

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL  
PARA LAS MIGRACIONES ESTÁ **N° 3**  
CONSAGRADA AL PRINCIPIO DE QUE  
LA MIGRACIÓN **DIÁLOGO** EN FORMA  
ORDENADA **INTERNACIONAL** BENE-  
FICIA A LOS **SOBRE LA MIGRACIÓN**  
MIGRANTES Y A LA SOCIEDAD LA OIM  
AYUDA A ENCARAR LOS CRECIENTES  
DESAFIOS QUE PLANTEA LA GESTIÓN  
DE LA MIGRACIÓN **UN ANÁLISIS**  
FOMENTA LA **SOBRE NORMAS**  
COMPRENSIÓN **JURÍDICAS** DE LAS  
CUESTIONES **INTERNACIONALES**  
MIGRATORIAS **Y MIGRACIÓN** ALIENTA  
EL DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓ-  
MICO A TRAVÉS DE LA MIGRACIÓN  
VELA POR EL RESPETO DE LA  
DIGNIDAD HUMANA Y EL BIENESTAR  
DE LOS **MIGRANTES**





DIÁLOGO  
INTERNACIONAL  
SOBRE LA MIGRACIÓN

**UN ANÁLISIS  
SOBRE NORMAS  
JURÍDICAS  
INTERNACIONALES  
Y MIGRACIÓN**

Separata y capítulo de introducción de:

*Normas Jurídicas Internacionales y Migración*

Un Estudio de Expertos exhaustivo, realizado por Migration Policy Institute (MPI), Washington, D.C. y l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales (IUHEI) de Ginebra, por encargo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y en cooperación con la misma. Los editores de este Estudio, patrocinado por el Gobierno de Suiza, son T. Alexander Aleinikoff (MPI) y Vincent Chetail (IUHEI), y será publicado por T.M.C. Asser Press\* a principios de 2003.

\* Véase la dirección Internet: [www.asserpress.nl](http://www.asserpress.nl)



OIM - Programa de Políticas e Investigación sobre Migraciones

---

Este libro es una publicación del Programa de Políticas e Investigación sobre Migraciones (PPIM) de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). El PPIM tiene por finalidad contribuir a fomentar la comprensión de la migración y consolidar la capacidad de los gobiernos de encauzar la migración de manera efectiva y cooperativa.

Las opiniones expresadas en los capítulos de este libro por los autores citados son aquellas de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la OIM.

**Autor:** T. Alexander Aleinikoff  
Asociado principal, Migration Policy Institute, y  
Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Georgetown

**Editor:** Organización Internacional para las Migraciones  
Programa de Políticas e Investigación sobre Migraciones  
17, route des Morillons  
1211 Ginebra 19  
Suiza  
Tel: + 41 22 717 91 11  
Fax: + 41 22 798 61 50  
Correo electrónico: [hq@iom.int](mailto:hq@iom.int)  
Internet: <http://www.iom.int>

ISSN 1726-4049

© 2002 Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y  
T. Alexander Aleinikoff

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado – electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc. – sin el permiso previo por escrito del editor.

***DIÁLOGO***  
***INTERNACIONAL***  
***SOBRE LA MIGRACIÓN***



# ***Índice***

Prólogo	7
Prefacio	9
Introducción	11
Autoridad y responsabilidad del Estado	15
La libertad de las personas para salir y regresar	27
Migración forzada	29
Los derechos humanos de los migrantes	36
Integración de los migrantes	47
Migración laboral	53
Migración y desarrollo	56
Conclusión	58





## *Prólogo*

Hay muchas convenciones y acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales, – particularmente en el ámbito humanitario – que tienen por finalidad encauzar la migración. Algunos de estos instrumentos funcionan satisfactoriamente mientras que otros no han sido plenamente llevados a la práctica. Ello no obstante, hay esferas en que no se cuenta con normas o directrices que reglamenten la cooperación entre Estados. Es más, no existe una estructura global que permita encauzar los movimientos ordenados de manera cooperativa y que combine la eficacia, la equidad y el respeto de los intereses de los países de origen, de tránsito y de destino. A pesar de que los formuladores de políticas son cada vez más conscientes de que no bastan medidas internas para encauzar eficazmente la migración y a pesar de que en la actualidad la migración se aborda a nivel internacional, no ha habido hasta ahora una iniciativa amplia para que los países de origen, tránsito y destino entablen un diálogo sobre toda una serie de cuestiones migratorias.

Habida cuenta de lo antedicho, la Oficina Federal Suiza para los Refugiados lanzó la Iniciativa de Berna con el objeto de fomentar la gestión de la migración a nivel regional, y posiblemente a nivel mundial, a través de la cooperación entre los Estados. Idealmente, el proceso ha de conducir al diálogo entre países de origen y destino, primero a nivel regional y luego a nivel mundial. A través de este diálogo podría establecerse un marco intergubernamental idóneo para determinar las directrices y mejores prácticas que ayuden a los gobiernos a hacer frente a los desafíos que trae consigo la migración.

Sin embargo, para que ello sea posible, es preciso adoptar una serie de medidas intermedias. Una de ellas es acopiar las normas jurídicas internacionales existentes en materia de migración. El Estudio en su globalidad será publicado a principios de 2003. En este volumen se presentan las conclusiones de dicho Estudio, que han sido redactadas por T. Alexander Aleinikoff, profesor de Derecho y Asociado principal de Migration Policy Institute en Washington D. C. El objetivo de este Estudio de Expertos es poner de relieve las normas y reglas existentes en materia de migración e identificar las brechas jurídicas evidentes. El Estudio será un valioso instrumento para los formuladores de políticas migratorias gubernamentales y para los encargados de su aplicación, y además servirá para fomentar el diálogo y la cooperación entre Estados en lo referente a la gestión de la migración.

Jean-Daniel Gerber  
Director de la  
Oficina Federal Suiza para los Refugiados

## ***Prefacio***

La migración internacional caracteriza la vida social y económica contemporánea. A medida que los gobiernos de todo el mundo asumen esta realidad, se enfrentan al desafío de desarrollar una cooperación efectiva en este ámbito.

En la Octogésima segunda Reunión del Consejo de la OIM, celebrada en noviembre de 2001, se inició un diálogo internacional sobre políticas migratorias, como parte integral de las reuniones del Consejo. En la primera reunión de este diálogo se hizo hincapié en una perspectiva global para encauzar la migración y en la necesidad de comprender bien el fenómeno migratorio. Es particularmente pertinente para esta publicación, que los gobiernos hayan puesto de relieve la necesidad de comprender el marco jurídico internacional existente relativo a la gestión de la migración.

La Iniciativa de Berna, creada por el Gobierno de Suiza en junio de 2001, viene siguiendo los mismos pasos. Unos de los objetivos principales es abrir caminos para el estudio, la reflexión y la consulta entre gobiernos y otros interlocutores en el ámbito migratorio con miras a fomentar la cooperación.

Este ***Análisis sobre Normas Jurídicas Internacionales y Migración*** es una importante contribución a este proceso y una respuesta a las diversas solicitudes que emanaron de formuladores de políticas para contar con una guía concisa de normas y reglas jurídicas internacionales en el ámbito de la migración. Además, servirá de instrumento a los formuladores de políticas y para quienes se ocupan de la migración puesto que en un solo

documento se acopian y analizan las normas jurídicas internacionales pertinentes para la gestión de la migración. Por consiguiente, la OIM publica este Análisis como parte de la serie “Diálogo Internacional sobre la Migración”.

El presente Análisis es un extracto de un Estudio de Expertos, *Normas Jurídicas Internacionales y Migración*, encargado como parte de la Iniciativa de Berna, que contiene 17 artículos sobre diferentes cuestiones migratorias preparados por expertos en Derecho Internacional en cada uno de los ámbitos considerados pertinentes a la gestión de la migración. Comprende, asimismo, capítulos sobre la autoridad y responsabilidad de los Estados, la libre circulación, el retorno a países de origen, la migración laboral, la migración forzada, el tráfico y la trata, el rescate en altamar, los derechos humanos de los migrantes, la nacionalidad, la unificación familiar, los niños y la migración internacional, la integración, la migración y la seguridad, la migración y el desarrollo, los elementos de la migración en el derecho internacional mercantil, la migración y salud, así como un capítulo consagrado a la cooperación entre Estados en materia de migración, que incluye acuerdos bilaterales y multilaterales significativos. El Estudio de Expertos será publicado a principios de 2003 por Asser Press. El Análisis que se presenta a continuación es el capítulo introductorio de ese volumen y ofrece de manera integrada un panorama de los capítulos contenidos en el Estudio de Expertos.

Deseo agradecer al autor, T. Alexander Aleinikoff, Asociado principal de Migration Policy Institute en Washington D.C., profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de Inmigración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, que bajo el patrocinio del Gobierno de Suiza, ha realizado una excelente labor y ha demostrado gran paciencia y flexibilidad en la preparación de esta obra. También deseo agradecer a los diversos expertos que han contribuido con su tiempo y pericia a la realización de este estudio.

Brunson McKinley  
Director General de la  
Organización Internacional para las Migraciones

## ***Introducción***

Somos un mundo de Estados y un mundo de personas en movimiento. Somos también, por lo tanto, un mundo de fronteras. Las razones para cruzar una frontera son múltiples: buscar trabajo, visitar a familiares, huir de la violencia o de desastres naturales, recibir una educación o asistencia médica o volver a casa. En teoría, todos los Estados tratan de hacerse cargo de sus fronteras, controlando el flujo de personas que entran y salen.

A veces se dice que los Estados tienen plena autoridad para regular el movimiento de personas a través de sus fronteras y que, si esa autoridad fuera en cualquier modo inferior, su soberanía se vería menoscabada y su capacidad de definirse como nación estaría en peligro. Frente a esta tesis, suele afirmarse que los migrantes poseen unos derechos humanos fundamentales de los que ninguna legislación nacional sobre migración les puede privar.

Este debate olvida aspectos cruciales del actual régimen jurídico internacional e infravalora la posibilidad de cooperar en el encauzamiento de la migración en beneficio tanto de los Estados como de los migrantes. Existen, de hecho, una serie de reglas jurídicas, convenios multilaterales y acuerdos bilaterales bastante precisos, aunque no lleguen a recoger todos los detalles, que limitan y canalizan la autoridad de los Estados sobre la migración. La propuesta de un Estado con facultades ilimitadas no puede sostenerse. Pero lo más importante es que esas normas existentes no vienen impuestas desde arriba, ni son producto de un órgano legislativo mundial que haya establecido un plan director para la circulación de personas que los Estados deban acatar. Antes

bien, las normas se han forjado desde abajo, a través de las relaciones y negociaciones entre Estados y teniendo en cuenta sus prácticas. Dicho de otro modo, los Estados han buscado la forma de encauzar las migraciones por el interés de su propia población y para mantener unas relaciones de amistad con los demás Estados, y han afirmado unas normas basadas en los derechos humanos tanto por principio como porque esperan que también las sigan los Estados a los que sus ciudadanos viajen y en los que fijen su residencia. En resumen, puesto que siempre ha habido migraciones y puesto que constituyen un proceso humano natural – de hecho, más natural que las fronteras estatales que esas personas cruzan – no es de extrañar que los Estados hayan tratado de trabajar con otros Estados para organizar esos movimientos.

En este contexto, el presente informe examina las normas jurídicas internacionales desde una perspectiva distinta a la del debate sobre la relación entre el ejercicio o la pérdida del control estatal y los derechos de los migrantes. Pretende reunir las normas jurídicas que constituyen el marco en el que la cooperación podría beneficiar a los Estados, a sus ciudadanos, y a las relaciones internacionales. Coincide, por tanto, con el propósito de las Naciones Unidas, expresado en la Carta, según la cual los Estados Miembros se comprometen a “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

Como veremos, el derecho internacional es a la vez mayor y menor de lo que cabría suponer. En algunos aspectos, existen normas sobre migración fácilmente reconocibles. Muchas de ellas se hallan insertadas en convenios entre Estados (como el principio de no devolución, que prohíbe devolver a personas a países en los que corren el riesgo de sufrir persecución). Otras han evolucionado con el tiempo y forman parte del derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, el deber de los Estados de readmitir a sus nacionales cuando deseen regresar). Además, existen literalmente decenas de acuerdos internacionales, regionales y bilaterales sobre migración que estipulan obligaciones recíprocas para

los Estados que los ratifiquen. Los temas abarcados cubren áreas tan diversas como la trata, el comercio, la libertad de circulación de los migrantes dentro de determinadas regiones y los derechos de los trabajadores migrantes.<sup>1</sup>

En otros temas, las normas internacionales no están tan claras o no han terminado aún de cristalizar. Veamos algunos ejemplos: (1) aunque el derecho a la unidad familiar está reconocido en convenciones sobre derechos humanos ampliamente ratificadas, resulta más difícil (fuera del contexto de los refugiados) hablar de un derecho establecido de migrar en aras de la reunificación familiar, (2) aunque el deber de rescatar a las personas en el mar está claro, no existe una norma firme sobre dónde deben desembarcar esas personas, (3) se permite que los Estados tracen líneas basadas en la situación con respecto a la ciudadanía, pero la norma para evaluar la permisibilidad de un trato discriminatorio no está claramente estipulada. Y en otros ámbitos, no se han fijado aún normas jurídicas claras o se trata de proyectos de futuro. Por ejemplo, no existen normas internacionales generales que regulen la doble nacionalidad o la integración de los inmigrantes.

Cada uno de estos temas exige la cooperación entre Estados. Las normas vigentes dan muestra de un acuerdo internacional general; las normas de nuevo cuño o formulación vaga son un terreno en el que un trabajo interpretativo conjunto podría ser productivo; y las “lagunas” ofrecen temas obvios para su ulterior estudio a escala internacional.

El proceso migratorio se conceptualiza frecuentemente como una relación triangular entre una persona, un Estado emisor y un Estado receptor. Pero una descripción más completa tiene en cuenta el papel de, entre otros, los países de tránsito, las redes sociales de los migrantes en los Estados de origen y de asentamiento, los empleadores de los Estados receptores, los transportistas, los contrabandistas y traficantes y los agentes de persecución no estatales cuyos actos obligan a algunas personas a huir. Todo ello configura una compleja red de conexiones entre

---

<sup>1</sup> Véase OIM, “Inter-state Cooperation on Migration – Significant Bilateral and Multilateral Agreements”, en este Estudio de Expertos.

esas diversas personas, grupos y Estados. Las normas jurídicas internacionales, por lo tanto, operan a diversos niveles y tienen distintos destinatarios. Pueden describir obligaciones de un Estado con otro (como el deber de aceptar el regreso de los propios súbditos), obligaciones del Estado con los individuos (como el principio de no devolución de los refugiados) u obligaciones entre individuos (como el deber del capitán de un barco de rescatar a las personas que se hallaren en peligro en el mar).

Los artículos de diversos expertos que conforman el grueso de este Estudio de Expertos describen ampliamente estas normas jurídicas que se entrecruzan.<sup>2</sup> El propósito de este capítulo introductorio es resumir y organizar ese trabajo de una forma que pueda resultar útil a las autoridades. Por ello, agrupa los temas de los artículos bajo categorías más amplias, tales como la autoridad y responsabilidad de los Estados y el régimen jurídico en relación con los migrantes forzados. Las citas jurídicas se han reducido al mínimo. Al lector que desee referencias jurídicas precisas y una discusión más profunda se le insta a consultar los artículos de los expertos.

---

<sup>2</sup> No pretende ser una compilación de normas internas, ni es tampoco un estudio comparativo de diferentes tipos de sistemas nacionales de reglamentación.



# ***Autoridad y responsabilidad del Estado***

## ***Autoridad***

El derecho internacional afirma la autoridad de los Estados de regular la circulación de personas a través de sus fronteras. Se entiende que esta facultad nace del concepto de un sistema internacional de Estados en el que éstos poseen la autoridad primordial sobre su territorio y sobre su población. La potestad del Estado en materia de inmigración se expresa normalmente en términos generales, es decir, se considera que los Estados tienen una gran libertad para definir sus políticas de admisión, residencia, expulsión y naturalización de los no ciudadanos.

## ***Gestión de las admisiones y de la residencia***

En tiempos modernos, son los Estados los que ejercen la autoridad de gestionar la admisión en su territorio definiendo entre los no ciudadanos quiénes son admisibles y quiénes no, de expulsar a los no ciudadanos considerados indeseables, y de ofrecer ciertas prestaciones y oportunidades únicamente a sus ciudadanos. Entre los fundamentos para rehusar la admisión (o decretar la expulsión) figuran generalmente la enfermedad, la actividad delictiva, las violaciones de las leyes de inmigración, razones de seguridad nacional u orden público y la carencia de medios económicos. Prácticamente todos los Estados exigen también algunos documentos específicos, como la posesión de un pasaporte, visado o título de viaje válido, para que los no ciudadanos puedan entrar en su territorio.

## ***Garantía de la integridad de las fronteras***

Los Estados ejercen también su autoridad contra aquellas personas u organizaciones que pretenden transportar migrantes violando la ley.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (adoptada por la Asamblea General en 2000, pero que aún no ha entrado en vigor)<sup>3</sup> contiene protocolos sobre el tráfico ilícito y la trata de personas.<sup>4</sup> En ellos se define tráfico ilícito como el traslado organizado de personas al territorio de un país, violando sus leyes, con el fin de obtener un beneficio económico o cualquier otro provecho de orden material.<sup>5</sup> La trata de personas se define como la captación, el transporte o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad con fines de explotación.<sup>6</sup> Los protocolos exhortan a la criminalización de ciertos actos y a la cooperación entre los Estados para el intercambio de

---

<sup>3</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 9 de enero de 2001, GAOR, quincuagésimo quinto período de sesiones, U.N. Doc. A/Res/55/25, 40 *I.L.M.*335 (2001) (no vigente aún en el momento de la publicación). La Convención ha sido suscrita por 143 Estados y ratificada por 24. Entrará en vigor cuando haya 40 ratificaciones. Íd. en art. 38.

<sup>4</sup> Véase el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante “Protocolo contra el Tráfico Ilícito”), art. 18, 15 de nov. de 2000, cap. II, U.N. Doc. A/55/383 (2000), 40 *I.L.M.* 335 (2001) (no vigente en el momento de la publicación); Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante “Protocolo contra la Trata”), art. 8, 15 de nov. de 2000, U.N. Doc. A/55/383, p. 53, 40 *I.L.M.* 335 (2001) (no vigente en el momento de la publicación). Los Estados Parte deben también “adopt[ar] medidas o reforz[ar] las ya existentes, (...) a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.”. Protocolo contra la Trata, art. 9(4).

<sup>5</sup> Véase el Protocolo contra el Tráfico Ilícito, art 3(a).

<sup>6</sup> Véase el Protocolo contra la Trata, art. 3(a).

información para las fuerzas del orden y el regreso de las personas víctimas de esos fenómenos.<sup>7</sup>

También se han emprendido esfuerzos regionales, como la Declaración de Bangkok de 1999 (en virtud de la cual los Estados prometieron coordinar sus esfuerzos en la migración irregular, el tráfico ilícito y la trata de personas). Además, diversos acuerdos bilaterales entre Estados receptores y Estados de origen han ofrecido formación y asistencia a agentes de la ley y a personal de transporte, en los Estados de origen, para prevenir el tránsito ilícito.

Las convenciones internacionales abordan asimismo delitos asociados a veces con los desplazamientos transfronterizos, como el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y el crimen organizado transnacional.<sup>8</sup> Por lo general, estos instrumentos instan a los Estados a criminalizar la actividad, adoptar medidas para evitar su preparación dentro de las fronteras del Estado y cooperar con otros Estados para enjuiciar a los infractores (por ejemplo, mediante la extradición y la asistencia jurídica).

En varias regiones del mundo se han iniciado procesos consultivos que pretenden fomentar la cooperación para erradicar la migración irregular.<sup>9</sup> Más de 40 gobiernos europeos y diez organizaciones internacionales participan en el Proceso de Budapest, iniciado en 1991 y que aborda cuestiones tales como el

---

<sup>7</sup> Es importante observar que cada protocolo incluye una “cláusula de salvaguardia” que señala que “[n]ada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.” Protocolo contra el Tráfico Ilícito, art. 19 (1); Protocolo contra la Trata, art. 14(1).

<sup>8</sup> Véase Fisher, Martin, y Schoenholtz, “Migration and Security in International Law”, en el Estudio de Expertos (Denominado de ahora en adelante “Fisher et al”).

<sup>9</sup> Véase en general A.K. von Koppenfels, *The Role of Regional Consultative Processes in Managing International Migration*, IOM Migration Research Series, No. 3 (2001).

tráfico ilícito, la armonización de políticas sobre visados, los acuerdos de readmisión y el intercambio de información sobre migraciones no autorizadas. La Conferencia Regional sobre Migración (conocida comúnmente como el Proceso de Puebla) comenzó en 1996 con el propósito de reunir a los Estados emisores y receptores de América Central y del Norte para tratar cuestiones de interés común. Dieciséis gobiernos, la OIM y el ACNUR participaron en las consultas intergubernamentales sobre políticas de asilo, refugiados y migración de Europa, América del Norte y Australia, un foro que promueve el intercambio de información y el análisis comparativo de las políticas.

### ***Nacionalidad***<sup>10</sup>

Cada Estado tiene potestad para determinar quiénes son sus nacionales de acuerdo con las normas jurídicas convencionales y consuetudinarias. De este modo, los Estados pueden elegir adoptar normas de *ius soli* (derecho de suelo) o de *ius sanguinis* (derecho de sangre) (o de ambos tipos) para determinar la ciudadanía al nacer y no existe una norma internacional que exija a un Estado otorgar la nacionalidad a los hijos de los inmigrantes (aunque los instrumentos internacionales exhortan a tomar medidas para evitar que haya apátridas).<sup>11</sup> La potestad del Estado de dictar leyes sobre sus miembros así como su facultad de regular la inmigración refuerzan la autoridad estatal para formular leyes sobre la concesión de la ciudadanía a los inmigrantes (naturalización). (La nacionalidad se discute luego más a fondo).

### ***Seguridad nacional***

La capacidad de un Estado de proteger su seguridad es un atributo esencial de la soberanía. Aunque no existe un instrumento exhaustivo en materia de migración y seguridad, es evidente que los Estados poseen la autoridad, al amparo del derecho internacional, de limitar y controlar la migración

---

<sup>10</sup> En este documento, los términos “ciudadanía” y “nacionalidad” se utilizan indistintamente, aunque sus significados pueden tener connotaciones distintas en el derecho interno de los Estados.

<sup>11</sup> Ej. Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), art. 8, 20 de nov. de 1989, U.N. Doc. A/RES/44/25 (1989), 28 **LL.M.** 1457 (1989).

aludiendo a la seguridad nacional, y la exclusión y expulsión de personas consideradas como una amenaza para la seguridad nacional de un Estado está firmemente arraigada en la práctica.

Tras los atentados del 11 de septiembre contra los Estados Unidos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la resolución 1373, en la que pide a los Estados que “impidan la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces en frontera y controles de la emisión de documentos de identidad y de viaje, y mediante la adopción de medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje”.<sup>12</sup>

Las razones de seguridad nacional justifican a veces en el derecho internacional excepciones en los derechos garantizados por los derechos humanos y otras convenciones. Estas excepciones adoptan la forma de limitación de derechos o sirven de base para la suspensión de derechos protegidos en determinada convención. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contiene ambos tipos de cláusulas. En el punto 3 de su artículo 12, por ejemplo, se estipula que la libertad de circulación dentro del territorio de un Estado y el derecho a salir de él “no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, *sean necesarias para proteger la seguridad nacional*, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos

---

<sup>12</sup> Los esfuerzos por redactar una convención exhaustiva sobre terrorismo se han visto frustrados al no lograr alcanzar un acuerdo sobre la definición de terrorismo. No obstante, dos convenciones sobre aspectos específicos del terrorismo han entrado recientemente en vigor: (1) el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, Asamblea General, Res. 52/164, anexo (15 de dic. de 1997), 37 *I.L.M.* 249 (1998) (vigente desde el 23 de mayo de 2002) (que obliga a los Estados a, entre otras cosas, criminalizar los atentados terroristas con bomba y a extraditar a las personas buscadas en otros Estados Parte); y (2) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Asamblea General, Res. 54/109 (9 de dic. de 1999), 39 *I.L.M.* 270 (2000) (vigente a partir del 10 de abril de 2002) (que exige a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias para detectar, congelar y embargar fondos utilizados en actividades terroristas y cooperar con los demás Estados Parte en el trabajo de prevención y aplicación de la ley).

reconocidos en el presente Pacto”.<sup>13</sup> De modo similar, el artículo 13 estipula lo siguiente:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, *a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello*, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. (realces añadidos)

Los Estados Parte pueden también suspender las obligaciones contraídas en virtud del Pacto “[e]n situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación [...], en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, [...] siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.<sup>14</sup> La conveniencia de una limitación o suspensión se evalúa caso por caso, pero lo cierto es que una amenaza significativa para la seguridad del Estado estaría entre las primeras razones de éste para imponer la restricción de un derecho.

Las razones de seguridad justifican también una excepción en el derecho de *non-refoulement* (no devolución) que se estipula en el derecho internacional de los refugiados.<sup>15</sup> Sin embargo, la Convención contra la Tortura no contempla esa excepción y el Comité contra la Tortura (el órgano supervisor del tratado) ha criticado las leyes nacionales que parecen permitir la deportación

---

<sup>13</sup> Realce añadido. Para referencias a cláusulas de limitación de otros tratados, véase Fisher et al, *supra*, en el n. 69.

<sup>14</sup> Art. 4(1). Véanse las normas en materia de procedimiento del art. 4(3).

<sup>15</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33(2), 28 de julio de 1951, 189 *U.N.T.S.* 150.

por razones de seguridad nacional de personas que volverán a sufrir tortura.<sup>16</sup>

### ***Aplicación en alta mar y en aeronaves***

Los Estados buscan cada vez más que sus leyes de inmigración se cumplan más allá de sus fronteras, impidiendo la entrada ilegal por mar o aire. Según el derecho internacional consuetudinario y convencional, las autoridades estatales pueden detener y abordar cualquier barco que enarbole su pabellón, barcos apátridas y barcos que hayan entrado en sus aguas territoriales. Pero los Estados sólo pueden imponer sus leyes de inmigración en barcos que se encuentren en aguas internacionales y que enarbole pabellón extranjero con el consentimiento del Estado del pabellón.<sup>17</sup>

Los barcos que transporten migrantes a veces llevan un exceso de pasaje por lo que resultan peligrosos para los pasajeros. Los capitanes tienen el deber, en virtud del derecho internacional, de rescatar a las personas que se hallaren en barcos en peligro en el mar;<sup>18</sup> y los Estados tienen el deber de adoptar legislación que establezca sanciones para los capitanes de barco que no cumplan ese deber.<sup>19</sup> En relación con las personas rescatadas en el mar surgen dos dificultades. En primer lugar, el derecho internacional no ofrece unas directrices claras sobre adonde habría que llevarlos (entre las posibilidades figuran la siguiente escala prevista para el barco o el puerto más cercano). En segundo lugar, las personas

---

<sup>16</sup> Ej. CAT/C/SR.13, párr. 27 (1989). Y véase PIDCP, art. 4(2), que no permite la derogación del artículo 7 del Pacto que prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>17</sup> Convención sobre el Alta Mar, 29 de abril de 1958, 450 *U.N.T.S.* 82 (vigente desde el 30 de sept. de 1962); Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante "CNUDM"), 10 de dic. de 1982, art. 98(1), 1833 *U.N.T.S.* 397; Fisher et al, *supra*.

<sup>18</sup> CNUDM, art. 98(1); Convenio Internacional sobre la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1 de nov. de 1974, cap. V (Reg. 10), 32 *U.S.T.* 47 (vigente desde el 25 de mayo de 1980).

<sup>19</sup> CNUDM, art. 98(1). Véase también el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, 1979 Anexo, T.I.A.S. 11093, cap. 2, párr. 2.1.10 (vigente desde el 22 de junio de 1985).

rescatadas a menudo pueden temer volver a sus Estados de origen y tener razones para acogerse a las cláusulas de no devolución que contiene la convención sobre los refugiados u otros instrumentos sobre derechos humanos.<sup>20</sup>

Las personas que llegan por aire al territorio de un Estado deben pasar normalmente por unos trámites de inspección y determinación de su admisibilidad. Según el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago), los transportistas aéreos deben tomar precauciones en el punto de embarque para cerciorarse de que los pasajeros cuentan con los documentos de viaje que exige el Estado en que se va a desembarcar.<sup>21</sup> Los pasajeros que sean inadmisibles quedarán bajo la custodia del transportista, que es responsable de su pronta retirada al lugar donde comenzaron el viaje o a cualquier otro lugar donde se les pueda admitir. Los Estados Parte en el Convenio se comprometen a recibir a un pasajero al que se le haya denegado la admisión en otro lugar si ha permanecido en el territorio del Estado antes de embarcar (siempre que haya sido algo más que un tránsito directo), a menos que a esa persona se la haya considerado antes inadmisibile allí. Muchos Estados imponen multas y otras sanciones a los transportistas aéreos que aterrizan con pasajeros que no poseen documentos adecuados, aunque las sanciones no están permitidas cuando el transportista puede demostrar que ha adoptado las precauciones adecuadas para garantizar el cumplimiento de los requisitos en materia de documentación.

En resumen, el derecho internacional reconoce un papel significativo (si no primordial) para la acción unilateral de los Estados en la regulación de la migración. No obstante, en muchos ámbitos, los Estados han alcanzado acuerdos de cooperación interestatal con vistas a proteger los intereses nacionales y encauzar mejor la migración internacional.

---

<sup>20</sup> Véase el artículo del ACNUR, "Protection of Asylum Seekers and Refugees Rescued at Sea", en este Estudio de Expertos. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dictaminado que, según el derecho estadounidense, la convención sobre los refugiados no se aplica a las acciones de autoridades estadounidenses fuera de las aguas territoriales de los Estados Unidos. Sale contra *Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 166, 113 S.Ct. 2549 (1993).

<sup>21</sup> 3.52-3.71.



## ***Responsabilidad***

Reconocer la existencia de autoridad no implica que esa autoridad no tenga límites. Puesto que la regulación de la migración afecta tanto a los intereses de los países de origen y de tránsito como a los de los migrantes, los Estados han entablado acuerdos bilaterales y multilaterales que limitan y canalizan su autoridad en materia de inmigración. Por ello también el derecho internacional puede formular normas tanto de fondo como de procedimiento para el ejercicio de la potestad del Estado, entre las que destacan, en primer lugar, las normas sobre derechos humanos y otras normas derivadas del derecho consuetudinario.

### ***Compromisos internacionales***

Una norma fundamental del derecho internacional es que los tratados suscritos libremente por los Estados y que se encuentran en vigor deben respetarse y aplicarse. Este principio – *pacta sunt servanda* – está reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Además, está estipulado que, según el derecho internacional, las obligaciones contraídas por las partes en virtud de un tratado tienen prioridad sobre cualquier otra cláusula en conflicto del derecho interno de un Estado.<sup>22</sup>

### ***Respeto y protección de las normas internacionales sobre derechos humanos***

Los Estados están obligados por sus compromisos en las convenciones sobre derechos humanos que hayan ratificado y por las normas del derecho internacional consuetudinario. La mayoría

---

<sup>22</sup> Caso de *las comunidades greco-búlgaras*, informes de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, nº 17, p. 32. No obstante, sigue incumbiendo a la legislación nacional decidir si el derecho internacional debe tener prioridad en los tribunales del país sobre leyes nacionales incompatibles. Aunque es difícil hablar de un derecho general de los Estados a cooperar unos con otros en problemas comunes, la Carta de las Naciones Unidas determina que los Estados “arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. Art. 2(3).

de los derechos humanos están garantizados independientemente de la condición de inmigrante de una persona; su naturaleza responde a la condición de una persona de ser humano y no de ciudadano de un Estado concreto.<sup>23</sup>

Como se explicará más adelante, para la regulación de la inmigración y de los inmigrantes revisten especial importancia las normas antidiscriminatorias, la protección general en cuanto a garantías procesales, privación de libertad y acceso a los tribunales, la protección específica en cuanto a los procesos de inmigración y las normas relativas a la unidad familiar.

### ***No devolución***

Varias convenciones ampliamente ratificadas prohíben la devolución de personas cuando pueden sufrir determinados tipos de daños. Las más importantes son la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de los que se trata más adelante. Estas obligaciones ponen también en cuestión algunas prácticas de Estados para evitar la entrada ilegal que conllevan la disuasión o penalización de los solicitantes de asilo o de otras personas que necesitan protección internacional.

### ***Deber de aceptar la devolución de nacionales***

Numerosas autoridades informan de que los Estados tienen el deber de aceptar la devolución de sus nacionales de otros Estados.<sup>24</sup> Aunque este deber no está estipulado en una convención multilateral, se estima de forma generalizada que es consecuencia de la autoridad que se le reconoce a un Estado de expulsar a los no nacionales. Es decir, para que el derecho de un Estado a expulsar a los no nacionales sea efectivo, otro Estado debe aceptar a los expulsados; y en un mundo que entiende la

---

<sup>23</sup> Observación General nº 15, párr. 7 (1986) (que afirma que los extranjeros tienen derecho a ser reconocidos ante la ley).

<sup>24</sup> Véanse las fuentes citadas en Noll, "Return of Nationals to States of Origin and Third States", en este Estudio de Expertos.

ciudadanía como la pertenencia a un Estado, esa obligación recae en el Estado de origen del que es ciudadano el expulsado. La práctica extendida entre los Estados de aceptar la devolución de los propios ciudadanos, reafirmada en algunos casos por la conclusión de acuerdos de readmisión, apoya, según se dice, la existencia de esa norma en el derecho internacional consuetudinario.

Aunque algunos de los principales tratados internacionales tienen en cuenta esa norma, surgen dificultades en cuanto a que un Estado deba perfeccionar el ejercicio de otro Estado de su potestad de expulsar a los no nacionales. El Estado de origen puede objetar que su autoridad está siendo puesta en entredicho por la demanda del Estado expulsor; quizás, entonces, sólo existe un deber más limitado de no injerencia, es decir, de no obstaculizar las diligencias de expulsión de otro Estado. Además, puede aducirse que el deber de aceptar el regreso de los propios nacionales se aplica únicamente a los que vuelven voluntariamente. De este modo, más bien complementaría el derecho de la persona a regresar antes que representar un deber impuesto a un Estado por el ejercicio del poder de otro Estado. Por último, la evidencia de acuerdos de readmisión puede interpretarse de dos formas: o bien demuestra la carencia de normas (y la necesidad consiguiente de un acuerdo) o bien prueba la materialización de una norma existente reconocida.<sup>25</sup>

En todos los casos, está claro que las dificultades que aguardan al regreso de los no nacionales a sus países de origen han sido un motivo significativo de malestar en las relaciones interestatales. Los acuerdos de readmisión dan prueba de una forma posible de cooperación entre Estados;<sup>26</sup> alcanzar unos compromisos

---

<sup>25</sup> Véase *íd.*

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, la recomendación del Consejo Europeo del 30 de nov. de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral de readmisión entre un Estado Miembro y un tercer país, *Diario Oficial C 274*, 19 de sept. de 1996, p. 20 (art. 2(1)): "La Parte contratante por cuya frontera exterior se tenga constancia o se acredite que ha entrado una persona que no cumple o ha dejado de cumplir en el territorio de la Parte contratante requirente con las condiciones vigentes de entrada o residencia readmitirá sin ningún tipo de formalidades a la persona en cuestión a petición de la Parte contratante requirente."

internacionales más amplios puede ser también factible y aconsejable.<sup>27</sup>

### ***Acceso consular***

De acuerdo con la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963, un Estado que detiene o priva de libertad a un no ciudadano debe informarle de su derecho a ponerse en contacto con los funcionarios consulares de su Estado de origen y debe comunicar esa petición a los funcionarios consulares “sin dilación”. Estos funcionarios tienen derecho “a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales.”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Véase también el Protocolo contra la Trata de Personas, art. 8 (que pide a los Estados Parte que faciliten y acepten el regreso de víctimas de la trata que tuvieran derecho a la residencia permanente en el Estado en el momento de la entrada de la víctima en el país receptor), Protocolo contra el Tráfico Ilícito, art. 18.

<sup>28</sup> Artículo 36.

## ***La libertad de las personas para salir y regresar***

Numerosas convenciones internacionales y regionales afirman el derecho de las personas a salir de cualquier país y volver a su propio país.<sup>29</sup> Es importante señalar que esta norma es más limitada que un derecho general a cruzar fronteras internacionales o a ser admitido en cualquier país que uno elija. Lo que hace, más bien, es establecer el derecho a estar libre de restricciones arbitrarias a la salida y el deber de los Estados a proporcionar documentos de viaje. El derecho no es absoluto. Los Estados pueden impedir la salida, por ejemplo, para hacer cumplir sanciones por delitos, el pago de impuestos, el servicio militar y la asistencia a juicio.

El derecho a salir es un derecho “incompleto”.<sup>30</sup> En un mundo de Estados-naciones y fronteras vigiladas, el ejercicio del derecho depende de la capacidad de la persona de encontrar un Estado dispuesto a admitirlo. Puesto que no existe el derecho a entrar en un país que no sea el propio, las personas que encuentran cerrada esa puerta o que desean abandonar su país de origen, pero no logran hallar otro Estado que les admita, no podrán ejercer su derecho a salir salvo, quizás, por medios no autorizados.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Ej. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) (“DUDH”): “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. Véase Chetail, “Freedom of Movement and Transnational Migrations: A Human Rights Perspective”, en este Estudio de Expertos.

<sup>30</sup> Véase *id.*

<sup>31</sup> La imposibilidad de brindar rutas lícitas para la salida y la entrada afecta especialmente a los refugiados y solicitantes de asilo que buscan un lugar seguro fuera de sus países de origen.

El derecho a salir corresponde tanto a los nacionales como a los no nacionales del Estado de residencia. Las categorías de personas que pueden afirmar su derecho a regresar, no obstante, son más limitadas; ese derecho corresponde a los ciudadanos y nacionales de un Estado y, según se acepta generalmente, a las personas despojadas de su nacionalidad en violación del derecho internacional y quizás también a los inmigrantes asentados.<sup>32</sup> Al mismo tiempo, el derecho a regresar se considera sujeto a menos restricciones que el derecho a salir. Según el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar la observancia de un acuerdo ampliamente ratificado como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párr. 20 (1999) (indicando que el artículo 12 4) del PIDCP se refiere a “su propio país” y no a “el país del que sea nacional”).

<sup>33</sup> Íd., párr. 21.

## ***Migración forzada***

Aunque es un lugar común señalar que cada vez son más las personas que desean cruzar las fronteras internacionales, a veces se olvida que la gran mayoría de las personas del mundo desean quedarse en sus países de origen. Quedarse, por tanto, es la norma; trasladarse es la excepción. De hecho, se ha sugerido que las personas tienen un “derecho a quedarse” en sus países de origen<sup>34</sup> –, un derecho amenazado por causas humanas y por las fuerzas de la naturaleza.

El derecho internacional no reconoce una categoría general de migrante “forzado” o “involuntario”, pero existen normas importantes y bien articuladas respecto a estos tipos de personas. Ciertamente, se ha creado un régimen bastante elaborado para la protección internacional de los refugiados y de las víctimas de la tortura.<sup>35</sup> A nivel regional, diversos acuerdos y disposiciones interestatales han ampliado la protección a las personas que cruzan las fronteras del Estado huyendo de otras formas de trato inhumano, de la guerra civil o los conflictos y de los desastres naturales. Además, los principios de los derechos humanos condenan muchas de las prácticas que obligan a las personas a huir.

---

<sup>34</sup> Artículo de Newland and Goodwin-Gill, “Forced Migration and International Law”, en este Estudio de Expertos.

<sup>35</sup> Véase también el cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 *U.N.T.S.* 287 (1949), art. 45 (donde se afirma que “En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”).

## ***Refugiados***

Más de 140 Estados han ratificado o bien la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o bien su Protocolo de 1967. En virtud de estos instrumentos, se define al refugiado como aquella persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, [...] no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”. Los Estados están obligados a conceder a los refugiados reconocidos una serie de beneficios y oportunidades que se otorgan a los inmigrantes y a los nacionales. Y lo que es más importante, el artículo 33 prohíbe la devolución de un refugiado a un país “donde su vida o su libertad peligre” amparándose en uno de los fundamentos de la Convención (el principio de no devolución).<sup>36</sup>

La Convención establece un régimen de “protección sustitutiva”<sup>37</sup> es decir, los Estados Parte se han comprometido a proteger a las personas forzadas a huir de su Estado de origen que no puedan confiar en que ese Estado salvaguarde sus derechos e intereses fundamentales.

Antes de la adopción de la Convención de 1951, la Asamblea General constituyó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados con el fin de brindar protección internacional a los refugiados y buscarles soluciones permanentes. La Convención encomienda también al ACNUR la supervisión del cumplimiento de sus disposiciones.<sup>38</sup>

Aunque estas normas y prácticas de protección de refugiados constituyen el régimen internacional en materia de migración más

---

<sup>36</sup> El principio de no devolución es también, puede argüirse, una norma del derecho internacional consuetudinario. Véase G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2ª ed., 1996), en 225; Chetail, “Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international”, en V. Chetail, ed., *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – 50 ans après: bilan et perspective* (2001), en 65.

<sup>37</sup> James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991), en 135.

<sup>38</sup> Art. 35.



consolidado y con mayor número de suscriptores, el sistema contiene no obstante numerosas lagunas:

- 1) Aunque existe un derecho reconocido de “pedir asilo”,<sup>39</sup> los Estados no tienen el deber de concederlo, ni siquiera de admitir a esas personas para que puedan entablar sus demandas de asilo.<sup>40</sup> La obligación crucial del Estado es de la no devolución y no la de la admisión o la concesión de la residencia.
- 2) Los Estados han adoptado diversas interpretaciones del término “refugiado”, lo que ha llevado a una aplicación desigual de la Convención. El ACNUR tiene autoridad para orientar sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención, pero esa orientación no es vinculante para los Estados Parte.
- 3) La Convención y el Protocolo no se aplican a todas las personas obligadas a cruzar las fronteras internacionales, como por ejemplo algunas víctimas de guerras o desórdenes civiles y las personas que huyen de la pobreza extrema, el hambre u otros desastres naturales. (Hay instrumentos y declaraciones regionales que incluyen algunas de estas categorías).
- 4) Los Estados, en su esfuerzo por impedir la migración ilegal, han adoptado numerosas medidas – como la exigencia de visado, sanciones a los transportistas y políticas de privación de libertad – que imponen trabas a la capacidad de las personas que buscan asilo de abandonar sus países de origen o poder acceder a los procedimientos que determinan el estatuto de refugiado.

---

<sup>39</sup> DUDH, art. 14(1).

<sup>40</sup> Pero véase la conclusión nº 22 del 32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo [del Programa del ACNUR], “Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala” (los Estados deben admitir a las personas en busca de asilo en casos de afluencia en gran escala mientras se tramita una solución duradera).

- 5) Los solicitantes de asilo a menudo atraviesan otros países antes de llegar al Estado en el que presentan la solicitud de obtener el estatuto de refugiado. No hay normas claras, sin embargo, respecto a los deberes de los países de tránsito o el retorno de los solicitantes de asilo a esos países.
- 6) La Convención no proporciona unos procedimientos normalizados para determinar el estatuto. Por lo tanto, los procedimientos varían considerablemente de un Estado a otro.

En todas esas áreas han surgido fricciones entre los Estados. Por ejemplo, algunos Estados quieren devolver a los solicitantes de asilo a los Estados por los que han transitado con la idea de que soliciten allí el asilo; y un tratamiento dispar de los tipos de personas que no encajan en la definición oficial de refugiado puede desviar los flujos de un Estado a otro. Tampoco parece que se esté elaborando ninguna norma que establezca que un Estado que genere un flujo de refugiados haya incumplido un deber con el Estado que asume la carga de ese flujo.<sup>41</sup> Algunos de estos asuntos se han tratado en un marco bilateral o regional,<sup>42</sup> y la oportunidad de una cooperación estatal ventajosa para todos, en consonancia con la norma general de protección de los refugiados bona fide es manifiesta. Por ejemplo, en 2001, el Consejo de la Unión Europea emitió una directiva en la que se fijan las normas mínimas de los programas de protección temporal en situaciones de afluencia masiva.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Véase Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", 80 *Am. J. Int'l L.* 532 (1986).

<sup>42</sup> Véase OIM y Newland and Goodwin-Gill, *supra*. Véase también la U.S.-Canada Smart Border Declaration (12 de dic. de 2001), disponible en [www.canadianembassy.org/border/declaration2-e.asp](http://www.canadianembassy.org/border/declaration2-e.asp).

<sup>43</sup> Directiva del Consejo 2001/55/ED (20 de julio de 2001). La UE también está en vías de desarrollar una política común sobre el asilo, tal como exige el art. 63 del Tratado de Amsterdam.

Véase también la Convención que regula los aspectos específicos de los refugiados en África de la Organización de la Unidad Africana (que extiende la definición de refugiado a las personas que huyen de una agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera o sucesos que conmocionen gravemente el orden público, así como a las personas protegidas como refugiados en el art. I(2) de la Convención de 1951; Declaración de Cartagena de 1984 sobre los migrantes forzados en América Central y del Sur.

Más allá de la protección del principio de no devolución, la Convención de 1951 establece unas normas antidiscriminatorias bastante sólidas (p. ej. respecto al trabajo, los programas de bienestar social y la libertad religiosa) para aquellos refugiados que viven legalmente en el país de asentamiento. A los refugiados se les garantiza el derecho de acceso a los tribunales y su libertad de circulación y se les protege, con ciertas reservas, de las sanciones por entrada ilegal. La Convención establece además límites respecto a la privación de libertad de los refugiados.

El derecho internacional reconoce el caso especial de los niños refugiados y solicitantes de asilo.<sup>44</sup> Los niños pueden tener derecho a adquirir el estatuto de refugiados aduciendo razones similares a las de los solicitantes de asilo adultos o como miembros de “determinado grupo social”, tales como las víctimas de abusos o de trata. Además, no puede darse por sentado que la solicitud de asilo de un niño coincide necesariamente con la solicitud de un padre, especialmente en aquellos casos en los que el niño afirma sufrir abusos dentro de su familia. Se han formulado directrices, internacionales, regionales y nacionales, para abordar los problemas de fondo y de procedimiento específicos de los niños solicitantes de asilo.<sup>45</sup>

### ***Víctimas de la tortura***

Diversas convenciones internacionales y regionales y el derecho internacional consuetudinario protegen a otras víctimas de atropellos de los derechos humanos frente a la devolución. La

---

<sup>44</sup> El artículo 22(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, *supra*, afirma: “Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.”

<sup>45</sup> Véase Bhabha, “Children, Migration and International Norms”, en este Estudio de Expertos.

mayoría de los Estados han ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, por la cual se comprometen a no devolver a una persona “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.<sup>46</sup> Se ha interpretado que la protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes que brinda el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales prohíbe el retorno de una persona a un Estado en el que existe un riesgo real de que sufra esos tratos.<sup>47</sup>

### ***Víctimas de la trata***

El Protocolo contra la Trata de Personas recientemente adoptado va más allá de la visión tradicional de las fuerzas del orden que consideraban a los extranjeros víctimas de la trata como migrantes ilegales. Además de promover la erradicación de la trata de personas, el Protocolo afirma su propósito de proteger y ayudar a las víctimas “respetando plenamente sus derechos humanos”.<sup>48</sup> Exige por tanto que los Estados Parte adopten medidas para proteger la seguridad física, la privacidad y la identidad de las víctimas, ayudarles con los procedimientos judiciales y considerar la adopción de medidas destinadas a prever su recuperación física, psicológica y social. Además, se insta a los Estados a considerar la adopción de leyes o reglamentos

---

<sup>46</sup> Art. 3. Mientras que la cláusula de no devolución de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33(2)) no se aplica a los refugiados que representan un peligro para la seguridad del país o han cometido un delito especialmente grave en el mismo, la prohibición de la devolución en la Convención contra la Tortura es absoluta.

<sup>47</sup> *Soering contra el Reino Unido*, 7 de julio de 1989, Serie A, nº 161, pp. 35-36, párr. 90-91; *Chahal contra el Reino Unido*, 15 de nov. de 1996, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-V, p. 1853, párr. 73-74. Véase también el art. 7 del PIDCP (obligación implícita de no devolución para las personas que se enfrentan con la tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante).

<sup>48</sup> Art. 2.

que permitan a las víctimas permanecer en el territorio temporal o permanentemente.<sup>49</sup>

Los niños son especialmente vulnerables en las situaciones de trata y con frecuencia son víctimas de explotación sexual, adopciones abusivas o trabajo bajo coacción. Las normas internacionales que prohíben la explotación infantil<sup>50</sup> complementan por tanto las normas contra la trata.

---

<sup>49</sup> Arts. 6, 7. Véase Muntaborn, “Combatting Migrant Smuggling and Trafficking in Persons, Especially Women”, en este Estudio de Expertos.

<sup>50</sup> Ej., CDN, art. 36; PIDESC, art. 10(3).

## ***Los derechos humanos de los migrantes***

A menudo se entiende que los derechos humanos de las personas – incluidos los inmigrantes – son derechos que ponen en entredicho la soberanía de los Estados. Este enfoque, sin embargo, no reconoce que esos derechos a menudo han sido estipulados o protegidos en el ejercicio de la soberanía nacional. Los Estados pueden estar obligados por normas sobre derechos humanos por haber ratificado convenciones que protegen esos derechos; en esos casos, cualquier limitación de la soberanía nacional derivada ha sido consentida explícitamente por ese Estado.

Los Estados también pueden obligarse por normas del derecho internacional consuetudinario. Se trata de normas que sólo se establecen cuando han recibido un amplio apoyo en la práctica de los Estados y son éstos los que las reconocen generalmente como obligaciones legales vinculantes. Es más, bajo el derecho internacional vigente, los Estados no están obligados por aquellas normas a las que se opusieron durante su cristalización. Resumiendo, las normas sobre derechos humanos no surgen *deus ex machina*, sino que reflejan la deliberación, la práctica y el compromiso de los Estados.

### ***No discriminación***

El principio de no discriminación, fundamental en el derecho internacional, protege a los inmigrantes igual que a los ciuda-

danos.<sup>51</sup> Lo hace de dos maneras. En primer lugar, los no ciudadanos, al igual que los ciudadanos, están protegidos contra cualquier discriminación por razón de raza, religión, sexo u otros motivos contemplados. En segundo lugar, un trato diferencial basado en la condición de extranjero de una persona está sujeto a escrutinio de conformidad con las normas vigentes en materia de derechos humanos. Ambos conceptos figuran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El artículo 26 estipula:

“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.”

Una ley que, por ejemplo, niegue oportunidades de empleo a miembros de una determinada religión sería examinada del mismo modo a la luz del Pacto tanto si el miembro de esa religión fuera ciudadano como si no. Es más, una ley que negara a los no ciudadanos, pero no a los ciudadanos, el derecho a asistir a la escuela o a poseer tierras podría dar lugar a una reclamación, porque la condición de extranjero podría constituir una “condición” protegida en virtud de esa disposición.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Véase también íd. en art. 26 (que garantiza a “todas las personas” igualdad ante la ley e igual protección de la ley sin discriminación).

<sup>52</sup> Las convenciones regionales coinciden. Kaelin, “Human Rights and Integration of Migrants”, en este Estudio de Expertos. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial estipula específicamente que su prohibición de la discriminación racial “no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos” (art. 1(2)). Sin embargo, el significado preciso de esta excepción – bastante peculiar – no está claro, y no parece impedir a los inmigrantes afirmar el derecho a estar libres de discriminación racial. Fitzpatrick, “The Human Rights of Migrants”, en este Estudio de Expertos.

Está claro, sin embargo, que ni el PIDCP ni ningún otro instrumento sobre derechos humanos tiene el propósito de prohibir todas las distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos. Aunque se han propuesto diferentes formulaciones para describir la norma de no discriminación de los extranjeros<sup>53</sup> está claro que (1) el Estado debe perseguir un fin legítimo, y (2) debe haber una conexión demostrable entre ese fin y los medios utilizados para alcanzarlo. Como se indica en una Observación General del Comité de Derechos Humanos (creado por el PIDCP para supervisar el cumplimiento de dicho Pacto por los Estados Parte), “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.<sup>54</sup> En el contexto de la discriminación basada en la nacionalidad, la situación del extranjero (inmigrante asentado, visitante temporal, migrante no autorizado) puede influir en la evaluación del trato diferente.

Los Estados tendrían dificultades para justificar políticas que negaran a los no ciudadanos derechos civiles y libertades políticas fundamentales concedidas a los ciudadanos, tales como el acceso a los tribunales y la libertad de expresión. Se reconoce, no obstante, que restringir el derecho de voto y la ocupación de cargos políticos a los ciudadanos no constituye una discriminación injustificable contra los inmigrantes.<sup>55</sup>

Los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tales como el derecho al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la salud y a la educación,

---

<sup>53</sup> Compárese Fitzpatrick, *ibid* (“el tratamiento diferencial es posible cuando se hace una distinción en el cumplimiento de una aspiración legítima, dicha distinción tiene una justificación objetiva y además existe una proporcionalidad razonable ante los medios utilizados y las aspiraciones por realizar”) con Martin, “The Authority and Responsibility of States” en este Estudio de Expertos también *supra* (que sugiere que un listón más bajo – que haya “cierta base racional para una diferenciación conmensurable al objetivo por alcanzar” – refleja mejor lo que sucede en el mundo real).

<sup>54</sup> Observación General 18, no discriminación (1989), párr. 13.

<sup>55</sup> Véase el PIDCP, art. 25 (que limita a los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públicos, a votar y a tener acceso a las funciones públicas).



se garantizan generalmente a “todos” los habitantes de un Estado. Además, el Pacto dispone que los Estados Partes se comprometen a garantizar “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna”.<sup>56</sup> Los no ciudadanos, por lo tanto, están protegidos contra la discriminación basada en la condición de extranjero por lo que respecta a los derechos contemplados en el Pacto.<sup>57</sup> El PIDESC contiene una cláusula que autoriza una forma particular de discriminación de los no ciudadanos: se permite a los Estados en desarrollo determinar “en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.<sup>58</sup> Sin embargo, el reconocimiento expreso de esta forma limitada de discriminación confirma la hipótesis de que el Pacto prohíbe en general la discriminación de los extranjeros en lo referente a los derechos que figuran en el Pacto. No obstante, la práctica de los Estados demuestra que son habituales las limitaciones de los derechos económicos y sociales que restringen, por ejemplo, el derecho al trabajo y la participación en programas de bienestar social para diversos tipos de inmigrantes.

### ***Derechos sustantivos***

Los instrumentos que protegen los derechos humanos se aplican por lo general a todas las personas que se hallan bajo la

---

<sup>56</sup> PIDESC, art. 2(2). Ese tipo de discriminación estaría sujeta también a la norma de no discriminación del art. 26 del PIDCP.

El PIDESC reconoce que la concesión de derechos sociales, económicos y culturales requiere una acción resuelta por parte de los Estados (que incluye el desembolso de recursos del Estado). Compromete por tanto a los Estados Parte a “lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, aunque “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Art. 2(1). Esta disposición, no obstante, no autoriza la discriminación de los no ciudadanos como forma de que los Estados hagan realidad progresivamente los derechos reconocidos por el Pacto.

<sup>57</sup> Las leyes nacionales que excluyen a los hijos de inmigrantes asentados de la educación primaria serían especialmente difíciles de justificar, dada la importancia de la educación para el desarrollo del niño y su capacidad de disfrutar de otros derechos. Véase la CDN, art. 28(1); PIDESC, art. 13.

<sup>58</sup> Íd. en art. 2(3).

jurisdicción de un Estado.<sup>59</sup> En otras palabras, la condición de extranjero de una persona no le excluye de la protección del derecho relativo a los derechos humanos.

Los no ciudadanos, al igual que los ciudadanos, tienen derechos que son absolutos y no están sujetos a suspensión o limitación. También tienen derecho, en términos de igualdad con los ciudadanos, a aquellos derechos cuya negación sobre la base de la no nacionalidad no sería nunca justificable. Entre ellos figuran, por ejemplo, el derecho a la vida, las prohibiciones contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, los derechos garantizados en un juicio, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a salir de un país, la prohibición sobre sanciones retroactivas y el derecho a contraer matrimonio.

Para otras categorías de derechos, la condición de inmigrante puede ser un factor importante:

- 1) Algunas prácticas de los Estados que conciernen exclusivamente a los no ciudadanos podrían no estimarse como “arbitrarias” de acuerdo con diversas cláusulas incluidas en instrumentos sobre derechos humanos. Por ejemplo, la prohibición que figura en el artículo 9(1) del PIDCP de la “detención o prisión arbitrarias” no prohibiría la privación de libertad de inmigrantes en los procesos sobre inmigración. Ni tampoco la prohibición del Pacto de las injerencias “arbitrarias” en la familia (art. 17) erigen una barrera infranqueable para la deportación de un inmigrante que tiene a miembros de su familia en el Estado de asentamiento.
- 2) Algunos derechos establecidos en convenciones están sujetos a limitaciones aduciendo razones de seguridad

---

<sup>59</sup> Véase el PIDCP, art. 2(1), que exige a los Estados garantizar los derechos del Pacto a “todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. Este mandato no menciona ni la nacionalidad ni la reciprocidad (es decir, no es preciso que para que un ciudadano del Estado X reciba protección en el Estado Y, deba el Estado X otorgar derechos similares a los ciudadanos del Estado Y que residen en el Estado X).

nacional u orden público.<sup>60</sup> En la medida en que esos derechos pueden limitarse para los ciudadanos, pueden limitarse igualmente para los no ciudadanos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado. Además, la condición de extranjero puede ser por sí misma importante al considerar si determinado límite contribuye a un propósito legítimo de un Estado y si es proporcional al fin perseguido por el mismo.

- 3) Ciertos derechos están limitados expresamente a los ciudadanos. Por ejemplo, aunque la mayoría de los derechos que figuran en el PIDCP se garantizan para todas las personas, el artículo 25 dispone que “[t]odos los ciudadanos” tendrán derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegidos y a tener acceso a las funciones públicas. Otros derechos se garantizan sólo a los ciudadanos y a los migrantes que viven en el país legalmente, como son el derecho a la libertad de circulación dentro de un Estado contemplado en el artículo 12, párrafo 1, del PIDCP.
- 4) Algunos derechos conciernen únicamente a los no ciudadanos, o a una parte de ellos (como los que tratan de los procesos relacionados con la inmigración).<sup>61</sup>
- 5) Algunos tratados sobre derechos humanos estipulan que la protección que brindan no atañe a cierto trato diferencial basado en la ciudadanía.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Véase PIDCP, arts. 18 (manifestación de religión), 19 (libertad de expresión), 22 (libertad de asociación).

<sup>61</sup> Ej. PIDCP, art. 13.

<sup>62</sup> Véase la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante “CEDR”), 21 de dic. de 1965, art. 1(2), 660 *U.N.T.S.* (entrada en vigor el 4 de enero de 1969) (la Convención “no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”); PIDESC, art. 2(3) (“Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”).

## ***Unidad familiar***

El derecho a la unidad familiar queda ampliamente reconocido en instrumentos sobre derechos humanos internacionales y regionales. Como “unidad fundamental” en la sociedad, la familia tiene derecho a recibir protección y apoyo.<sup>63</sup> Además, según la Convención sobre los Derechos del Niño, sólo puede separarse a un niño de su familia cuando, a reserva de examen judicial, las autoridades competentes determinan que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.<sup>64</sup> Los derechos relativos a la unidad familiar atañen tanto a los no nacionales como a los nacionales, por lo que los inmigrantes están protegidos en su derecho a contraer matrimonio y a formar y educar a una familia.

La regulación de la inmigración interactúa con la unidad familiar en diversas formas. La mayoría de los Estados permiten la entrada de los familiares más próximos (esposas e hijos menores de edad) para reunirse con un inmigrante que reside en el país legalmente. Al mismo tiempo, sin embargo, es cada vez más evidente que algunas políticas de inmigración plantean problemas significativos a la unidad familiar. Por ejemplo, las políticas de admisión con frecuencia generan largos retrasos en la entrada de los familiares cercanos o niegan simplemente la entrada. También las medidas de expulsión pueden amenazar con separar a las familias.<sup>65</sup> Y la definición de familia aplicada por el Estado receptor puede diferir de la empleada por la familia del inmigrante.

Se ha sugerido que la unificación familiar a través de las fronteras es un corolario obligado del derecho a la unidad familiar. Pero esta norma del derecho internacional debe aún cristalizar y la práctica de los Estados es frecuentemente la contraria. Los instrumentos sobre derechos humanos exhortan a los Estados a

---

<sup>63</sup> Jastram, “Family Unification”, nn. 2-3, en este Estudio de Expertos.

<sup>64</sup> Art. 9(1). Obviamente esta norma no prohibiría todas las separaciones. Por ejemplo, el encarcelamiento de uno de los progenitores tras un fallo condenatorio por la comisión de un delito no estaría prohibida. Véase el art. 9(4).

<sup>65</sup> Menos significativa hoy en día es la denegación del permiso de salida a una persona que desea reunir a los miembros de su familia fuera de su Estado de origen.

hacer cuanto esté en su mano por favorecer la unidad familiar, al igual que el derecho internacional sobre refugiados y cuestiones humanitarias. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que “la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.<sup>66</sup> Además, no es evidente que esa norma exija a un Estado admitir a los familiares de los inmigrantes asentados; sería posible que la familia se reuniera en otro Estado (en particular en su Estado de origen). El derecho a la unificación familiar allende fronteras emerge con más fuerza para los refugiados y los inmigrantes asentados legalmente, pero sería más difícil mantener ese derecho para quienes entran ilícitamente o solicitan asilo en un país. Está claro, en cualquier caso, que el problema de las familias separadas es grave tanto para las familias como para los Estados de residencia, y que sigue siendo un ámbito en el que sería importante profundizar en los esfuerzos de cooperación interestatal.

El derecho de una familia a permanecer unida se ha elaborado más a fondo en los casos de expulsión. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en un caso que dio origen a una demanda en la que se alegaba que la deportación de un inmigrante era contraria al artículo 17 del PIDCP (que prohíbe la injerencia arbitraria en la privacidad, la familia o el hogar) consideró si el posible efecto en la familia sería desproporcionado en relación con la ejecución por parte del Estado de sus políticas de inmigración. Entre los factores examinados estuvieron la duración de la residencia, la edad de los hijos y la repercusión de la expulsión de un progenitor, la conducta de ese progenitor y los intereses del Estado de proteger la seguridad pública y fomentar el cumplimiento de las leyes de inmigración. Como ocurre en el contexto de las admisiones, sin embargo, se ha reconocido también que la expulsión no destruye necesariamente la unidad familiar, sino que puede

---

<sup>66</sup> Artículo 10(1). Véase también la directiva de la Unión Europea sobre la unidad familiar/TP; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (los Estados deben adoptar las medidas que estimen oportunas para facilitar la reagrupación); Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; Protocolo Adicional I, 1977, art. 74, véase también el Protocolo II, 1977, art. 4(3)(b).

causar simplemente el reasentamiento de toda la familia en otro Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño parece aplicar una norma más estricta, ya que sólo permite la separación familiar cuando ésta es lo mejor para el niño.<sup>67</sup> De este modo, cuando la expulsión fuera a dar lugar de hecho a la separación de la familia – por las dificultades prácticas del reasentamiento y la adaptación de sus miembros – los Estados estarían obligados en virtud de esa Convención a escuchar al niño (o a su representante) y a determinar si la expulsión de uno de los progenitores es lo mejor para él.

Queda de manifiesto que, en relación con el problema de las familias separadas, la cooperación entre los Estados redundaría tanto en beneficio de las familias como en el suyo propio.

### ***Derechos relacionados con los procesos de inmigración***

Las normas sobre derechos humanos limitan tanto en el fondo como en el procedimiento la potestad de un Estado para regular la inmigración. Al encauzar la circulación de personas a través de sus fronteras, un Estado tiene necesariamente autoridad para adoptar políticas que se aplican exclusivamente a los no ciudadanos. Las normas contrarias a la discriminación, sin embargo, pueden supervisar la capacidad del Estado de crear líneas divisorias entre los no ciudadanos. Por ejemplo, las políticas de inmigración basadas en la noción de raza – que en un tiempo fue un elemento del régimen jurídico de algunos Estados – no pueden sostenerse si se examinan teniendo en cuenta los actuales principios en materia de derechos humanos.<sup>68</sup> Del mismo modo, las

---

<sup>67</sup> El artículo 9 afirma: Los Estados “velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación [sea] necesaria en el interés superior del niño.”

<sup>68</sup> Véase CEDR, art. 1(2). Las políticas basadas en el origen nacional de una persona (entendido en el sentido de ciudadanía, no de etnia) no constituyen generalmente una discriminación por motivo de raza.

distinciones por razón de sexo requerirían una justificación especial.<sup>69</sup>

Los procesos de inmigración deben estar de acuerdo con los principios generales de un proceso justo. El PIDCP dedica un artículo específico, el artículo 13, a los trámites de expulsión:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”<sup>70</sup>

Cabe señalar el alcance en cierto modo limitado de esta norma. En primer lugar, incumbe únicamente a los no ciudadanos “que se halle[n] legalmente en el territorio” y, por tanto, no afecta presumiblemente a quienes entran indocumentados. La formulación, sin embargo, plantea una paradoja, ya que los procesos de expulsión tienen por objeto normalmente determinar si una persona se halla legalmente o no en el país. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que “si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”.<sup>71</sup> En segundo lugar, la excepción por “razones imperiosas” de seguridad nacional podría justificar juicios *ex parte* o *in camera* en casos de terrorismo. En tercer lugar, los derechos procesales garantizados en el Pacto son menos rigurosos que los de los procedimientos penales. Cabe observar, sin embargo, que muchos Estados van mucho más allá de la protección que brinda el artículo 13 y conceden, por ejemplo, a los extranjeros en trámites de expulsión,

---

<sup>69</sup> Fitzpatrick, *supra*.

<sup>70</sup> Art. 13.

<sup>71</sup> Observación General n° 15, párr. 19 (1986).

el derecho a tener acceso a un tribunal independiente de la autoridad inicial, el derecho a ser representado por un abogado y el derecho a presentar pruebas y a examinar las pruebas utilizadas contra él.

Diversos instrumentos sobre derechos humanos condenan las deportaciones en masa.<sup>72</sup> En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado también que el PIDCP otorga “a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso.”<sup>73</sup>

La privación de libertad de los inmigrantes en el transcurso de un proceso sobre inmigración está sujeta también a las normas sobre derechos humanos que prohíben “la detención o prisión arbitrarias”. Por lo tanto, el PIDCP estipula que “[t]oda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.<sup>74</sup> Las políticas de privación de libertad e interdicción de migrantes pueden imponer una carga particular a los solicitantes de asilo al recortar sus derechos de pedir asilo y recibir la protección de la no devolución.

---

<sup>72</sup> Ej. Protocolo n° 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, donde se garantizan ciertos derechos y libertades que no figuraban en el Convenio ni en el primer Protocolo, 16 de sept. de 1963, art. 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22(9), nov. de 1969.

<sup>73</sup> Observación General n° 15, párr. 19 (1986).

<sup>74</sup> Art. 9(4). Véase también Fitzpatrick, *supra*.



## ***Integración de los migrantes***

Millones de personas no sólo quieren cruzar fronteras internacionales, sino fijar su residencia en el país extranjero al que viajan. Puede argumentarse que si no hay un deber general de admitir a los no nacionales, tampoco puede haber un deber de favorecer la integración de los no nacionales admitidos en el Estado receptor; es más, las normas que fijan las condiciones para que los migrantes puedan convertirse en residentes asentados serían primordialmente competencia de la autoridad nacional del Estado receptor. Ésta ha sido la postura tradicional del derecho internacional. Parte inseparable de la autoridad aceptada de determinar las políticas de admisión es la autoridad de un Estado de ofrecer (o no) oportunidades para la integración y participación de los inmigrantes según estime oportuno. No puede hablarse, entonces, de un derecho internacionalmente reconocido de los inmigrantes a integrarse o a recibir los medios para conseguirlo. Consiguientemente, los inmigrantes no tienen el deber de naturalizarse.

Estas conclusiones generales, sin embargo, deben completarse con el examen de otros temas relacionados con la integración y la asimilación. Las normas antidiscriminatorias prohíben una discriminación contra los no ciudadanos que obstaculizaría su integración material y enviaría un mensaje estigmatizador a los inmigrantes de no pertenecer al lugar. Así pues, también las garantías de los derechos políticos – como la libertad de expresión y de reunión – pueden facilitar la integración al ofrecer a los inmigrantes la posibilidad de participar en el país y brindar información sobre las políticas que les afectan, al instruirlos en las instituciones políticas y las normas de su país de residencia y al hacerles sentir que ocupan un lugar en la sociedad.

Además, como se observó anteriormente, hay una tendencia a reconocer que, en algunas circunstancias, los vínculos de los no nacionales (incluidos los vínculos familiares) con un Estado de residencia pueden limitar la capacidad de ese Estado de expulsarlo.<sup>75</sup> Aquí, la integración constituye no sólo un objetivo de la política del Estado, sino más bien una limitación a la potestad de éste; impone una serie de ataduras que deberían tenerse en cuenta al determinar si la aplicación de la ley de inmigración de un Estado es arbitraria y si es proporcional al daño que representa para el inmigrante y para su familia.<sup>76</sup>

La cuestión de la integración se ve influida también por las leyes sobre la ciudadanía y la tolerancia de un Estado respecto a la diferencia o su promoción de la asimilación.

### ***Ciudadanía (nacionalidad) y naturalización***

La ciudadanía (o nacionalidad) se entiende habitualmente como la pertenencia a un Estado. En el mundo actual, la ciudadanía desempeña un papel vital, tanto para los Estados como para las personas. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que “[t]oda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. (La Declaración Universal de los Derechos Humanos no establece de por sí normas jurídicamente vinculantes, aunque muchas de las garantías que ofrece pueden haber alcanzado el status de derecho internacional consuetudinario). La comunidad jurista internacional ha reconocido también que el ser apátrida sume a las personas en una situación

---

<sup>75</sup> El derecho a la vida familiar está explícitamente protegido en convenciones internacionales y regionales. PIDCP art. 17 y 23; CDN art. 3, 9, 10 y 16; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos art. 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 y 18; Carta Africana art. 18. Véase *Winata contra Australia*, U.N.Doc. CCPR/C/72/D/930/2000 (16 de agosto de 2001). Véase D. Martin, *supra*; Jastram, *supra*.

<sup>76</sup> Otros aspectos del derecho a la unidad familiar tienen también una repercusión pertinente en la integración.

de especial vulnerabilidad.<sup>77</sup> Conforme a ello, la Convención para reducir los casos de apátridas de 1961 estipula, entre otras cosas, que todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida y no privará a una persona de su nacionalidad si ello la convertiría en apátrida.<sup>78</sup> La importancia de poseer una ciudadanía en un Estado está explícitamente reconocida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que dispone que los Estados “facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados”.<sup>79</sup>

Para un inmigrante, o para los hijos de un inmigrante, la adquisición de la ciudadanía puede ser una medida importante de su integración. Eso no quiere decir que no pueda darse la integración sin adquirir la ciudadanía, ni que la ciudadanía demuestre siempre y en todas partes la integración de una persona. Sin embargo, la ciudadanía por lo general denota la plena pertenencia y confiere normalmente a su titular la totalidad de los derechos nacionales que reconoce el Estado.

Para un inmigrante, o para los hijos de un inmigrante, la adquisición de la ciudadanía puede ser una medida importante de su integración. Eso no quiere decir que no pueda darse la integración sin adquirir la ciudadanía, ni que la ciudadanía demuestre siempre y en todas partes la integración de una persona. Sin embargo, la ciudadanía por lo general denota la plena pertenencia y confiere normalmente a su titular la totalidad de los derechos nacionales que reconoce el Estado.<sup>80</sup>

Aunque existe por tanto una creciente convergencia en las normas de ciudadanía por nacimiento entre los principales países de inmigrantes, ésta no ha sido resultado de normas de derecho internacional convencional o consuetudinario. No existen convenciones internacionales que regulen significativamente la

---

<sup>77</sup> Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 28 de sept. de 1954 (entrada en vigor el 6 de junio de 1960).

<sup>78</sup> Obsérvese, no obstante, que sólo 26 Estados son parte en la Convención.

<sup>79</sup> Artículo 34.

<sup>80</sup> Aleinikoff y Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration* (2002).

adquisición de la ciudadanía; y según el derecho internacional consuetudinario, los Estados, por lo general, son libres de decidir a quién concedérsela.<sup>81</sup>

La inmigración está vinculada con la ciudadanía también de otra forma. Prácticamente todos los Estados encauzan la pertenencia formal a un Estado mediante leyes sobre naturalización. Aunque las políticas varían de un Estado a otro, los Estados por lo general imponen como condición para la naturalización la residencia legal durante cierto número de años en el territorio del Estado y el no haber tenido comportamientos delictivos. La mayoría exigen además la demostración del dominio de un idioma oficial del Estado. Algunos Estados exigen también pruebas de que se conoce la historia o la cultura del país. Y algunos piden que las personas que obtienen la ciudadanía mediante la naturalización renuncien a sus anteriores nacionalidades; esta práctica no es ni mucho menos universal y no hay ningún principio que la exija ni que la prohíba en el derecho internacional.

El ejercicio de la potestad de un Estado de conceder la ciudadanía está, obligatoriamente, limitado por las normas generales sobre derechos humanos, entre ellas las normas antidiscriminatorias y las que exigen un juicio justo. De este modo, las leyes que niegan la ciudadanía por razones de raza o sexo o que permiten la terminación de la ciudadanía sin un proceso regular serían difícilmente justificables a la luz de las normas generales sobre derechos humanos.

La múltiple nacionalidad se produce cada vez con mayor frecuencia. En el pasado, una nacionalidad plural era considerada

---

<sup>81</sup> Véase Haibronner, "Nationality", en este Estudio de Expertos. El Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997 estipula que cada Estado determinará en virtud de sus propias leyes quiénes son nacionales (art. 3(1)); no obstante, el Convenio pide a los Estados que otorguen la nacionalidad a los niños nacidos o hallados en su territorio que, de no ser así, serían apátridas, y a los niños nacidos en el territorio del Estado del que uno de los progenitores posee la nacionalidad (art. 6(1) y (2)). El Convenio exige también que los Estados faciliten la adquisición de la nacionalidad a los cónyuges y a los hijos de los nacionales y a las personas (incluidos apátridas y refugiados) que residen legalmente y de forma habitual en el territorio del Estado (art. 6(4)).

como un estorbo en las relaciones internacionales, una situación que se desalentaba o prohibía para evitar problemas concomitantes de lealtad y protección diplomática. Más recientemente, sin embargo, los Estados han empezado a demostrar una mayor tolerancia hacia la múltiple nacionalidad, reconociendo que las personas pueden mantener vínculos con más de un Estado sin que ello conlleve mayores conflictos interestatales. La relación entre la múltiple nacionalidad y la integración no está clara; en algunos casos, puede favorecer la integración, en otros puede socavarla. Por lo tanto, la distribución de los derechos y deberes de los titulares de una doble nacionalidad sería un tema apropiado para la reflexión y la cooperación entre Estados.

### ***Diferencia y asimilación***

El término “integración” implica un grado de funcionamiento económico y social en una sociedad. Los inmigrantes están plenamente integrados cuando pueden encontrar trabajo, cuidar de sus familias, participar en la vida de la comunidad y negociar cada día que viven en una sociedad. La “asimilación” tiene una connotación cultural. Un inmigrante está asimilado cuando comparte los valores comunes de la sociedad, habla el idioma y adopta las prácticas culturales dominantes.

Como señala el profesor Kaelin, la cuestión de la asimilación cultural de los migrantes es

compleja debido a la profunda tensión entre dos principios básicos: los derechos humanos tales como la libertad de religión, de asociación, de expresión y de matrimonio o el derecho a la privacidad y a la protección de la vida de la propia familia garantizan la autonomía cultural, y por tanto la diversidad cultural, a todo el mundo, incluidos los migrantes. El respeto a los seres humanos exige el reconocimiento de su identidad cultural ya que, de no ser así, las personas se ven degradadas y discriminadas. [...] Al mismo tiempo, una cierta base de valores comúnmente

aceptados es necesaria, en todos los Estados y en todas las sociedades, para lograr un grado mínimo de cohesión.<sup>82</sup>

El derecho internacional no aborda directamente estos asuntos, pero su protección de los derechos particulares implica necesariamente cierto grado de tolerancia de la diferencia (de religión, idioma, opinión). Además, los grupos pueden gozar de derechos que les brindan un espacio fuera de las prácticas sociales dominantes. Así, el artículo 27 del PIDCP protege a las personas que pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística de la denegación de su derecho “en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.<sup>83</sup>

Los Estados son libres de promover la asimilación mediante políticas educativas, sociales o de inmigración. Pero la asimilación obligatoria exigiendo, por ejemplo, que una persona practique determinada religión o se adhiera a una opinión política concreta, violaría las libertades reconocidas internacionalmente. Las normas antidiscriminatorias arrojan también una sombra de duda sobre las políticas que restringen las prestaciones, las instituciones y los programas del Estado a los miembros de determinados grupos y penalizan la identidad o las prácticas de ciertos sectores. En realidad, es probable que cierto grado de tolerancia respecto a la diferencia favorezca, en lugar de retrasar, la integración de los inmigrantes, ya que los inmigrantes llegan a verse a sí mismos como miembros equiparables y valorados de la sociedad. La demanda de tolerancia sería más intensa en la esfera privada, ya que los intereses estatales tienden a la recesión mientras ganan terreno los intereses del ámbito privado y asociacional.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Kaelin, *supra*.

<sup>83</sup> Véase también CDN, art. 29(1)(c) (que afirma que la educación de los niños debería abordar tanto los valores nacionales del país en el que esté viviendo como su propia identidad cultural, su idioma y los valores del país del que sea originario).

<sup>84</sup> Habrá situaciones en las que la distinción público/privado resultará problemática (p. ej. casos sobre disposiciones o prácticas domésticas coherentes con las normas culturales, pero que pueden violar las normas sobre derechos humanos).

## ***Migración laboral***

Las personas siempre han cruzado las fronteras en busca de trabajo. Hoy en día, millones de personas trabajan fuera de sus países de origen, en empleos altamente calificados, calificados y no calificados, como residentes permanentes o como trabajadores temporales, admitidos legalmente o presentes de manera clandestina. Tanto los Estados emisores como los receptores se benefician generalmente de la migración por motivos laborales y, por ello, no es sorprendente que, al menos a escala regional y bilateral, hayan tratado de regularizar el flujo en su mutuo beneficio y en el de los trabajadores.

La migración de trabajadores a veces está regulada mediante acuerdos regionales que permiten de forma general la libertad de circulación y asentamiento de los ciudadanos de los Estados Miembros. Entre los ejemplos figuran los instrumentos constitutivos de la Unión Europea, el tratado de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental y el acuerdo del Consejo de la Unidad Económica Árabe. Algunos Estados mantienen relaciones especiales con sus anteriores colonias que permiten también en gran medida la entrada y la residencia sin restricciones y dan razón de unos significativos flujos de mano de obra. Otros Estados han entablado relaciones bilaterales con los Estados vecinos que autorizan específicamente la entrada de trabajadores temporales.<sup>85</sup>

Los principales acuerdos comerciales internacionales contienen cláusulas limitadas, aunque importantes, que apoyan

---

<sup>85</sup> Véanse los ejemplos de la OIM, “Inter-state Cooperation on Migration – Significant Bilateral and Multilateral Agreements”, en este Estudio de Expertos.

la circulación temporal de personas entre los socios comerciales. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) alienta a los gobiernos a que se comprometan a abrir los mercados, en el curso de negociaciones comerciales multilaterales, a los proveedores de servicios extranjeros. El artículo I del AGCS reconoce cuatro modos de comercio de servicios; el cuarto es la circulación de personas físicas para prestar servicios en un país extranjero. Los compromisos adoptados por los gobiernos en virtud del AGCS deben cumplirse en la OMC.<sup>86</sup> Los acuerdos comerciales regionales también tienen consecuencias para la circulación de personas. Por ejemplo, de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, las personas que participan en el “comercio de bienes o prestación de servicios, o en actividades de inversión” tienen derecho a entrar en los Estados Miembros temporalmente en relación con su actividad empresarial.<sup>87</sup>

El derecho internacional desempeña también otra función en relación con los trabajadores no ciudadanos al estipular derechos y garantías para los migrantes de tres maneras. En primer lugar, los principios antidiscriminatorios de los principales convenios sobre derechos humanos garantizan por lo general que los trabajadores que no son ciudadanos se beneficien de las garantías otorgadas a los trabajadores que sí son ciudadanos, en lo tocante por ejemplo a normas sobre salarios mínimos y máxima jornada laboral, prohibición del trabajo infantil, o el derecho a crear sindicatos y a mantener negociaciones colectivas.<sup>88</sup> En segundo lugar, los instrumentos internacionales que garantizan específicamente los derechos de los trabajadores incumben generalmente a todos los trabajadores, tengan o no la ciudadanía.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Véase Charnovitz, “Trade Norms and International Migration”, en este Estudio de Expertos.

<sup>87</sup> Véase la dirección de Internet de TLCAN: <http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>. Véase asimismo J.Nielson, OCDE, presentación al simposio conjunto de la OMC y el Banco Mundial sobre los Movimientos Naturales de Personas (Modalidad 4) en el marco del GATS, 11-12 de abril de 2002 (disponible en la dirección de Internet de la OMC: <http://www.wto.org>).

<sup>88</sup> Fitzpatrick, *supra*.

<sup>89</sup> Véase Leary, “The Paradox of Worker’s Rights as Human Rights”, en L.A. Compa and S.F. Diamond, Eds, *Human Rights, Labor Rights and International Trade* (1996), pág. 22-47, que detallan las convenciones sobre derechos de los trabajadores. Véase también Leary, “Labor Migration”, en este Estudio de Expertos.



En tercer lugar, varios instrumentos internacionales se consagran directamente a los derechos de los trabajadores extranjeros.<sup>90</sup> Por ejemplo, la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptada por una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990 y que se espera que entre en vigor en 2002), garantiza a los trabajadores migrantes muchos de los derechos que figuran en los tratados sobre derechos humanos, protegiéndolos por ejemplo de la discriminación, la tortura y el trabajo forzado y garantizando su derecho a la vida y a la libertad de pensamiento y religión. En cláusulas que atañen específicamente al empleo, dispone que los trabajadores migrantes “gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo” en lo tocante a remuneración, condiciones de trabajo y horario laboral y añade que los trabajadores migrantes tendrán derecho a afiliarse y participar en las actividades de sindicatos y otras asociaciones “con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole”.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Véanse los convenios de la OIT 97 (Convenio sobre los Trabajadores Migrantes) (1949) (42 ratificaciones) y 143 (Convenio sobre las migraciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes) (1975) (18 ratificaciones) (“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”).

<sup>91</sup> Art. 26 y 27.

## ***Migración y desarrollo***

Migración y desarrollo tienen muchos e importantes puntos que los unen. El subdesarrollo es una causa importante de migración, lícita e ilícita<sup>92</sup> –, ya que la gente trata de buscar oportunidades de trabajo fuera de sus países de origen. Sin embargo, el desarrollo puede igualmente contribuir a la migración, a medida que hay más personas que poseen la competencia y los recursos que les permiten encontrar empleo en otros Estados. Además, los envíos de fondos de los migrantes constituyen con frecuencia una importante fuente de divisas en los Estados en desarrollo. A pesar de estas evidentes relaciones interestatales, hay pocas muestras en el derecho internacional que vinculen migración y desarrollo.

Diversos instrumentos internacionales exponen el derecho al desarrollo.<sup>93</sup> Es importante que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige que los Estados “recono[zcan] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”<sup>94</sup> –, insiste en “la asistencia y la cooperación inter-

---

<sup>92</sup> Véase el Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 10.1 (1994); Declaración de Bangkok sobre la Migración Irregular, párr. 5 (1999) (donde se afirma que las causas de la migración irregular están estrechamente vinculadas con la cuestión del desarrollo).

<sup>93</sup> Ej. Declaración sobre el derecho al desarrollo, 41 U.N. GAOR Supp. 53, 186 (1986). Otras resoluciones y conclusiones de académicos en el mismo sentido en Chimni, “Migration and Development”, en este Estudio de Expertos.

<sup>94</sup> Art. 11(1).

nacionales” para lograr la materialización de los derechos garantizados en el Pacto.<sup>95</sup>

Haya o no cristalizado por completo el deber de la asistencia internacional para los Estados en desarrollo, está claro que la ayuda al desarrollo podría tener un efecto material en la inmigración. Es, por tanto, un posible aspecto importante para la cooperación entre Estados en materia de migración. En este sentido, la Declaración de El Cairo sobre población y desarrollo de 1994 invita a los Estados a “ayudar a los países en desarrollo y a los países con economías en transición a hacer frente a las consecuencias de la migración internacional” e insta a los Estados a “[h]acer frente a las causas básicas de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza”.<sup>96</sup>

Los Estados desarrollados pueden también ayudar a los Estados en desarrollo poniendo a disposición de sus ciudadanos oportunidades de empleo. De nuevo, la Declaración de El Cairo “invita” a los países de destino a “a que consideren la posibilidad de utilizar ciertas formas de migración temporal, como la migración a corto plazo y la migración relacionada con proyectos, como forma de mejorar la capacidad profesional de los nacionales de los países de origen, especialmente los países en desarrollo y los países con economías en transición”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Art. 11(1) (“Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”); 2(1). Véase Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación 3 (1990).

<sup>96</sup> Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 10.2(a), 10.6 (sept. de 1994), disponible en la dirección de Internet: <http://www.cnie.org/pop/icpd/poa10.htm>.

<sup>97</sup> Íd. en párr. 10.5. Véase también la Declaración de Bangkok, párr. 7; la Recomendación nº 86 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (rev. 1949), art. 4(1) (“De una manera general, los Miembros deberían tener por norma el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo, y deberían facilitar, a estos efectos, la distribución internacional de la mano de obra y, en particular, su movimiento desde los países en que haya excedente hacia los países que tengan un déficit”).

## ***Conclusión***

Los artículos que forman parte de este estudio dejan claro que el derecho internacional cuenta con un conjunto bastante específico de normas relacionadas con la regulación de la migración internacional y de la situación de los migrantes. Al decir esto, es importante subrayar que el derecho internacional no establece un régimen internacional completo sobre la migración. No obliga a que se permita que determinado número de personas viajen de un Estado a otro cada año, no proporciona una ley universal para la atribución de la ciudadanía, no estructura un sistema internacional para la circulación de mano de obra, no impone regímenes particulares de aplicación de la ley ni el retorno de los migrantes indocumentados. Además, en algunas áreas en las que sí entra el derecho internacional, las normas no son precisas o apenas están saliendo a la luz.

Sin embargo, el derecho internacional, en muchos aspectos, canaliza, configura e impone límites a las relaciones entre Estados y entre el Estado y el individuo. Es quizás mejor, por tanto, ver en las normas internacionales un marco, unos principios básicos, para la cooperación entre Estados en materia de migración y para la protección de los derechos humanos de los migrantes. Es decir, las normas jurídicas internacionales existentes crean el espacio y la necesidad de nuevas iniciativas en esta era de la migración.

Los documentos que integran este estudio desvelan numerosas áreas en las que es aconsejable fomentar la cooperación entre los Estados. Por mencionar tan sólo unos cuantos ejemplos destacados:

- 1) Establecimiento de disposiciones sobre el flujo de mano de obra calificada y no calificada;
- 2) Profundización de la negociación de los acuerdos de readmisión;
- 3) Promoción de definiciones y procedimientos comunes en el derecho de los refugiados;
- 4) Consideración de la repercusión de las medidas contra la migración ilegal en los solicitantes de asilo;
- 5) Coordinación de los esfuerzos de lucha contra la trata;
- 6) Clarificación de los procedimientos que han de seguirse en lo que respecta a las personas rescatadas en el mar;
- 7) Concesión de asistencia para el desarrollo a los Estados emisores;
- 8) Mayor promoción de las normas antidiscriminatorias en lo que atañe a los no ciudadanos;
- 9) Cooperación en la reunificación de las familias separadas;
- 10) Consideración de los problemas de la migración en las negociaciones comerciales multilaterales.

Los Estados se han mostrado muy activos en adoptar reglamentaciones internas para la admisión de una inmigración indeseada. Es preciso adoptar mayores medidas para encauzar los flujos legales e ilegales a escala internacional de formas que redunden en beneficio de los Estados y de los migrantes y que respeten los derechos humanos de estos últimos. Esas medidas, para prosperar, deben contemplar la migración internacional en un contexto más amplio de desigualdad e inseguridad mundiales (las causas principales de la migración). Por lo tanto, el encauzamiento eficaz y humano de la migración internacional al que el derecho internacional puede ayudar exigirá que se preste atención a las necesidades e intereses de los Estados emisores, de los Estados receptores y de los migrantes, y que se reconozcan las causas que originan la migración.



Serie  
Diálogo Internacional  
sobre la Migración

1. *82ª Reunión del Consejo ; 27-29 de noviembre de 2001*, mayo de 2002  
(disponible en español, francés e inglés)
2. *Compendium of Intergovernmental Organizations Active in the Field of Migration 2002*, diciembre de 2002  
(disponible solamente en inglés)
3. *Un Análisis sobre Normas Jurídicas Internacionales y Migración*, diciembre de 2002  
(disponible en español, francés e inglés)

Los títulos de esta Serie pueden obtenerse en:

Organización Internacional para las Migraciones  
Investigación y Publicaciones  
17 route des Morillons, 1211 Ginebra 19  
Suiza  
Teléfono: +41.22.717 91 11; Fax: +41.22.798 61 50  
Correo electrónico: [publications@iom.int](mailto:publications@iom.int)  
Internet: <http://www.iom.int>