en ocasiones, y en ese caso, “la Comisión considera que las protecciones conferidas por ley a los trabajadores, con la gama completa de derechos y obligaciones abarcados, deben

⁵⁶ La Resolución está disponible en el siguiente enlace: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/40>.

⁵⁷ Informe núm. 50/16, caso 12.834, de 30 de noviembre de 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.

⁵⁸ Cfr. el apartado 76 de la Decisión.

aplicarse a todos los trabajadores sin discriminación, sean documentados o indocumentados”⁵⁹.

Es, por tanto, el principio de no discriminación, el que permite a la Comisión fundamentar la obligación del Estado de garantizar un trato igualitario trabajadores documentados y no documentados. Al respecto, afirmó lo siguiente, sirviéndose del artículo II de la Declaración Americana como parámetro normativo de referencia:

“72. (...) el derecho a la igualdad y la no discriminación enunciado en el artículo II es un principio fundamental del sistema interamericano de derechos humanos (“SIDH”). El principio de la no discriminación es la columna vertebral del sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Igual que con todos los derechos y las libertades fundamentales, la Comisión ha observado que los Estados no solo están obligados a velar por la igualdad de protección ante la ley, sino que también deben adoptar las medidas legislativas, normativas y de otros tipos que se necesiten para garantizar el goce efectivo de los derechos protegidos por el artículo II de la Declaración Americana.

73. El concepto de igualdad formulado en la Declaración Americana se refiere a la aplicación de derechos sustantivos y a la protección que debe dárseles en caso de actos del Estado o de terceros. La Comisión ha aclarado que el derecho a la igualdad ante la ley no significa necesariamente que las disposiciones sustantivas de la ley sean las mismas para todos, sino que la ley debe aplicarse a todos por igual sin discriminación. En la práctica, esto significa que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley, abstenerse de introducir en su marco jurídico normas que en sí mismas o en la práctica discriminen contra ciertos grupos y combatir las prácticas discriminatorias”.

C. El principio de no devolución

Vamos a ocuparnos en último lugar del principio de no devolución (*non-refoulement*). Se trata de un principio que surge en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, pero que es hoy un principio de Derecho internacional general, que ha

⁵⁹ *Ibidem*.

desbordado dicho ámbito y ha pasado a ocupar un espacio capital en el ámbito del DIDH⁶⁰. En definitiva, tal y como indicó MARIÑO MENÉNDEZ, “(t)he principle of non forcible return or non-refoulement constitutes a norm of general international law that doctrine and practice regard as imperative and as imposing obligations erga omnes”⁶¹.

Los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano han recogido este testigo y han reforzado en ese ámbito regional la aplicación de este principio. Así, la CtIADH tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance del mismo en la sentencia dictada en el asunto *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, ya citada aquí. Los hechos que dieron lugar a la sentencia tienen que ver con la devolución en 2001 de esta familia desde el Estado de Bolivia al Estado del Perú. La devolución traía causa de la desestimación de la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiados en el país que procedió a la devolución y de la consiguiente decisión de expulsión. Las autoridades bolivianas adoptaron esa decisión de manera sumaria, vulnerando además varias de las garantías que integran el derecho al debido proceso. Esta es la interpretación que hizo la Corte, que condenó al Estado demandando por violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución (contenido en el derecho de circulación y residencia) y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, todos reconocidos en los artículos 22.7, 22.8, 8 y 25 de la CADH⁶².

⁶⁰ Así, un individuo excluido del estatuto de refugiado y protegido por tanto por el artículo 33 de la Convención de Ginebra, seguirá estando protegido frente al retorno en virtud del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, o el artículo 3 del CEDH. Además, debe tenerse en cuenta que la obligación de *non-refoulement* se extiende asimismo a las entradas ilegales de migrantes y solicitantes de asilo. De tal modo que debe entenderse que el principio de no devolución comprende no sólo el reenvío al país de origen, sino también la inadmisión en la frontera y la adopción de medidas encaminadas a interceptar a los solicitantes de asilo fuera del territorio del Estado de acogida, así por ejemplo, en una zona de alta mar adyacente a las áreas marítimas en las cuales se ejerce jurisdicción. El ACNUR ha dejado constancia de ello en diversas ocasiones. Además, existe también jurisprudencia al respecto. Sirva como ejemplo una condena a Italia, por parte del TEDH en 2012. El órgano judicial del Consejo de Europa condenó a Italia por violar el CEDH, al rechazar a 24 migrantes y solicitantes de asilo procedentes de Somalia y Eritrea que formaban parte de un grupo de personas interceptadas por guardacostas y funcionarios de aduanas italianos cuando se encontraban en una zona marítima fuera de sus aguas territoriales y de otros espacios marinos donde Italia también ejerce competencias (en concreto, en aguas sometidas a la jurisdicción de Malta), y desde donde se les había obligado a regresar a Libia, su punto de partida, en aplicación de un tratado bilateral entre Italia y Libia para hacer frente a la inmigración ilegal (asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*).

⁶¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “The prohibition of torture in public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2018, núm. 391, p. 149.

⁶² Además, se habrían violados el derecho a la integridad psíquica y moral, reconocido en el artículo 5.1 de la CADH; el derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH; y el derecho a la integridad física, reconocido en el artículo 5.2 de la CADH: *Cfr.* los apartados 126-208 de la sentencia.

Además, la Corte amplió las garantías de no devolución a todos los extranjeros independientemente de su condición migratoria⁶³:

“151. Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo.

(...)

153. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

III. ¿UN DERECHO AMERICANO DE LAS MIGRACIONES?

El análisis realizado en las líneas anteriores muestra cómo la Declaración Americana ha servido a los órganos del sistema americano de protección de derechos humanos para fundar determinadas obligaciones de los Estados relativas a la garantía de los derechos de las personas migrantes. En particular, esas obligaciones se han derivado de los principios de no discriminación y no devolución (*non-refoulement*) y se han

⁶³ GAJARDO FALCÓN, J., *El multiculturalismo y su perspectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral inédita presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2018, p. 333.

fundamentado en la necesaria protección de la dignidad de las personas migrantes, que conforman un colectivo particularmente vulnerable.

Se trata, en mi opinión, de principios que vertebran un sector del Derecho internacional que he denominado Derecho Internacional de las Migraciones. La protección de los derechos de las personas migrantes, de los individuos inmersos en procesos migratorios, es uno de los objetivos que debe poder cumplir ese sector del Derecho internacional. El otro gran objetivo, el de la gobernanza efectiva y segura de las migraciones, está lejos hoy de ser alcanzado. En relación con el primero, tal y como ya se ha dicho, ha sido fundamental la labor sostenida de los órganos de protección internacional de derechos humanos. La misma ha ido venciendo la tradicional resistencia de los Estados a aceptar limitaciones a una potestad, la de decidir sobre la entrada y permanencia de los extranjeros y sobre el estatuto de derechos que debían serles reconocidos, que ellos no quieren ver limitadas. A esta aproximación han contribuido de un modo evidente los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano y han apoyado su contribución, de modo si bien no exclusivo, sí preferente, en la Declaración Americana. Un instrumento que ya fue pionero en su día y que ha servido para fundamentar posiciones que también lo son hoy, setenta años después de su aprobación. Creo que se pueden destacar dos desarrollos muy importantes en este sentido.

De un lado, creo que la jurisprudencia americana es un referente en relación con la protección de los derechos de los trabajadores en situación administrativa irregular. Desde luego lo es la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, que propone un estatuto jurídico muy avanzado para este colectivo. Y, de otro, resulta igualmente significativa la idea de una ciudadanía interamericana entre los Estados miembros de la OEA que la CADH habría deducido de los principios de no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección ante la ley⁶⁴.

Si algo caracteriza al Derecho Americano de las Migraciones, en definitiva, es su decidida apuesta por la superación de la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes a partir del refuerzo de sus derechos y, consecuentemente, de las obligaciones de los Estados en este contexto.

⁶⁴ TORRES-MARENCO, V., “La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Vniversitas*, 2011, núm. 122, p. 54.

CONCLUSIONES

En el 40 aniversario de la Declaración americana, el profesor Buergenthal afirmó que la misma “vio la luz como una simple resolución no vinculante, para luego convertirse con el tiempo en la Carta Magna del sistema interamericano”⁶⁵. Más allá del debate sobre su posible vinculatoriedad jurídica⁶⁶, no puede negarse su relevancia transformadora en el continente americano. En este trabajo se ha querido reflexionar sobre cómo ha operado esa transformación respecto de las personas migrantes y de la consolidación de un Derecho de las Migraciones que gire en torno a la protección de sus derechos. No debe perderse de vista que los migrantes son, también en el continente americano, víctimas de violaciones gravísimas de los mismos, lo que incluiría las desapariciones forzadas.

En este sentido, el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 28 de julio de 2017 acerca de las desapariciones forzadas en el contexto de la migración da cuenta, por ejemplo de los “casos de migrantes en México que fueron capturados presuntamente por la policía federal, estatal o municipal o por el personal de los servicios de migración y entregados a organizaciones delictivas que los retienen para cobrar un rescate, o secuestrados en las rutas migratorias conjuntamente por oficiales y miembros de organizaciones delictivas. En otros casos, se informa que las organizaciones criminales han capturado a migrantes con el apoyo, directo o indirecto, el consentimiento o la aquiescencia del Estado”⁶⁷. La desaparición de 72 migrantes a finales de marzo de 2011 en Tamaulipas también correspondería según el Grupo de Trabajo a esta descripción⁶⁸.

⁶⁵ BUERGENTHAL, Th., La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Instituto Interamericano de DD. HH*, 1989, p. 111.

⁶⁶ Un debate que, en opinión de la doctrina, no habría zanjado aún la jurisprudencia de la Corte: PAÚL DÍAZ, Á., La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, núm. 47, pp. 377.

⁶⁷ A/HRC/36/39/Add.2, disponible en el siguiente enlace: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/36/39/Add.2.

⁶⁸ *Vid.* sobre esta cuestión: VESTRI, G., “Migración, desaparición forzada de personas y derechos humanos. La eterna condena humana. El caso mexicano”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2º semestre, 2012, págs.

Este trabajo está dedicado a la memoria del Profesor Fernando M. Mariño Menéndez, mi maestro. Durante los años en los que tuve el privilegio de trabajar junto a él, aprendí no sólo los contenidos propios de nuestra asignatura, el Derecho internacional público, sino el sentido que, según su convencimiento, debíamos darle a las tareas propias de nuestra profesión: la investigación y la docencia. Me inculcó, así, que el valor de la disciplina era concebirla como un instrumento al servicio de la protección de los más desfavorecidos, de los más vulnerables, entre los que sin duda se encuentran los migrantes. Este trabajo quiere ser, en definitiva, un ejemplo humilde de la influencia de su magisterio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARLETTAZ, F., “An Inter-American Perspective on the Rights of Minors in Migration Proceedings”, *ACDI*, 2016, Col. 9, pp. 197-231.
- BUERGENTHAL, TH., “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, p. 111-119.
- CASTILLA JUÁREZ, K.A., “Protección judicial interamericana de las personas migrantes y refugiadas. La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras” en SAIZ ARNAIZ, A., SOLANES MULLOR, J. y ROA ROA, J.E., *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 357-381.
- DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312.
- DEMBEUR, M.-B., “The voice of the Inter-American Court: Equality as Jus Cogens (Advisory Opinions 16/99 and 18/03), en DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312.
- DESMOND, A., “The Triangle that could Square the Circle? The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review”, *European Journal of Migration and Law*, 2015, Vol. 17, pp. 39-69.
- DUROJAYE, E. y FOLEY, E. A., “Making a first impression: An assessment of the decision of the Committee of Experts of the African Children's Charter in the Nubian Children communication”, *African Human Rights Law Journal*, 2012, Vol. 12, núm. 2, pp. 564-578.
- ESTRADA-TANCK, D., “Human Security and Universal Human Rights of Undocumented Migrants: Transnational Vulnerabilities and Regional Traditions”, *ESIL Conference Paper 1/2012*, disponible en el siguiente enlace: <http://ssrn.com/abstract=2193743>.

- GAJARDO FALCÓN, J., *El multiculturalismo y su perspectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral inédita presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2018
- GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GEDDES, A., *Immigration and European Integration: Beyond Fortress Europe?* 2ª ed., 2008, Manchester, Manchester University Press.
- GUILD, E., “The UN’s Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, *German Law Journal*, 2017, Vol. 18, núm. 7, pp. 1779-1796.
- GUIRAUDON, V., “European courts and foreigners’ rights: A comparative study of norms diffusion”, *International Migration Review*, 2000, Vol. 34, núm. 4, pp. 1088-1125.
- DE LEÓN, G., “Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants’ Rights: The Case of Vélez Loor v. Panama”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1-2, 2014, págs. 39-53.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “The prohibition of torture in public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2018, núm. 391.
- “La Debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, núm. 34, pp. 151-164.
- “A propósito del caso Familia Pacheco Tineo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-128.
- MERON, T., *The Humanization of International Law*, 2006, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

- NAFZIGER, J.A.R. y BARTEL, B. C., “The migrant workers convention: Its place in human rights law”, *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, núm. 4, pp. 771-799.
- OLEA RODRÍGUEZ, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 9, pp. 249-272.
- PAÚL DÍAZ, Á., La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, núm. 47, pp. 361-395
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes”, *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2016, pp. 455-472.
- Migraciones irregulares y Derecho internacional*, 2012, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SANTOLAYA, P., “Las recientes aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materias de migrantes y género” en SANTOLAYA MACHETI, P. y WENCES, I. (coords), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 259-279.
- TORRES-MARENCO, V., “La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Vniversitas*, 2011, núm. 122, pp. 41-76.
- VESTRI, G., “Migración, desaparición forzada de personas y derechos humanos. La eterna condena humana. El caso mexicano”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2º semestre, 2012, págs. 267-302.
- YOUNG, K. G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale J. Int'l L.*, Vol. 113, 2008, pp. 113-176.