

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

RIGHTS OF ALIENS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

FERNANDO ARLETTAZ²⁷

Universidad de Buenos Aires

fernandoarlettaz@conicet.gov.ar

DOI: 10.24267/9789585120242.11

²⁷ Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Universidad de Buenos Aires Argentina fernandoarlettaz@conicet.gov.ar

CAPÍTULO 11 / PÁGS. 163-178

RESUMEN

El trabajo considera los estándares sobre el trato a extranjeros que se derivan de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se analizan los aspectos más salientes de estos estándares considerando, sucesivamente, la aplicación del principio de igualdad, los derechos laborales, las garantías en casos de privación de libertad, las garantías en casos de expulsión, la asistencia consular y la protección de la familia y la infancia.

Palabras Clave:

Extranjeros, sistema interamericano, Derechos Humanos.

ABSTRACT

This article deals with the international standards on the treatment of aliens originated in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. The most important aspects of these standards are analysed: the equality principle, workers' rights, guarantees in case of detention, guarantees in case of deportation, consular assistance, and the protection of family and childhood.

Keywords:

Aliens, Inter-American system, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos imponen límites a las decisiones de los Estados en relación con sus políticas internas. Estos límites, por supuesto, alcanzan también a las políticas migratorias. El objetivo de esta comunicación es presentar algunas consideraciones sobre las restricciones que a tales políticas imponen los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En razón del carácter amplio del tema de investigación, debe quedar claro que la presente contribución representa solo una aproximación global a los aspectos más salientes de la problemática.

Según los órganos interamericanos de Derechos Humanos, los Estados disponen de un cierto margen de libertad para decidir sus políticas migratorias, estableciendo mecanismos de control del ingreso, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio. Sin embargo, estas políticas deben ser compatibles con las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos, en particular la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta idea ha sido repetidamente expresada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014; Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014; Nadege Dorzema vs. República Dominicana, 2012; Vélez Loor vs.

Panamá, 2010; Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 2003) como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000; Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México, 1999).

En los apartados siguientes se mencionan los principales límites que el derecho interamericano de los Derechos Humanos impone a las políticas migratorias de los Estados.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El primer límite al que nos referiremos es el que surge del principio de igualdad y no discriminación. La Convención Americana recepta este principio en dos artículos: el Artículo 1.1 y el Artículo 24. El Artículo 1.1 establece: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". El Artículo 24, por su parte, dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

CAP-11

La diferencia entre ambos Artículos se encuentra en que el primero de ellos establece el principio de igualdad y no discriminación en relación con los derechos reconocidos en la propia Convención, mientras que el segundo se refiere a la igualdad y no discriminación ante la ley interna. De este modo, el Artículo 1.1 ha de leerse en correspondencia con los Artículos sustantivos de la Convención que reconocen derechos, mientras que el artículo 24 tiene una existencia independiente e impone la igualdad en relación con el derecho interno.

La Declaración Americana, por su parte, sintetiza ambos aspectos del principio en el artículo II: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

Igualdad y no discriminación son las dos caras de la misma moneda: dado que las personas son consideradas iguales, han de recibir un trato igual. Por supuesto, el principio de igualdad no prohíbe toda distinción: el derecho necesita establecer distinciones para funcionar. Lo que el principio de igualdad prohíbe son las categorías discriminatorias, es decir, las distinciones que no sean razonables, proporcionadas y objetivas.

Debe tenerse en cuenta que la existencia de discriminación es independiente de la existencia de una motivación discriminatoria. Correlativamente, está prohibida tanto la discriminación directa como la indirecta. La primera se produce

en aquellos casos en que es la propia norma la que tiene una estructura discriminatoria, mientras que la segunda se da cuando la norma es en sí misma de apariencia neutral, pero su aplicación tiene un impacto discriminatorio (sobre el principio de igualdad y las diferentes formas de discriminación ver Saba, 2016; Farrior, 2015; Bayefsky, 1990; McKean, 1983).

Puede discutirse mucho bajo qué condiciones una distinción (por ejemplo, entre nacionales y extranjeros; o entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular) es razonable, proporcionada y objetiva. Existe un delicado balance a realizar entre el principio de igualdad y no discriminación y las distinciones lícitas que los Estados pueden establecer entre nacionales y extranjeros, o entre diferentes grupos de extranjeros en razón de su estatus migratorio. Por un lado, el principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental; por otro lado, las distinciones entre nacionales y extranjeros, o entre extranjeros en razón de su diferente situación migratoria, son, en principio, legítimas (sobre esta cuestión en general ver nuestro trabajo Arlettaz, 2014a).

Hay algunas distinciones que son evidentemente legítimas, porque vienen establecidas por las propias normas internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, es posible distinguir entre nacionales y extranjeros en lo que se refiere a los derechos políticos. De hecho, tanto la Declaración Americana (artículo XX) como la Convención Americana (artículo 23) limitan esta categoría de derechos a los nacionales.

En la opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (2003) la Corte Interamericana afirmó que resulta legítimo que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en este, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender; y que la inobservancia de esas disposiciones migratorias traiga consigo consecuencias sancionatorias. También dijo que es una distinción lícita la de limitar los permisos de residencia y trabajo al desempeño de determinadas actividades.

Más adelante volveremos sobre los derechos de los extranjeros en situación irregular. Lo que interesa señalar ahora es que la legitimidad de las restricciones para el acceso a ciertos empleos no es siempre clara. La Corte Interamericana acepta que en principio los Estados pueden impedir a los extranjeros acceder a determinadas profesiones. Sin embargo, la Comisión halló una violación de la Convención Americana en la prohibición establecida por Chile de que los extranjeros accedieran al ejercicio de la abogacía incluso a pesar de haber realizado sus estudios en Chile (*Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile*, 2010). Para la Comisión, la negativa de Chile era desproporcionada porque el Estado podría proteger el ejercicio legítimo de la profesión de abogado mediante la exigencia de haber realizado o convalidado estudios de derecho en Chile, con independencia de la nacionalidad de la persona. Es verdad que, en el caso, no se trataba de otorgar o denegar un permiso de residencia, sino de prohibir el acceso a una profesión a una persona que ya vivía en Chile.

El principio de igualdad también se extiende a las garantías de un juicio justo: las personas extranjeras se benefician del derecho al debido proceso de igual manera que las nacionales. En los casos *Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos* (2005) y *Ramón Martínez Villarreal vs. Estados Unidos* (2002) la Comisión constató la violación de las reglas del debido proceso respecto de nacionales mexicanos condenados a muerte.

La discriminación puede resultar no solo de la existencia de una norma discriminatoria, sino también de circunstancias de facto. En el caso *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* (2012) la Corte abordó la situación de un grupo de personas de nacionalidad haitiana que, tras ingresar al territorio dominicano, fueron perseguidas por una patrulla policial. Como consecuencia de un accidente sufrido durante esta persecución se produjo la muerte de algunas de ellas. Los supervivientes fueron privados de su libertad y sometidos a coacciones por parte de los funcionarios policiales. La Corte halló que una serie de circunstancias (violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; falta de investigación con motivo de dicha violencia; detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares; etc.), constitutivas cada una de ellas de violaciones específicas de derechos reconocidos en la Convención, colocaban a los inmigrantes haitianos en una posición de especial vulnerabilidad y

constituían, en su conjunto, una discriminación de facto debida a la condición de migrantes de las víctimas.

El mismo patrón discriminatorio había encontrado la Comisión Interamericana en relación con las personas de origen haitiano presentes en la República Dominicana (Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana, 2012). La Comisión observó que la práctica de redadas y la política de repatriaciones no se llevaban a cabo respecto de todos los migrantes en situación irregular sino solo respecto de las personas haitianas, de ascendencia haitiana o que eran consideradas como haitianas. Cuando la Corte Interamericana analizó la misma situación (Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014), confirmó las conclusiones de la Comisión.

LOS DERECHOS LABORALES DE LOS MIGRANTES

Los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Uno de los objetivos usuales de la legislación migratoria es actuar sobre el mercado de trabajo, regulando los flujos migratorios en función de las necesidades de este. La Convención Americana no contiene normas específicas relativas a derechos laborales. Solo tiene un artículo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales en general (Artículo 26). En virtud de este artículo los Estados se obligan a adoptar disposiciones para lograr progresivamente y en la medida de los recursos disponibles la plena efectividad

de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

La Declaración Americana sí contiene normas relativas al trabajo, al descanso y a la seguridad social. El artículo XIV dispone: "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia". Por otra parte, el artículo XV dispone: "Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico". Normas más específicas se encuentran en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador (en especial sus Artículos 6, 7, 8 y 9).

El Estado puede violar los Derechos Humanos de los trabajadores de dos maneras. Directamente, respecto de sus propios trabajadores y respecto de trabajadores privados cuando estos acuden al Estado para buscar el reconocimiento de algún derecho (como la pensión o la protección judicial de los derechos laborales). Indirectamente, si los Estados no velan para que en su territorio se reconozcan y apliquen todos los

derechos laborales que el ordenamiento jurídico estipula o si toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores.

La Corte Interamericana abordó la cuestión de los derechos laborales de los extranjeros en la opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (2003). En esta opinión la Corte utilizó el concepto de trabajadores migrantes aunque, como hemos comentado en otro lugar (Arlettaz, 2014b), de modo no totalmente preciso desde un punto de vista conceptual.

Es usual que las legislaciones de extranjería exijan como requisito para la realización de actividades laborales en relación de dependencia por parte de extranjeros la obtención previa de un permiso que los habilite a residir y trabajar en territorio del Estado. La pregunta que surge ante esta situación es si resulta posible por parte de un trabajador extranjero en situación irregular reivindicar sus derechos laborales a pesar de esa situación de irregularidad. La respuesta negativa fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. En el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* la Corte estadounidense analizó la situación de un trabajador indocumentado mexicano que había sido despedido luego de intentar formar un sindicato junto con otros compañeros. La Corte Suprema estimó que no correspondía el pago de salarios caídos al trabajador, e hizo prevalecer de este modo las normas migratorias sobre las normas del Derecho del Trabajo.

El caso estadounidense constituyó un antecedente fáctico a la solicitud por parte de México de la opinión consultiva sobre los migrantes indocumentados. La respuesta de la Corte Interamericana fue la inversa de la dada por el máximo tribunal estadounidense. Para la Corte Interamericana, en razón de la finalidad tutelar del Derecho del Trabajo, los derechos laborales se adquieren y son exigibles con independencia de la situación migratoria del trabajador. La Corte, sin embargo, señala que no existe una obligación del Estado y de los particulares de entrar en una relación laboral con migrantes indocumentados. Esta afirmación puede interpretarse en dos sentidos. Si se interpreta en sentido lato, querría decir que ni los particulares ni el Estado están obligados, en virtud del Derecho Internacional, a contratar a un extranjero en situación irregular. Dicho así, esto es una obviedad, ya que ni el Estado ni los particulares están obligados, en virtud del Derecho Internacional, a contratar a nadie. La interpretación correcta ha de ser entonces la interpretación más estricta, que lleva a pensar que resulta legítimo que el Estado y los particulares distingan entre extranjeros en situación irregular, por un lado, y nacionales y extranjeros en situación regular, por otro, en perjuicio de los primeros en la selección de su personal laboral.

PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y PENALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

Como es conocido, la normativa de extranjería suele venir acompañada de un régimen sancionador

que tiene por finalidad castigar las violaciones de las disposiciones relativas a la entrada, salida, estancia y actividades de los extranjeros en el territorio. Tales sanciones son en principio legítimas, como uno de los medios de los que dispone el Estado para hacer efectivas sus políticas migratorias.

Sin embargo, la actividad sancionadora en el marco de la normativa de extranjería está limitada por el principio de legalidad. El principio de legalidad se encuentra establecido en el Artículo 9 de la Convención Americana: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

A pesar de que el tenor literal del artículo se refiere sólo al campo del Derecho Penal (el artículo habla de delitos y penas), la interpretación de la Corte Interamericana ha sido amplia. En efecto, de acuerdo con las pautas establecidas por la Corte, el principio de legalidad resulta de aplicación en cualquier proceso sancionador, tenga este carácter administrativo o penal. En definitiva, el principio de legalidad se aplica a toda manifestación del poder punitivo del Estado. En el caso Vélez Loor vs. Panamá (2010) se halló una violación del artículo 9 en el hecho de que se hubiese impuesto a un extranje-

ro en situación migratoria irregular la pena de prisión cuando según la ley aplicable la pena para el caso era el trabajo agrícola en una colonia penal.

Sin embargo, la constatación de que en el caso había habido una violación del principio de legalidad por la aplicación de una forma de privación de libertad diferente a la prevista en la ley fue, de algún modo, sobreabundante, ya que la Corte declaró en esa misma sentencia que la privación de libertad no puede utilizarse con fines sancionatorios en el marco de un proceso migratorio. Es decir, en el marco de un proceso migratorio pueden aplicarse sanciones, pero estas sanciones no pueden consistir en la privación de libertad de quien ha cometido una infracción al régimen migratorio. Las sanciones deben ser de otro tipo: apercibimiento, multa, etc.

Desde luego, no toda privación de libertad en el marco de un procedimiento migratorio es ilegítima. El control de los flujos migratorios es una finalidad que legítimamente pueden perseguir los Estados, ya que estos tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio. La privación de libertad sí puede utilizarse, en el marco de un proceso migratorio, con fines preventivos. La privación de libertad de las personas en razón de su situación migratoria es legítima siempre que sea necesaria y proporcionada en el caso concreto, durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos relativos al control migratorio.

En el caso del uso legítimo de la privación de libertad, la garantía de la legalidad y de la no arbitrariedad resulta aplicable. El artículo 7.2 de la Convención establece: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". La Declaración Americana, por su parte, consagra el principio de legalidad en el primer párrafo del artículo XXV: "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre-existentes". El artículo 7.3 de la Convención agrega: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios". Aunque la Declaración no contiene una norma expresa relativa a la no arbitrariedad, la Comisión la ha juzgado implícita en el artículo XXV (Informe sobre inmigración en los Estados Unidos: detenciones y debido proceso, 2010; Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos, 2001).

En los casos *Nadège Dorzema vs. República Dominicana* (2012) y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014), la Corte declaró que la privación de libertad de las personas que iban a ser expulsadas había sido arbitraria ya que las detenciones no habían sido llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión. Como se ve, incluso una priva-

ción de libertad realizada conforme al texto de una disposición legal puede ser ilegítima si se la utiliza para fines contrarios a los tenidos en vista por ese texto legal. Aunque no haya en este supuesto ilegalidad, sí hay arbitrariedad.

Por otra parte, la privación de libertad no puede ser por tiempo indefinido. Así, en el caso conocido como caso de los cubanos del Mariel la Comisión Interamericana declaró que la normativa del derecho interno estadounidense que autorizaba a tener privados de libertad por tiempo indefinido a los extranjeros excluibles resultaba violatoria de los artículos I y XXV de la Declaración Americana (*Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, 2001).

Finalmente, la posibilidad de pedir la revisión de la privación de libertad ante la autoridad competente resulta una garantía derivada del artículo XXV de la Declaración Americana ("todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida") y del artículo 7.6 de la Convención Americana ("toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales"). La Comisión ha considerado que el hecho de que una persona extranjera sea detenida y deportada sin que se le garantice su derecho a recurrir ante un órgano jurisdiccional competente a fin de obtener una decisión rápida sobre la legalidad de su detención representa

una violación al derecho a la libertad personal (Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 2013; Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México, 1999).

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

En relación con este punto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que solo los extranjeros pueden ser objeto de expulsión. Según dispone el Artículo 22.5 de la Convención Americana: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional". Existe así una prohibición absoluta de expulsión de nacionales. Los extranjeros, en cambio, sí pueden ser expulsados del Estado en el que se encuentran, bajo reserva del respeto a las normas del Derecho Internacional. La Convención Americana impone límites sustantivos y procesales a la expulsión de extranjeros (hemos desarrollado el tema en Arlettaz, 2015a).

El primer límite sustantivo está en el artículo 22.9 de la Convención, que dispone: "Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros". De acuerdo con el criterio de la Corte Interamericana, una expulsión tiene carácter colectivo cuando no se considera la situación individualizada de cada una de las personas deportadas (Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014; Nadège Dorzema vs. República Dominicana, 2012). La Corte Interamericana sigue, en este

punto, el mismo criterio que otras instancias internacionales de Derechos Humanos (ver Arlettaz, 2018).

El segundo límite sustantivo es la prohibición del Artículo 22.8: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas". La Convención recepta así el principio consuetudinario del *non-refoulement*, propio del Derecho Internacional de los refugiados. La protección se aplica a todos los extranjeros, con independencia de su situación a la luz de la normativa interna de extranjería. Según la Corte, para cumplir sus obligaciones bajo este principio, el Estado debe verificar que las personas expulsadas no corren riesgo en el territorio al cual son enviadas (Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013; ver un análisis en Arlettaz, 2015b).

La deportación puede también ser ilegítima si supone un trato cruel, inhumano o degradante para el expulsado (trato prohibido por el artículo 2.5 de la Convención Americana). La Comisión se pronunció sobre el caso de una ciudadana jamaicana residente permanente de los Estados Unidos que padecía de VIH/SIDA. Estados Unidos pretendía expulsarla a su país de origen, donde con toda probabilidad le resultaría imposible conseguir los medicamentos para su enfermedad y se produciría su muerte. Para la Comisión, la expulsión

era ilegítima en tales circunstancias (Andrea Mortlock vs. Estados Unidos, 2008).

Además de los límites sustantivos mencionados, la Convención contiene, expresa o implícitamente, límites procesales en relación con la expulsión de extranjeros. Estas garantías son una variante de la garantía genérica del debido proceso.

La garantía procedimental expresa es la que está prevista en el Artículo 22.6: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley". Se trata de la garantía de la legalidad de la decisión de expulsión. De la literalidad del artículo surge que la protección solo alcanza a los extranjeros que se encuentren regularmente en el territorio del Estado. Así, el extranjero que se encuentra irregularmente en el territorio del Estado podría ser expulsado incluso sin respetar el principio de legalidad. Sin embargo, el extranjero que se encuentra de modo irregular en el territorio puede alegar que tiene algún título que lo habilita a permanecer en ese territorio. En otras palabras, puede alegar que, en contra de lo que sostiene la autoridad migratoria, su situación es regular. En tal caso, para poder determinar si la situación migratoria del extranjero es regular o irregular habrá que seguir un procedimiento (normalmente administrativo) que, como toda actuación estatal, habrá de sujetarse a las normas del debido proceso. Y dado que la

legalidad ha de presidir la actuación de toda la administración, el procedimiento de expulsión quedará también sometido a la exigencia de respeto a la legalidad.

Por otra parte, aunque la única garantía expresamente mencionada por la Convención es la relativa a la legalidad, la Corte y la Comisión Interamericanas han construido pretoriana-mente un piso mínimo de garantías que deben ser respetadas en los procedimientos de expulsión por imperativo del debido proceso consagrado en el Artículo 8. La Corte se ha referido a estas garantías en varios pronunciamientos (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014; Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014; Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013; Nadège Dorzema vs. República Dominicana, 2012; Vélez Loor vs. Panamá, 2012). También lo ha hecho la Comisión (Informe sobre inmigración en los Estados Unidos: detenciones y debido proceso, 2010; Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México, 1999). Estas garantías son el derecho a ser informado de los motivos de la expulsión, el derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión y el derecho a someter el caso a revisión ante la autoridad competente. En algunos casos, además, pueden resultar de aplicación otras garantías como el derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular y el derecho a la asistencia letrada.

ASISTENCIA CONSULAR

Respecto a la asistencia consular, resultan de aplicación las reglas previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Convención establece, por un lado, el derecho genérico de las personas a comunicarse con las autoridades consulares de su país e, inversamente, el derecho de estas autoridades a comunicarse con sus nacionales (artículo 36.1.a). Por otro lado, establece una serie de derechos particulares en caso de privación de libertad. Estos derechos son (Artículo 36.1.b) el derecho a la notificación de la oficina consular de la situación de privación de libertad de uno de sus nacionales, el derecho de la persona detenida de comunicarse sin demora con la oficina consular y el derecho de la persona a ser informada de que tiene estos derechos.

La Comisión Interamericana se pronunció respecto de estas garantías en casos de mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos (Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos, 2005; Ramón Martínez Villarreal vs. Estados Unidos, 2002). Según la Comisión, el incumplimiento de las obligaciones emergentes de la Convención de Viena sobre relaciones consulares en relación con la asistencia consular supone una infracción a las reglas del debido proceso y, en tal sentido, una violación de la Declaración y de la Convención. La Corte Interamericana confirmó esta conclusión (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1999).

FAMILIA E INFANCIA

Las personas extranjeras tienen derecho al respeto a su vida familiar en los términos establecidos en la Declaración y en la Convención. Este derecho puede adquirir una importancia particular en el caso en que el Estado pretenda expulsar a un miembro de la familia, rompiendo así la unidad familiar. La pregunta es, en tal caso, si debe prevalecer la unidad familiar por sobre las razones (legítimas) que podría tener el Estado para realizar la expulsión.

En el caso *Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos* (2010) la Comisión se refirió a los efectos que tienen las deportaciones sobre la vida familiar. Los señores Smith y Armendáriz eran residentes permanentes en Estados Unidos; ambos habían ingresado al país cuando eran niños y al momento en que se iniciaron sus procedimientos de deportación estaban casados con ciudadanas estadounidenses, con las cuales tenían hijos e hijas también nacionales de dicho país. La Comisión concluyó que el hecho de que el Estado no hubiera oído la defensa humanitaria de los señores Smith y Armendáriz, ni hubiera considerado debidamente su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en una base individualizada en sus procedimientos de expulsión, suponía una violación de sus derechos a la protección contra injerencias arbitrarias a la vida familiar, a la protección de la familia y a la protección de los niños (Artículos V, VI y VII de la Declaración).

La Comisión también declaró que, en el caso de una expulsión que afecte a los padres, se debe tomar en cuenta el interés superior de los hijos menores (Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, 2010; Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos, 2010). Obviamente, en caso de expulsión de los propios menores, también debe ser tenido en cuenta su interés superior, como lo dijo la Corte Interamericana (Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2011).

Según la Corte Interamericana, para respetar el interés superior del menor, es necesario que las garantías del debido proceso conjuguen los estándares específicos de protección de migrantes con las medidas especiales de protección que requieren los niños (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014; Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013; Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2012).

Para la Comisión, los niños y niñas migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, como principio general, no deberían ser detenidos. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, esta no podrá justificarse solamente en razón de que el niño o niña esté solo o separado de su familia, ni por su condición de migrante o residente (Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados, 2015).

Para la Corte, en cambio, los menores no pueden ser detenidos bajo ninguna circunstancia, toda vez que los Estados pueden disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño. En caso que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria, la Corte recuerda la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014; hemos tratado el tema en Arlettaz, 2016).

CONCLUSIONES

En esta comunicación hemos abordado las características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con las políticas migratorias. La comunicación ha realizado un estudio de conjunto de los aspectos más salientes de la problemática estudiada, a partir de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Convención Americana contiene pocas menciones directas a la cuestión migratoria.

Las referencias en la Declaración Americana son todavía más escasas. Sin embargo, a través de la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es posible descubrir algunos parámetros generales que surgen de la aplicación de normas genéricas al campo de la extranjería. La comunicación se ha centrado en algunos aspectos de esos parámetros: la aplicación del principio de igualdad, el respeto de los derechos laborales de los migrantes, las garantías en casos de privación de libertad, las garantías en casos de expulsión, la asistencia consular y la protección de la familia y la infancia.

REFERENCIAS

- Arlettaz, Fernando (2014a), Extranjeros, inmigrantes: cuatro problemas de Derecho Internacional y Filosofía Jurídica, Fundación Aranzadi Lex Nova, Valladolid.
- Arlettaz, Fernando (2014b), "Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 36, pp. 247-260.
- Arlettaz, Fernando (2015a), Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano, Centro Nacional de los Derechos Humanos, México DF.
- Arlettaz, Fernando (2015b). "El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo", *Anuario de Derechos Humanos*, 11, pp. 85-94.
- Arlettaz, Fernando (2016), "Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en el contexto de procesos migratorios", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9, pp. 197-231.
- Arlettaz, Fernando (2018), "Expulsions collectives: définition et portée de leur interdiction dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Annuaire Canadien de Droit International*, 56.
- Bayefsky, Anne (1990), "The principle of equality and non-discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, 11, pp. 1-34.
- Farrior, Stephanie (ed., 2015), Equality and non-discrimination under International Law, Routledge, Londres, volumen II.
- McKean, Warwick (1983), Equality and non-discrimination under International Law, Oxford, Oxford University Press.
- Saba, Roberto (2016), Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Personas dominicanas y haitianas expulsadas

- vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C no. 282.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, opinión consultiva OC-21/2013 de 19 de agosto de 2014, serie A no. 21.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C no. 272.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), serie C no. 251.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C no. 218.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A no. 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A no. 16.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados, informe de 24 de julio de 2015, OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 30 de diciembre de 2013, OEA/Ser.L/V/II Doc.48/13.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana, informe no. 64/12 (fondo) de 29 de marzo de 2012, caso 12.271.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre migraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso, 30 de diciembre de 2010, OEA/Ser.L/V/II Doc.78/10.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos, informe 81/10 (fondo) de 12 de julio de 2010, caso 12.562.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Margarita Cecilia Barbería Miranda

vs. Chile, informe no. 56/10 (fondo) de 18 de marzo de 2010, caso 12.469.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Andrea Mortlock (Estados Unidos), informe no. 63/08 (admisibilidad y fondo) de 25 de julio de 2008, caso 12.534.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos, informe no. 1/05 (fondo) de 28 de enero de 2005, caso 12.430.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ramón Martínez Villareal vs. Estados Unidos, informe no. 52/02 (fondo) de 10 de octubre de 2002, caso 11.753.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos, informe no. 51/01 (admisibilidad y fondo) de 4 de abril de 2001, caso 9903.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 28 de febrero 2000, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México, informe no. 49/99 (fondo) de 13 de abril de 1999, caso 11.610.

United States Supreme Court, Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board, 535 U.S. 137 (2002).