

CARTA DE DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES,
CON COMENTARIOS

Tabla de Contenidos

Colaboradores de la IMBR.....	4
Principios de la IMBR.....	6
Preámbulo.....	7
Artículo 1: Definición de Migrante.....	12
Artículo 2: Dignidad Humana.....	17
Artículo 3: Igualdad Ante la LEY.....	18
Artículo 4: Migrantes Vulnerables.....	23
Artículo 5: Vida.....	24
Artículo 6: Libertad y Seguridad Personal.....	25
Artículo 7: Personalidad Jurídica.....	30
Artículo 8: Recurso Efectivo.....	32
Artículo 9: Debido Proceso.....	33
Artículo 10: Víctimas de Delitos.....	37
Artículo 11: Expulsión.....	39
Artículo 12: Asilo.....	42
Artículo 13: No Devolución (Non-Refoulement).....	44
Artículo 14: Nacionalidad.....	48
Artículo 15: Familia.....	52
Artículo 16: Libertad de Pensamiento, Conciencia y de Religión o Creencias.....	56
Artículo 17: Libertad de Opinión y Expresión.....	57
Artículo 18: Libertad de Reunión y Asociación Pacífica.....	58
Artículo 19: Vida Cívica y Política.....	60
Artículo 20: Trabajo.....	62
Artículo 21: Salud.....	66
Artículo 22: Educación.....	68
Artículo 23: Cultura.....	70

Colaboradores de la IMBR¹

Autores y Editores del Comité Directivo de la IMBR

Avinoam Cohen	Randy Nahle
Justin Gest	Sarah Plastino
Ian Kysel	Bianca Santos

Estudiantes Autores del Texto y Comentario de la IMBR

CENTRO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN

Zach Bench	Julia Follick
Ian Kysel	Justin Schwegel
Maher Bitar	Justin Fraterman
Sarah Lavin	Carly Stadum
Emily Bruemmer	Ashley Gaillard
Randy Nahle	Melissa Stewart
Sasha Filippova	Hadia Hakim
Sarah Plastino	Jacob Zenn
Sarah Fink	Thayer Hardwick
Bianca Santos	

1 * La Carta de Derechos de los Migrantes Internacionales (la IMBR, por sus siglas en inglés) y el comentario, manual e indicadores que la acompañan, son producto de una colaboración continua de una red internacional de estudiantes y académicos. Los materiales se inspiran significativamente en el proyecto de la IMBR publicado por la Revista Jurídica de Inmigración de Georgetown en la primavera de 2010, y reflejan un trabajo en colaboración entre el Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown, el Centro Minerva de Derechos Humanos de la Universidad Hebrea de Jerusalén y la Unidad de Estudios de Migración de la Escuela de Economía de Londres. La Iniciativa IMBR desea agradecer a Bianca Santos por su servicio como Directora de Programa de la Iniciativa (2012-2013) y como miembro del Comité Directivo (2011-presente); El liderazgo y la visión de Bianca han sido instrumentales en nuestro trabajo. También queremos expresar nuestra profunda gratitud a Andrew I. Schoenholtz (Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown) y al Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho Georgetown por contribuir con valiosa orientación y apoyo a esta iniciativa. Nos gustaría expresar nuestro agradecimiento por el asesoramiento y el apoyo de Susan F. Martin (Universidad de Georgetown) y del Instituto para el Estudio de las Migraciones Internacionales (ISIM, por sus siglas en inglés) durante todo el proceso de redacción y revisión. Aún más, estamos en deuda con todos los expertos que aportaron su perspectiva en las consultas con la Iniciativa, cuyas ideas importantes sobre la IMBR se reflejan a lo largo de esta publicación, y particularmente aquellos cuyo compromiso con la IMBR es continuo. Recibimos una valiosa asistencia en investigación de Carolyn Armstrong (Escuela de Economía de Londres), Noa Bornstein-Ziv (Universidad Hebrea) y Shannon Kisch (Universidad Hebrea). Por su ayuda en la organización de la publicación del IMBR, queremos agradecer a Michael Warley y Zach Meyers de la Revista Jurídica de Inmigración de Georgetown. Finalmente, ni esta publicación ni la Iniciativa serían posibles sin el generoso apoyo de Open Society Foundations; agradecemos sinceramente a Aryeh Neier, María Teresa Rojas, Naomi Spitz y Alyssa Ross por todo su apoyo.

UNIVERSIDAD HEBREA DE JERUSALÉN

Mia Biran

Yael Mazuz

Noa Bornstein-Ziv

Tomer Naor

Gallia Daor

Tamar Segev

Jacob Flex

Shlomo Shuvy

Sharon Gefen

Miryam Zalkinder

Nimrod Kovner

Yotam Zeira

Estudiantes Autores del Manual de la IMBR

Adina Appelbaum

Andrew Craycroft

Lauren Esterle

Elizabeth Gibson

Nikhil Pillai

Justin Simeone

Meher Talib

Dave Wilkins

Estudiantes Autores de los Indicadores de la IMBR

Adina Appelbaum

Andrew Craycroft

Lauren Esterle

Elizabeth Gibson

Nikhil Pillai

Justin Simeone

Meher Talib

Dave Wilkins

Traducción al español

Raimy Reyes, LLM

Principios de la IMBR

Todo migrante tiene derecho a la **dignidad**, incluida la integridad física, mental y moral.

Todo migrante tiene derecho, sin discriminación alguna, a **igual protección** de la ley de cualquier Estado en el que el migrante esté presente.

Los **migrantes vulnerables**, incluidos los niños, las mujeres y los migrantes con discapacidad, tienen derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y estatus, y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

Todo migrante tiene derecho inherente a la **vida**.

Todo migrante tiene derecho a la **libertad y a la seguridad personal**.

Todo migrante tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su **personalidad jurídica**.

Todo migrante tiene derecho a un **recurso efectivo**.

Todo migrante tiene derecho al **debido proceso** legal.

Todo migrante **víctima de un delito** tiene derecho a asistencia y protección, incluyendo el acceso a la indemnización y restitución.

Todo migrante tiene derecho a la protección contra la **expulsión** o deportación arbitraria o discriminatoria, incluyendo la expulsión colectiva.

Todo migrante tiene derecho a buscar y a disfrutar en otros países **asilo**.

Todo migrante tiene derecho a la **no devolución** (*non-refoulement*).

Todo migrante tiene derecho a una **nacionalidad**.

Toda **familia** migrante tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Todo migrante tiene derecho a la **libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o de creencias**.

Todo migrante tiene derecho a la **libertad de opinión y de expresión**.

Todo migrante tiene derecho a la **libertad de reunión y de asociación pacífica**.

Todo migrante tiene derecho a participar en la **vida civil y política** de su comunidad y en la conducción de los asuntos públicos.

Todo migrante tiene derecho a ser **no ser sometido a esclavitud**, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio.

Todo migrante tiene derecho al **trabajo** y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

Todo migrante tiene derecho al nivel más alto posible de **salud** física y mental.

Todo migrante tiene derecho a un **nivel de vida adecuado**.

Todo migrante tiene derecho a la **educación**.

Todo migrante tiene derecho a disfrutar de su propia **cultura** y a utilizar su propio idioma, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Preámbulo

RECORDANDO los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la cual reconoce la dignidad intrínseca y el valor, y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, como fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo;

CONSIDERANDO la obligación de los Estados bajo la Carta de las Naciones Unidas y los convenios internacionales sobre derechos humanos de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes;

RECONOCIENDO que el ideal de seres humanos siendo libres del temor y de la miseria, sólo puede alcanzarse si se crean las condiciones que permitan a cada persona, incluyendo a los migrantes, gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos;

ENFATIZANDO la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y la necesidad de garantizar a los migrantes su pleno goce sin discriminación de ningún tipo;

RECORDANDO la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, los Trabajadores Migrantes, y sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, incluido el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, y otros instrumentos regionales e internacionales relevantes;

RECONOCIENDO el interés legítimo de los Estados en controlar sus fronteras y que el ejercicio de la soberanía implica responsabilidad, incluyendo la adopción de políticas migratorias apropiadas e exhaustivas;

TOMANDO EN CUENTA la importancia y alcance del fenómeno de la migración, que abarca a millones de personas y afecta a todos los Estados de la comunidad internacional;

RECONOCIENDO que los migrantes tienen necesidades especiales que pueden requerir la adopción de medidas especiales en ciertos aspectos;

AFIRMANDO que se debe alcanzar un balance entre el interés de los Estados en preservar la herencia cultural de sus pueblos y el interés de los migrantes en preservar su identidad cultural;

TOMANDO EN CUENTA que el migrante, que tiene deberes con respecto a otras personas y con la comunidad en las que pertenece, está bajo una responsabilidad de búsqueda por la promoción y observancia de los derechos contenidos en este documento;

CONSIDERANDO que los migrantes aportan contribuciones especiales a sus comunidades, y que la habilidad de participar e influenciar en sus comunidades es una parte significativa de la dignidad humana;

RECONOCIENDO la importancia de la cooperación gubernamental con la sociedad civil para la defensa de los derechos de los migrantes y para promover su participación en la esfera civil, política, económica, social, y cultural en igualdad de oportunidades, en todos los países;

EXHORTANDO a instituciones gubernamentales, administrativas, de la sociedad civil, y otras instituciones, actores y personas que trabajan con migrantes a implementar esta Carta en el reconocimiento y desarrollo de principios, estándares y recursos relativos a los migrantes;

RECONOCIENDO que los derechos de la presente Carta sólo pueden estar sujetos a restricciones legales permitidas por otros instrumentos internacionales relevantes;

AFIRMANDO que nada en esta Carta deberá interpretarse en el sentido de restringir, modificar o menoscabar las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho internacional humanitario o de derechos concedidos a las personas bajo el derecho interno;

AFIRMANDO que nada en esta Carta podrá interpretarse en el sentido de implicar a un Estado, grupo o persona, derecho alguno a participar en una actividad o realizar actos tendientes a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en ella o a su limitación en una medida mayor a la prevista por la presente Carta; y

CONVENCIDOS de que un marco amplio y exhaustivo que protege y promueve los derechos y la dignidad de todos los migrantes hará una contribución significativa a la protección internacional de sus derechos:

Comentario

1. **Párrafo 1—RECORDANDO:** El primer párrafo incorpora el lenguaje del preámbulo de varios convenios internacionales y regionales de derechos humanos complementarios para establecer que los principios de la Carta de las Naciones Unidas están en el centro de la labor de la IMBR. Estos incluyen la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH);² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP);³ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC);⁴ la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR);⁵ la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT);⁶ la Convención sobre los Derechos del

2 Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. Res. 217 (III) A, pmb. ¶ 1, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948) [en lo adelante DUDH] (“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”).

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pmb. ¶ 2, 23 de marzo de 1976, S. Tratado Doc. No. 95-20, 999 U.N.T.S. 171 [en lo adelante PIDCP] (“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...”).

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pmb. ¶ 2, 16 de diciembre de 1966, 1966 U.S.T. 521, 993 U.N.T.S. 3 [en lo adelante PIDESC] (“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables...”).

5 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, pmb. ¶ 2, 21 de diciembre de 1965, 660 U.N.T.S. 195 [en lo adelante CIEDR] (“Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos...”).

6 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, pmb. ¶ 2, 10 de diciembre de 1984, 1465 U.N.T.S. 85 [en lo adelante CCT] (“Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo...”).

Niño (CDN);⁷ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD);⁸ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).⁹

2. **Párrafo 2—CONSIDERANDO:** el segundo párrafo reitera el lenguaje de los acuerdos complementarios para subrayar la obligación de los Estados de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades,¹⁰ e incorpora el lenguaje contemporáneo de “respetar/ proteger/promover”, añadiendo una referencia a los Convenios.¹¹ Además, hace explícito lo que sólo está implícito en el derecho internacional vigente: que los migrantes tienen derecho a gozar de los mismos derechos y libertades de que disfrutaban otras personas.¹²
3. **Párrafo 3—RECONOCIENDO:** El tercer párrafo reconoce que las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos enunciados en los acuerdos complementarios¹³ son también necesarias para que los migrantes logren el disfrute de esos derechos.¹⁴
4. **Párrafo 4—ENFATIZANDO:** El cuarto párrafo incorpora el principio de igualdad y no discriminación. Toma prestado el párrafo (c) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,¹⁵ afirmando la naturaleza de los derechos humanos como derechos universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y vinculando los derechos al deber de no discriminación, aplicando el lenguaje específicamente a los migrantes.¹⁶
5. **Párrafo 5—RECORDANDO:** El quinto párrafo reconoce, a través de una referencia previa, que la IMBR está fundamentalmente arraigada en, se basa en, e incorpora los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos, refugiados y sobre trabajo.¹⁷

7 Convención sobre los Derechos del Niño, pmb. ¶ 1, 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3 [en lo adelante CDN] (“Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”).

8 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A.G. Res. 61/106, Anexo I, pmb. (a), U.N. Doc. A/61/49 (13 de diciembre de 2006) [en lo adelante CDPD] (“Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”).

9 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pmb. ¶ 4, 4 de noviembre de 1950, Europ.T.S. No. 5; 213 U.N.T.S. 221 [en lo adelante CEDH] (“Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo...”).

10 DUDH, *supra* nota 1, en pmb. ¶ 6 (“Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre...”); PIDCP, *supra* nota 2, en pmb. ¶ 5 (“Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos...”); PIDESC, *supra* nota 3, en pmb. ¶ 5 (“Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos...”); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, pmb. ¶ 11, 27 de junio de 1981, 1520 U.N.T.S. 217 [en lo adelante Carta de Banjul] (“Firmemente convencidos de su deber de promover y proteger los derechos y libertades humanos y de los pueblos...”).

11 Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, A.G. Res. 61/177, pmb. ¶ 4, U.N. Doc. A/RES/61/177 (2006), reimpresso en 14 Ders. Hums. Intl. Rts. Rep. 582 (2007) [en lo adelante CIDFP]; CDPD *supra* nota 7, en pmb. (b).

12 Otros Acuerdos afirman igualmente la aplicación de derechos a grupos específicos de personas. Véase, por ejemplo, CDPD, *supra* nota 7, pmb. (c) (“Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación...”); Véase también, Walter Kalin, Principios rectores de los desplazamientos internos: Anotaciones 6, (Sociedad Americana de Derecho Internacional, Estudios de Política Jurídica Transnacional, No. 38) (2000), en vii, 11, *disponible en inglés en* https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/spring_guiding_principles.pdf.

13 PIDCP, *supra* nota 2, pmb. ¶ 4; PIDESC, *supra* nota 3, en pmb. ¶¶ 4-5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, pmb. ¶ 4, 21 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36; 1144 U.N.T.S. 143 [en lo adelante CADH].

14 Véase, *supra* nota 11.

15 Véase, *supra* nota 11.

16 Véase, *supra* nota 11.

17 DUDH, *supra* nota 1; PIDCP, *supra* nota 2; PIDESC, *supra* nota 3, CIEDR, *supra* nota 4; Convención Internacional sobre la

6. **Párrafo 6—RECONOCIENDO:** El sexto párrafo reconoce que los Estados tienen la responsabilidad de gestionar la migración de manera compatible con el derecho internacional de los derechos humanos. También reconoce que la IMBR puede ayudar a los gobiernos a garantizar la seguridad y el bienestar de las personas dentro de su territorio.
7. **Párrafo 7— TOMANDO EN CUENTA:** El séptimo párrafo es una adaptación del séptimo párrafo del preámbulo de la CTM.¹⁸ Reconoce la importancia y el alcance de la migración global y subraya que afecta a todos los Estados.
8. **Párrafo 8—RECONOCIENDO:** El octavo párrafo refleja el cuarto párrafo del preámbulo de la CDN.¹⁹ Justifica un documento dedicado a los derechos de los migrantes al reconocer que los migrantes habitualmente se mueven en un mundo desconocido y menos seguro.
9. **Párrafo 9— AFIRMANDO:** El noveno párrafo, basado en el sexto párrafo del preámbulo de la Convención del Patrimonio Cultural Mundial (UNESCO), expresa que los migrantes aportan un valor a sus Estados receptores a través de su identidad cultural y diversidad.²⁰
10. **Párrafo 10— TOMANDO EN CUENTA:** El décimo párrafo es una adaptación del sexto párrafo del preámbulo del PIDCP.²¹ Reconoce que, si bien los derechos contenidos en la presente Carta, son derechos que, a todas las personas, sin excepción, les son atribuibles, los derechos de los migrantes pueden seguir siendo ilusorios si no se reivindica su aplicación.
11. **Párrafo 11— CONSIDERANDO:** Este párrafo se refiere a los derechos cívicos de los migrantes. Esta es una disposición general que reconoce que la protección integral de los derechos humanos de los migrantes depende en parte de la conexión entre el individuo y el Estado. El párrafo también destaca que la participación en la comunidad es un elemento de la realización de la dignidad humana.
12. **Párrafo 12—RECONOCIENDO:** El párrafo doce es una adaptación del lenguaje en los párrafos (l) y (y) del preámbulo de la CDPD.²² Reconoce el papel fundamental del sector de la sociedad civil en la defensa de los derechos de los migrantes e insta a los gobiernos a colaborar con la sociedad civil en el desarrollo de políticas y principios que afecten a los migrantes.
13. **Párrafo 13— EXHORTANDO:** Esta Carta es tanto una recopilación de las normas de derechos humanos existentes, así como una declaración de los estándares y la práctica estatal en constante evolución en materia de derechos humanos. A este respecto, el decimotercer párrafo del preámbulo alienta a todas las instituciones e individuos que trabajan con migrantes o encargadas de la aplicación y protección de los derechos humanos

Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979, 1249 U.N.T.S. 13 [en lo adelante CEDAW]; CCT, *supra* nota 5; CDN, *supra* nota 6; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, arts. 2, 3, 6, 18 de diciembre de 1990, 2220 U.N.T.S. 93 [en lo adelante CTM]; CDPD, *supra* nota 7; CIDFP, *supra* nota 10; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados art. 1A, 28 de julio 1951, 189 U.N.T.S. 150 [en lo adelante Convención de 1951 sobre los Refugiados]; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 31 de enero de 1967, 606 U.N.T.S. 267; Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 16 de junio de 2011, O.I.T. No. 189, *disponible en* http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460 [en lo adelante Convenio 189 de la OIT]; Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, 1 de julio de 1949, O.I.T. No. 97, 1616 U.N.T.S. 120 [en lo adelante Convenio 97 de la OIT]; Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, 9 de diciembre de 1978, O.I.T. No. 143, 1120 U.N.T.S. 323 [en lo adelante Convenio 143 de la OIT]; 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, A.G. Res. 55/25, U.N. AGRO, 55ª Sesión U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I) (15 de noviembre de 2000) [en lo adelante Protocolo de Palermo].

18 CTM, *supra* nota 16, en pmb. ¶ 7.

19 CDN, *supra* nota 6, en pmb. ¶ 4.

20 Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, pmb. ¶ 6, 16 de noviembre de 1972, 27 U.S.T. 37, 1037 U.N.T.S. 151.

21 PIDCP, *supra* nota 2, en pmb. ¶ 6; PIDESC, *supra* nota 3, en pmb. ¶ 6.

22 CDPD, *supra* nota 7, en pmb. ¶¶ (l), (y).

a que apliquen los derechos, los estándares y los recursos enumerados en el presente documento, según proceda. Si existen recursos más favorables a nivel doméstico o en otros documentos de derechos humanos, estos recursos más favorables deberían aplicarse.

- 14. Párrafo 14—RECONOCIENDO:** El decimocuarto párrafo hace hincapié en que sólo se permiten excepciones legítimas de los derechos en esta Carta. Algunos derechos están sujetos a limitaciones estrictas en situaciones que equivalgan a emergencias públicas que ponen en peligro la vida de la nación, como ciertas situaciones de conflicto armado.²³ Otros derechos en la Carta son inderogables, como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a esclavitud.
- 15. Párrafo 15—AFIRMANDO:** El decimoquinto párrafo es una cláusula de salvaguardia adaptada del Principio 2 de los Principios Rectores de los desplazamientos internos.²⁴ El propósito de este párrafo es preservar las obligaciones legales existentes de los Estados y asegurar que la IMBR establezca un estándar mínimo. Las disposiciones más favorables del derecho internacional, regional o nacional no deberán verse afectadas por la aplicación de los derechos en esta Carta.
- 16. Párrafo 16—AFIRMANDO:** El párrafo decimosexto aplica explícitamente el principio de prohibición de abuso de derechos a los derechos humanos enumerados en la IMBR. Esta cláusula prohíbe que el Estado y cualquier entidad o persona utilicen las disposiciones de esta Carta para privar a otra persona del acceso y disfrute de los derechos humanos en este documento. La prohibición del abuso de derechos es un principio bien establecido del derecho internacional y está incluido en muchos instrumentos fundamentales de derechos humanos, entre ellos el PIDCP y el PIDESC.²⁵ Fue inicialmente formulado como el artículo 30 de la DUDH, en parte como respuesta a grupos con “ideología nazi naciente, fascista u otras ideologías totalitarias”, que utilizaban libertades enumeradas como la expresión, para oprimir y destruir los derechos de otros grupos.²⁶ El principio se invoca comúnmente para evitar que los grupos usen las libertades de expresión, reunión y asociación para negar o destruir los derechos humanos de los demás.²⁷
- 17. Párrafo 17—CONVENCIDOS:** El décimo séptimo párrafo, reflejando el decimoquinto párrafo de la CTM,²⁸ reconoce que un documento unificado enunciando los derechos de todos los migrantes es una novedosa contribución al campo del derecho internacional de los derechos humanos que impulsará los esfuerzos por respetar, proteger y promover los derechos de los migrantes.

23 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29 sobre Estados de Emergencia*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf?view=1>.

24 Véase, Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos U.N. Doc. E/CN.4/1996/52/Add.2 (5 de diciembre de 1995), disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022> [en adelante los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos].

25 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 5; PIDESC, *supra* nota 3, en art. 5; DUDH, *supra* nota 1, en art. 30. Véase también, CEDH, *supra* nota 8, en art. 17; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 54, 7 de diciembre de 2000, 2000 O.J. (C. 364) 1; CTM, *supra* nota 16, en art. 81(2).

26 Véase, Secretario General de la ONU, Anotación sobre Texto de los Borradores de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, ¶ 55, U.N. Doc. A/2929 (1 de julio de 1955), disponible en http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/2929.

27 Anotación sobre Texto de los Borradores de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, *supra* nota 25.

28 CTM, *supra* nota 16, en pmb. ¶ 15.

ARTÍCULO 1

Definición de Migrante

1. El término “migrante” en esta Carta se refiere a toda persona que se encuentra fuera de un Estado del cual es ciudadano o nacional, o en el caso de un migrante apátrida, el Estado de nacimiento del migrante o de residencia habitual.
2. La presente Carta será aplicable durante todo el proceso de migración de los migrantes.

Comentario

1. Este artículo proporciona, a propósito, una definición amplia e inclusiva de “migrante”. El párrafo 1 establece que “migrante” se refiere a personas que se encuentran fuera del territorio del Estado del que son ciudadanos o nacionales, o en el caso de los migrantes apátridas, del Estado de nacimiento o de residencia habitual. Esta definición abarca a los apátridas que han salido de un país del cual sean nativos o en el cual sean residentes habituales. Así, los individuos son migrantes, independientemente de si su presencia es temporal, lícita, para protección, o por razones económicas o de otra índole.
2. Esta definición no incluye a los individuos que están presentes en el territorio de un Estado del cual poseen ciudadanía o nacionalidad secundaria. Además, no se aplica a las personas que migran —forzosa o voluntariamente— dentro de las fronteras de un Estado del que sean ciudadanos, nacionales o residentes habituales.²⁹ Esta definición ampliada se aplica a todos los artículos dentro de la IMBR, excepto cuando los derechos enumerados en particular están calificados para aplicarse a una o más categorías específicas de migrantes.
3. Bajo el derecho internacional actual, no existe una definición legal definitiva de quién es considerado migrante a los efectos de la protección de derechos humanos. Los actuales instrumentos jurídicos internacionales relacionados con los derechos de los migrantes siguen en gran medida desconectados, mientras que las protecciones específicas se limitan a categorías de migrantes, como los refugiados y los solicitantes de asilo o los trabajadores migrantes.³⁰ Las categorizaciones actuales no articulan las protecciones que deben aplicarse a las personas que se encuentran fuera de sus países de origen o de residencia habitual, o para los migrantes apátridas, fuera de su país de nacimiento o residencia habitual. El término “migrante” implica la noción de que todas las categorías de migrantes tienen derecho a un conjunto unificado de protecciones básicas independientemente de sus circunstancias individuales. La IMBR acorta esta brecha en el derecho internacional de los derechos humanos.
4. Este artículo también describe el alcance de la IMBR al aclarar que la IMBR aplica a todo el proceso de migración. Por lo tanto, la IMBR aplica durante todas las etapas del proceso de migración, incluida la preparación para la migración, salida, tránsito, admisión, estancia en un Estado de acogida, repatriación y retorno al Estado de nacionalidad.
5. *Párrafo 1:* La definición ampliada de migrante en el artículo 1 trata de abarcar las definiciones de varios instrumentos internacionales y regionales complementarios. Entre ellos figuran la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM);³¹ la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (Convención de 1954 sobre Apátrida);³² la Con-

29 Véase, Principios rectores sobre los desplazamientos internos, *supra* nota 23.

30 CTM, *supra* nota 16, en arts. 2, 3, 6; Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 1A.

31 CTM, *supra* nota 16, en arts. 2, 3, 6.

32 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, art. 1, 28 de septiembre de 1954, 360 U.N.T.S. 117.

vención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de 1951 sobre los Refugiados);³³ la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de la UE);³⁴ la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (Declaración de la OEA);³⁵ la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (Convención de la OUA de 1969);³⁶ e instrumentos internacionales adicionales relativos a los no ciudadanos.³⁷

6. **Personas con protección especial en el derecho internacional:** De acuerdo con la definición ampliada de “migrantes”, las personas que tienen derecho a protección especial bajo el derecho internacional recibirán el “estándar más favorable”. Sin embargo, si por alguna razón, *de jure* o *de facto*, la protección especial cesa, estas personas gozarán *ipso facto* de los beneficios de la IMBR si permanecen presentes en el territorio de un Estado del cual no sean ciudadanos o nacionales.
7. **Personas con estatus especial en virtud del derecho internacional—Migrantes forzosos:** El término “migrante” en el párrafo 1 incluye a los migrantes forzosos para los cuales el derecho internacional o municipal otorga un estatus especial, incluidos los refugiados, solicitantes de asilo y los desplazados temporales, tal como se describe tanto en tratados internacionales y regionales, acuerdos y convenciones.³⁸ Por tanto, “migrantes” incluyen refugiados y solicitantes de asilo³⁹ que califiquen para el estatuto de refugiado bajo los criterios establecidos en la Convención de 1951 sobre los Refugiados,⁴⁰ instrumentos y acuerdos regionales, y la legislación municipal, así como bajo cualquier mandato extendido⁴¹ del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Además, “migrante” incluye a los refugiados o solicitantes de asilo que se les ha concedido refugio en virtud de regímenes de protección temporal de carácter internacional, regional o municipal, o cuyas solicitudes continúen bajo revisión.

33 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16.

34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *supra* nota 24, en art. 18.

35 Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984) OAS/Ser.L/V/ II.66, doc. 10, rev. 1, ¶ 5 [en lo adelante Declaración de Cartagena].

36 Convención que regula los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, art. 1, 10 de septiembre de 1969, 1001 U.N.T.S. 45.

37 Véase, Agencia de la ONU para los Refugiados, Los Derechos de los No-Ciudadanos, U.N. Doc. HR/Pub/06/11, U.N. No. de Venta E.07.XIV.2 (2006); Declaración Sobre los Derechos Humanos de las Personas que No Son Nacionales del País en el que Viven, A.G. Res. 40/144, anexo, Supp. (No. 53) en 252, U.N. Doc. A/40/53 (13 de diciembre de 1985).

38 Véase, *supra* notas 25-31.

39 Véase, *infra* comentario al art. 11.

40 De conformidad con el artículo 1D de la Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, los refugiados incluyen a las personas que “que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados” así como refugiados con “*ipso facto*...derecho a los beneficios” de la Convención de 1951 sobre los Refugiados porque la “protección o asistencia” que reciben “de órganos u organismos de las Naciones Unidas distintos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados haya cesado por cualquier motivo”, sin que su situación “se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas”. Véase, *por ejemplo*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Nota revisada sobre la aplicación del artículo 1D de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 a los Refugiados Palestinos (2009), disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7331> (aclarando una antigua inconsistencia por parte del ACNUR con respecto a la segunda cláusula del artículo 1D).

41 El actual mandato extendido del ACNUR se aplica a personas que se “encuentren fuera de su país de origen o residencia habitual, y no pueda o no quiera retornar al mismo a causa de amenazas serias e indiscriminadas a su vida, seguridad o libertad como resultado de violencia generalizada o circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” incluyendo por ejemplo “dominación extranjera, intervención, ocupación o colonialismo.” Agencia de la ONU para los Refugiados, Módulo auto informativo 2: La Determinación del Estatuto de Refugiado. ¿Cómo identificar quién es un refugiado? (Sept. 1, 2005), disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4c65080ad38>.

8. La designación de “migrante” también se aplica a migrantes forzosos que no reúnen los requisitos para un estatuto especial bajo el derecho internacional, pero quienes sin embargo son desplazados forzosamente⁴² o se ven obligados a refugiarse en el territorio de otro país.⁴³ El término “migrante” se refiere por igual a personas apátridas que se encuentran fuera de su Estado de nacimiento o de residencia habitual.⁴⁴ Debe prestarse la debida atención a la especial relevancia de la IMBR para la protección de los migrantes que no gozan del privilegio de contar con el apoyo de su país de origen, ya sea porque dejó de existir o porque se niega a ofrecer apoyo.
9. *Migrantes legalmente establecidos*: El término “migrante” también abarca personas que califican para un estatus legal duradero que le da derecho a residencia de larga duración, de conformidad con las leyes de inmigración del Estado de acogida, así como a individuos que *de facto* están autorizados a establecerse a pesar de un determinado estatus de residencia que establezca lo contrario.⁴⁵ El párrafo 1 también se aplica a los cónyuges que migran por matrimonio. La migración para el matrimonio, principalmente, pero no exclusivamente, afecta a las mujeres. Este fenómeno se observa en particular ya que tales disposiciones migratorias tienen el potencial de hacer las personas “vulnerables, debido a que su estatus legal está vinculado con el de” otra persona.⁴⁶
10. *Migrantes temporales legales*: El párrafo 1 no distingue entre migrantes en función de la duración de la estancia. Por tanto, “migrante” incluye a personas que tienen la intención de permanecer legalmente en el territorio de otro Estado temporalmente, porque estas personas tienen igual derecho a los derechos enumerados en la IMBR, incluyendo igual protección de la ley, debido proceso y protección contra la discriminación. Tales personas incluyen, por ejemplo, turistas; personas que realizan negocios por un período temporal, incluyendo inversionistas;⁴⁷ estudiantes y aprendices;⁴⁸ y artistas, presentes en el territorio de un Estado del cual no son ciudadanos o nacionales. Sin embargo, la duración y el propósito original de la estancia pueden servir como criterio relevante para la distinción en diversos contextos, como se menciona, por ejemplo, en el comentario al párrafo 4 del artículo 3. La IMBR también se aplica a migrantes irregulares que, durante cierto período, se encontraban en situación regular que excluye la protección de otros instrumentos internacionales (como estudiantes o turistas).

42 El término “forzoso” “no se debe limitar a la fuerza física, sino que incluye la amenaza de fuerza o coerción, como la causada por el temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra tal persona u otras personas, o aprovechando un entorno coercitivo” *Fiscalía vs. Krajisnik*, Caso No. IT-00-39-T, Sentencia, ¶ 729 (Trib. Penal Int’l. para la ex Yugoslavia, 27 de septiembre de 2006).

43 Estos migrantes incluyen a personas desplazadas forzosamente que han buscado refugio debido a violaciones de derechos humanos “económicos, sociales y/o culturales, donde las víctimas perciben que la supervivencia en condiciones mínimamente aceptables está en riesgo o es imposible” o cuyas solicitudes aún no han sido presentadas, han sido rechazadas o se consideran inadecuadas, pero todavía están presentes en un país en el que no son ni ciudadanos, ni nacionales, ni residentes habituales. P.A. Taran, *Derechos Humanos de los Migrantes: Desafíos de la Nueva Década*, en *LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES* 29 (Migración Internacional, Vol. 38 (6), 2000).

44 El artículo 1 incorpora la definición del Convenio de 1954 sobre Apatridia, que estipula que “el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.” *Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas*, *supra* nota 31, en art. 1. Cabe señalar que los apátridas no abarcados por la IMBR tienen, en todo caso, derecho a todo el espectro de los derechos humanos consagrados en la DUDH y esbozados en instrumentos internacionales y nacionales, entre ellos la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Véase, *Convenio para Reducir los Casos de Apatridia de 1961*, art. 1, párr. 1, 30 agosto de 1961, 989 U.N.T.S. 175.

45 Estas personas incluyen, por ejemplo, residentes legales permanentes, inmigrantes reconocidos y prospectivos, residentes legales de larga duración no inmigrantes y otras personas con reconocido estatus permanente.

46 Nicola Piper & Margaret Satterthwaite, *Mujeres Migrantes*, en *DERECHO INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN: DESARROLLANDO PARADIGMAS Y PRINCIPALES RETOS*, 240, 49-51 (Ryszard Cholewinski, et al. eds., T.M.C. Asser Press 2007).

47 *Cfr.* CTM, *supra* nota 16, en el art. 3 (c) (excluyendo “las personas que residen en un Estado distinto de su Estado de origen como inversionistas” de los beneficios de la Convención).

48 *Cfr.* CTM, *supra* nota 16, en el art. 3 (c) (La IMBR reconoce a los “estudiantes y aprendices” como migrantes, a diferencia del artículo 3 (e) de la CTM, que excluye a estas dos categorías de migrantes).

11. *Trabajadores migratorios*: El párrafo 1 se aplica plenamente a los “trabajadores migratorios” e incorpora la definición de trabajador migratorio de la CTM.⁴⁹ La IMBR adopta una definición amplia de migrante para asegurar un nivel uniforme de tratamiento.
12. *Migrantes irregulares*: El párrafo 1 abarca a los inmigrantes que no están legalmente presentes en un Estado del cual no son nacionales o ciudadanos. Esas personas incluyen a los migrantes indocumentados, a los individuos con estatus vencido; individuos “que ingresan sin seguir los procedimientos de inmigración requeridos;”⁵⁰ personas “que ingresan como no-inmigrantes y luego permanecen más allá de los límites de su permiso para permanecer;”⁵¹ o personas que de otra forma carecen de la documentación requerida para permanecer. “Migrante” también se refiere a los migrantes irregulares que pueden ser traficados,⁵² tratados,⁵³ o de otro modo, ingresados irregularmente a un Estado del cual no son nacionales o ciudadanos. La entrada y presencia ilícita de un migrante dentro de un Estado no deroga automáticamente ni limita los derechos otorgados a todos los migrantes en la IMBR, a menos que se especifique lo contrario.
13. Definir quién califica como migrante pone en primer plano cuestiones importantes sobre los orígenes, destinos, patrones, volumen e intensidad de la migración global. A sabiendas de la complejidad de la migración internacional, la IMBR ha propuesto deliberadamente una definición amplia y abarcadora. En este contexto, la IMBR y el comentario sugieren un modelo dinámico para identificar diversos tipos de migración en un mundo global cambiante. La premisa subyacente del párrafo 1 es que los migrantes tienen derecho a la protección de los derechos humanos, independientemente de su nacionalidad, la causa de su migración, la legalidad o la irregularidad de su presencia o el carácter temporal o prolongado de su estancia.
14. El artículo 1 pone de manifiesto cuestiones importantes en cuanto a cuándo una persona deja de ser “migrante”. La designación de “migrante” deja de aplicarse cuando un migrante o bien vuelve a establecerse en su país de nacionalidad, ciudadanía o residencia habitual, o cuando el migrante se naturaliza en el Estado en el cual el migrante es residente y, por lo tanto, ya no encaja bajo la definición de migrante.⁵⁴
15. *Párrafo 2*: El lenguaje que aclara el alcance de la IMBR en el párrafo 2 está basado en la CTM.⁵⁵

49 CTM, *supra* nota 16, en art. 2 (“Se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.”). Bajo la CTM, la categoría de trabajadores migratorio incluye explícitamente a los trabajadores fronterizos; trabajadores de temporada; trabajadores marinos; trabajadores en una estructura marina “bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea[n] nacional[es]”; trabajadores itinerantes; trabajadores vinculado a un proyecto; trabajadores con empleo concreto; y trabajadores por cuenta propia. *Supra* nota 16, en art. 2.

50 David Weissbrodt, *Protección de los No-Ciudadanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en DERECHO INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN: DESARROLLANDO PARADIGMAS Y PRINCIPALES RETOS, 221, 229 (Ryszard Cholewinski, et al. eds., T.M.C. Asser Press 2007).

51 David Weissbrodt, *Protección de los No-Ciudadanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *supra* nota 49.

52 El Protocolo de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire busca distinguir entre las víctimas de trata y tráfico. 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, A.G. Res. 55/25, anexo III, U.N. AGRO, 55ª Sesión., Supp. No. 49, en 65, UN Doc. A/45/49 (Vol. I) (15 de noviembre de 2000). El artículo 3 del Protocolo “establece que los migrantes traficados han consentido a ser transportados—por lo general por una tarifa— y la relación con los traficantes termina a su llegada. Las personas víctimas de trata, aunque puedan consentir en el transporte, lo hacen bajo condiciones coercitivas y engañosas, haciendo el consentimiento inválido. Lo que es más importante, las víctimas de trata no son libres a su llegada. En cambio, siguen siendo explotados para obtener ganancias.” DAVID WEISSBRODT, *PROTECCIÓN DE LOS NO-CIUDADANOS*, 207 (2008). Véase también, Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 25 de julio de 1951, 96 U.N.T.S 271.

53 La trata de personas “implica el transporte de seres humanos con fines ilícitos, como la explotación sexual, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la explotación y otras actividades ilegales.” Weissbrodt, *Protección de los No-Ciudadanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *supra* nota 49, en 207. Véase también, Protocolo de Palermo, *supra* nota 16, en art. 3 (a).

54 La adquisición de la ciudadanía extranjera no implica la renuncia automática o implícita del derecho a la nacionalidad del país de origen de la persona. Véase, Comentario al artículo 13(7).

55 CTM, *supra* nota 16, en art. 1(2).

- 16.** El lenguaje amplio del párrafo 2 afirma que los derechos de los migrantes perduran todo el proceso migratorio. El proceso de migración incluye varias etapas de migración durante las cuales los migrantes pueden ser particularmente vulnerables a ciertos abusos. Durante la totalidad de la migración, un migrante puede pasar a través de o permanecer en el territorio o la custodia de varios Estados, o puede interactuar con Estados en lugares fuera de su territorio soberano, como la alta mar. El párrafo 2 aclara que el migrante es el poseedor de los derechos contenidos en la IMBR independientemente de su ubicación geográfica o relación con el soberano en cuestión.
- 17.** El párrafo 2 aplica la construcción de los derechos a todo el ciclo de vida de la migración. Si bien los países de destino tienen la obligación principal de salvaguardar los derechos de todas las personas en sus territorios, los abusos suelen comenzar en los países de origen, en particular en el proceso de contratación de trabajadores migrantes. La protección de los derechos de los migrantes como derechos humanos y laborales es también una responsabilidad compartida de los países de origen, de tránsito y de destino, y de la comunidad internacional en su conjunto.⁵⁶
- 18. Preparación para la migración y la salida:** El párrafo 2 se aplica plenamente al período durante el cual un migrante hace preparativos para migrar mientras está en el país de origen. En particular, el párrafo 2 trata de proteger a los migrantes durante la contratación de trabajadores migrantes.
- 19. Tránsito:** El párrafo 2 abarca a los migrantes en tránsito desde su país de origen hasta un país de destino, sin tener en cuenta la duración de la estancia en el país donde actualmente se encuentra un migrante. En este sentido, la IMBR intenta proteger en particular contra el abuso de migrantes durante el tráfico de personas, la trata de personas, y mientras están en tránsito por rutas particularmente inhóspitas o peligrosas.
- 20. Admisión:** En el párrafo 2 se aclara que los derechos contenidos en la IMBR siguen vinculados cuando un migrante solicita la admisión en un Estado. En este contexto, en particular, la IMBR pretende proteger contra la detención ilegal o la expulsión de los migrantes que buscan la admisión en un Estado.
- 21. Estancia en un Estado de acogida:** El párrafo 2 se aplica plenamente a toda la duración de la estancia de un migrante en un Estado de destino.
- 22. Repatriación:** El párrafo 2 también se aplica durante el proceso de repatriación voluntaria o involuntaria de migrantes. La IMBR busca proteger los derechos de los migrantes durante la expulsión o deportación y, en particular, durante la repatriación involuntaria de migrantes vulnerables, la transferencia de custodia de un migrante entre Estados y la repatriación que se lleva a cabo en lugares peligrosos, remotos o que ponen en peligro su vida.
- 23. Retorno al Estado de Nacionalidad:** El párrafo 2 también se aplica cuando un migrante ha regresado a un Estado de nacionalidad u origen. En particular, el retorno temporal a un país de nacionalidad, ciudadanía o residencia habitual no extingue los derechos adquiridos en el país receptor de retorno inminente. Los derechos adquiridos de un migrante no se pierden al regresar al país de nacionalidad, ciudadanía o residencia habitual. Esta disposición es especialmente relevante en el contexto de la migración cíclica.

56 Ryszard Cholewinski, *Los Derechos Humanos de los Migrantes: ¿El Amanecer de una Nueva Era?* 24 REVISTA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN DE GEORGETOWN 615 (2010).

ARTÍCULO 2

Dignidad Humana

Todo migrante tiene derecho a la dignidad, incluida su integridad física, mental y moral.

Comentario

1. La dignidad humana es un concepto fundamental en la DUDH.⁵⁷ El artículo 1 de la DUDH establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”⁵⁸ La Carta de las ONU también afirma la “dignidad y el valor de la persona humana” como un concepto básico.⁵⁹ Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos confirman la posición de la dignidad humana como la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. El PIDCP, el PIDESC y la CEDAW proclaman que los derechos que pretenden proteger “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.”⁶⁰ El artículo 70 de la CTM reconoce explícitamente el derecho de los migrantes a la dignidad humana.⁶¹ Numerosos instrumentos regionales de derechos humanos también otorgan explícitamente un derecho afirmativo a la dignidad humana.⁶²
2. El objetivo del artículo 2 es garantizar que los migrantes sean tratados con dignidad. El Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes enfatizó que el respeto de la dignidad de los migrantes es requerido por las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.⁶³ Físicamente, la dignidad significa que los migrantes, en virtud de su humanidad, deben ser “otorgados los requerimientos básicos para vivir como un ser humano que es valorado”⁶⁴. Psicológicamente, la dignidad significa que los migrantes no deben ser humillados ni tratados como si no tienen valor.⁶⁵ Por lo tanto, el concepto de dignidad humana requiere que el valor y la integridad de cada persona migrante sea respetado basándose en nuestra humanidad común. Las violaciones de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la vida, la libertad, el debido proceso, libertad de tortura y discriminación, pueden violar simultáneamente el derecho a la dignidad por su propia naturaleza.⁶⁶

57 DUDH, *supra* nota 1 (las referencias a la dignidad humana aparecen en el Preámbulo dos veces y en los artículos 1, 22 y 23).

58 DUDH, *supra* nota 1.

59 Carta de la ONU, pmbi.

60 Evadne Grant, *Dignidad e Igualdad*, 7 HUM.RTS. L. REV. 299, 303 (2007).

61 CTM, *supra* nota 16, en art. 70.

62 Véase, por ejemplo, Carta de Banjul, *supra* nota 9, en el art. 5 (“Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano...”); CADH, *supra* nota 12, en el art. 11 (“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad... Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”).

63 ONU. AGRO, 57ª Sess., U.N. Doc. A/57/292 (8 de agosto de 2002) (“la migración debe desarrollarse en un contexto de dignidad para los migrantes, reflejando las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.”).

64 Grant, *supra* nota 59, en 312.

65 *Id.*

66 Véase, por ejemplo, Pedro Miguel Vera Vera y Otros, Caso 11.535, Ecuador, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, doc. 5 rev. ¶ 37 (2010), disponible en <http://www.cidh.org/demandas/11.535%20Pedro%20Miguel%20Vera%20y%20otros%20Ecuador%2024%20febrero10%20ESP.pdf>. (“Entre los principios fundamentales en que se fundamenta la Convención Americana está el reconocimiento de que los derechos y libertades protegidos por ella derivan de los atributos de la persona humana. De este principio deriva el requisito básico que sustenta a la Convención en su conjunto, y al artículo 5 en particular, de que los individuos deben ser tratados con dignidad y respeto. En consecuencia, el artículo 5(1) garantiza a toda persona el derecho a que se respete su integridad física, mental y moral, y el artículo 5(2) exige que toda persona privada de su libertad sea tratada con el respeto inherente a la dignidad de la persona humana. Estas garantías presuponen que las personas protegidas por la Convención serán consideradas y tratadas como seres humanos individuales, particularmente en las circunstancias en que el Estado Parte se propone limitar o restringir los derechos y libertades más elementales de un individuo, como el derecho a la libertad.”)

ARTÍCULO 3

Igualdad ante la Ley

1. Todas las personas, incluyendo los migrantes, son iguales ante la ley. Todo migrante tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley sobre la misma base que los nacionales de cualquier Estado en el que el migrante esté presente.
2. La presente Carta de Derechos aplica a todos los migrantes sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicciones, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, nacimiento, género, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición.
3. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todos los migrantes protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política u otra opinión, origen nacional, étnico o social origen, nacionalidad, patrimonio, estado civil, discapacidad, nacimiento, género, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición.
4. Las distinciones en el trato hacia los migrantes son permisibles, incluyendo la regulación de admisión y exclusión, sólo cuando la distinción se hace en cumplimiento de un objetivo legítimo, la distinción tiene una justificación objetiva y existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos que se pretenden alcanzar.

Comentario

1. El artículo 3 enfatiza dos principios básicos e interrelacionados que subyacen a la protección de los derechos de los migrantes en la IMBR: la no discriminación y la igualdad ante la ley. El enunciado de la cláusula 1 del párrafo 1 subraya que los migrantes individuales son portadores de derechos, mientras que el resto del artículo 3 deja claro que la prohibición de no discriminación (tanto en virtud de las bases de la no discriminación en el párrafo 3 como en la prueba establecida en Párrafo 4) incluye y protege a los migrantes. Es importante destacar que el estándar para las distinciones permitidas para y entre los migrantes en el párrafo 2 crea una presunción que favorece la igualdad de protección de los migrantes sin sobrecargar indebidamente a los Estados.
2. La IMBR sigue la construcción de los instrumentos de derechos humanos al establecer un criterio general de no discriminación como ampliamente aplicable, al tiempo que permite explícitamente la variación en otros artículos.⁶⁷ Por lo tanto, el artículo 3 deberá ser leído como la regla de aplicación general a menos que sea específicamente desplazado en las circunstancias prescritas por un artículo posterior.
3. **Párrafo 1:** Que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante y a la protección de la ley, es un principio fundamental del derecho de los derechos humanos. Tanto la DUDH como el PIDCP reconocen los principios de igualdad e igual protección.⁶⁸ El principio de igual protección de la ley ha sido ampliamente afirmado en otros instrumentos de derechos humanos y en los órganos de tratados de derechos humanos;⁶⁹ sin embargo,

67 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, ¶ 2, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (11 de abril de 1986) (Un estándar más específico desplaza la norma general).

68 DUDH, *supra* nota 1, en art. 7 ("Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley."); PIDCP, *supra* nota 2, en art. 26 ("Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.").

69 CTM, *supra* nota 16, en art. 18 ("Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia."); CADH, *supra* nota 12, en art. 24; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en el art. 3.

la IMBR adopta un enunciado ligeramente diferente para el derecho a fin de hacer hincapié en que la igual protección de la ley debe garantizar, como mínimo, una protección a los migrantes sobre la misma base que los nacionales de un Estado.⁷⁰

4. *Igualdad*: El derecho a la igualdad, y específicamente la igualdad ante la ley, es un derecho a ser tratado igualmente y de manera no arbitraria, aun cuando la consecuencia jurídica específica de una ley o acción no implique un derecho humano independiente.⁷¹ También se deduce que, por regla general, las situaciones fácticas que involucran a los migrantes deben ser tratadas de manera consistente con aquellas que involucran a ciudadanos, así como a otros migrantes.⁷² Esto se aplica ampliamente—por ejemplo—, al exigir igualdad de acceso a los mecanismos de quejas penales y civiles; igualdad de acceso a los tribunales y procesos administrativos, incluido el registro de nacimientos; y la igualdad de acceso a los recursos e igualdad en la ejecución de las sentencias civiles y penales.⁷³

70 CTM, *supra* nota 16, en art. 18 (“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia.”); Consejo Económico y Social de las ONU, Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, *Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Derechos de los No Ciudadanos*, ¶ 50, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/ (5 de junio de 2002) (“En general, el derecho internacional de derechos humanos establece la igualdad de trato de los ciudadanos y no ciudadanos.”) [en adelante ECOSOC]; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Rep. Dom.*, ¶ 34, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.16 (12 de diciembre de 1997) (“El Comité insta a [los] Estado[s] Parte[s]... a que adopte[n] todas las medidas necesarias para garantizar que los inmigrantes haitianos en la República Dominicana gocen plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales, sin discriminación alguna.”).

71 MANFRED NOWAK, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: COMENTARIO AL PIDCP 465 (2d Rev. Ed., N.P. Engel 1993).

72 NOWAK, *supra* nota 70, en 467; *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶¶ 1-3, 7, 9; Ibrahim Gueye y Otros vs. Francia, Com. No. 196/1983 (3 de abril de 1989), ¶ 9.4, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40) en 189 (1989); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recopilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Recomendación 30 sobre la Discriminación contra los No Ciudadanos*, 189-90 ¶¶ 1, 3, 4, 6, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004); Consejo Económico y Social de las ONU, Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación: Los Derechos de los No Ciudadanos*, ¶¶ 21-23, Doc. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23 (26 de mayo de, 2003); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General XIV, Definición de Discriminación*, (Cuadragésimo segundo período de sesiones, 1993), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (27 de mayo de, 2008); *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶ 4.

73 Los contornos de la igual de protección de la ley, si bien auxiliados por el desarrollo de normas internacionales de derechos humanos que proporcionan diversos estándares mínimos de tratamiento, continúan la larga tradición jurídica internacional de reconocer la capacidad jurídica de los extranjeros. Véase, por ejemplo, ANDREAS HANS ROTH, EL ESTÁNDAR MÍNIMO DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICADO A LOS EXTRANJEROS, 131, n.1 (Leiden, A.W. Sijthoff 1949) (citando la Declaración del Instituto de Derecho Internacional de 1874 afirmando que la capacidad jurídica de los extranjeros “existe independamment, de toute stipulation des traites et de toute condition de reciprocite” (Existe independientemente de cualquier estipulación del tratado y de cualquier obligación de reciprocidad [cortesía], es decir, la capacidad jurídica es absoluta); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recopilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Recomendación 30 sobre la Discriminación contra los No Ciudadanos, supra* nota 71; Consejo Económico y Social de las ONU, Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación: Los Derechos de los No Ciudadanos, supra* nota 71; Alto Comisionado de los Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, ¶ 469, U.N. Doc. A/59/18-24 (2004); *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶ 4.

5. *Igual protección de la ley*: El derecho a la “igual protección de la ley” es un derecho a gozar de una protección real y efectiva de la ley. Este es un derecho dirigido a aquellos que promulgan leyes y reglamentos. Se exige que los Estados se abstengan de promulgar leyes discriminatorias y promulguen medidas afirmativas que garanticen una protección eficaz contra la discriminación a favor los migrantes (es decir, otorguen a los migrantes una igualdad sustantiva).⁷⁴ Por tanto, debe haber igualdad de aplicación de la legislación nacional tanto a los migrantes como a los ciudadanos, y la propia legislación en sí misma no debe ser discriminatoria.⁷⁵
6. *Sobre la misma base que los nacionales*: Dando el calificativo a la garantía de igual protección de la ley con el lenguaje de “sobre la misma base que los nacionales” se reafirma la importancia de garantizar la protección legal sin tener en cuenta la extranjería. En lugar de indicar que los migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales, esta cláusula subraya que los migrantes gozan de la misma protección que los nacionales para todos los derechos coexistentes. Cabe destacar que la IMBR no limita estas obligaciones a los derechos otorgados por la IMBR.⁷⁶
7. *Párrafo 2*: La restricción a las distinciones que los Estados pueden hacer al aplicar la IMBR a los migrantes es un instrumento esencial para asegurar que los Estados no apliquen la Carta de manera discriminatoria. Las restricciones del párrafo 2 reflejan restricciones similares a la aplicación del PIDCP en su artículo 2(1).⁷⁷ Este principio ha sido incluido ampliamente en otros instrumentos de derechos humanos, incluido el artículo 2 del PIDESC, el artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el artículo 14 del CEDH.⁷⁸ La IMBR sigue el lenguaje motivos enumerados de no distinción en la CTM,⁷⁹ al tiempo que añade los motivos de discapacidad y género, orientación sexual o identidad de género, para reflejar la progresión de la ley en años recientes.⁸⁰
8. *Párrafo 3*: La restricción del trato discriminatorio es un principio fundamental y complementario del régimen internacional de derechos humanos. Tanto la DUDH como el PIDCP prohíben la discriminación.⁸¹ El párrafo 3 dispone que los Estados se abstengan de discriminar contra o entre los migrantes sobre varias bases enu-

74 NOWAK, *supra* nota 70, en 468-69.

75 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 18: No Discriminación*, U.N.Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (10 de noviembre de 1989); RICHARD B. LILICH, *LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO* 46 (Manchester Univ. Press 1984).

76 Esto sigue principios generales de derechos humanos. Véase, por ejemplo, DUDH, *supra* nota 1, en pmb. ¶ 1 (“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”).

77 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 2(1) (“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”).

78 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 2; CADH, *supra* nota 12, en art. 1(1); CEDH, *supra* nota 8, en art. 53.

79 CTM, *supra* nota 16, en art. 1(1) (“La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”).

80 Véase, CDPD, *supra* nota 7; Véase, de forma general, *LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA: PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO* [en lo adelante *PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA*], disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>; *Joslin vs. Nueva Zelanda*, Com. No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214 (2002); *Jarvinen vs. Finlandia*, Com. No. 295/1988, ¶ 6.2, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/295/1988 (1990); *Observación General No. 15*, *supra* nota 66, ¶ 4.

81 DUDH, *supra* nota 1, en art. 7; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 26.

meradas;⁸² sin embargo, esta lista no debe considerarse exhaustiva. Se permite explícitamente la amplitud para abarcar la evolución de la costumbre internacional y de los derechos humanos. Esta formulación se hace eco de la obligación afirmativa que incumbe a los Estados tanto de promulgar leyes no discriminatorias, así como de trabajar para eliminar el efecto discriminatorio de todas las leyes y políticas.⁸³ Como debería quedar claro del carácter no exhaustivo de los motivos enumerados, esta obligación afirmativa no se limita a distinciones entre migrantes y nacionales. Incluye obligaciones afirmativas con respecto a todos los motivos reconocidos como constitutivos de discriminación per se, por ejemplo, con respecto a la discriminación basada en el sexo.⁸⁴

9. **Motivos enumerados:** La IMBR sigue la formulación de los motivos enumerados de no discriminación utilizados en la CTM.⁸⁵ Además de los motivos de discriminación prohibidos en el PIDCP, la CTM y la IMBR añaden “convicción,” “origen étnico,”⁸⁶ “nacionalidad,”⁸⁷ “estado civil,”⁸⁸ y “discapacidad.”⁸⁹ El párrafo 3 también añade los motivos considerados como “otras condiciones” bajo la CTM y el PIDCP, como la identidad de género y la orientación sexual, lo que refleja la progresión de la ley en los últimos años.⁹⁰
10. **Párrafo 4:** La IMBR agrega una prueba legal específica para hacer distinciones con y entre los migrantes. La norma jurídica adoptada en el párrafo 4 ordena una acción legítima, una justificación objetiva y una proporcionalidad razonable, distinguiendo así la discriminación prohibida y las distinciones legales. Al seleccionar esta norma, la IMBR crea una presunción a favor de los migrantes extraídos de los comentaristas y la jurisprudencia del TEDH,⁹¹ y rechaza explícitamente el criterio más deferente articulado por el Comité de Derechos

82 Véase, NOWAK, *supra* nota 70, en 459 (“La prohibición de la discriminación por razones de ciertas características personales ha llegado a ser el elemento más esencial en una estructuración sustantiva del principio de igualdad...”).

83 JAMES C. HATHAWAY, *LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL* 238-39 (Cambridge Univ. Press 2005); Véase también, NOWAK, *supra* nota 70, en 476-79 (discutiendo los comentarios del Comité del PIDCP sobre las medidas positivas (acciones afirmativas) para mitigar el efecto discriminatorio horizontal, como en el lugar de trabajo).

84 Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, U.N. Doc. A/49/38 (1994), disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

85 CTM, *supra* nota 16, en art. 7 (“Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”).

86 PIDESC, *supra* nota 2, en art. 1 (“Definiendo la discriminación racial para incluir la discriminación basada en el origen étnico); Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 2 (prohibiendo las distinciones basadas en el grupo étnico de los individuos).

87 *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶¶ 1-2 (“En general, los derechos reconocidos en el [PIDCP] son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. Así pues, la norma general es que los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados en el Pacto.”)

88 CEDAW, *supra* nota 16, en art. 1 (definiendo la discriminación prohibida para incluir las distinciones hechas sobre la base del estado civil).

89 CDPD, *supra* nota 7, en art. 5(2) (prohibiendo la discriminación por motivos de discapacidad); CDN, *supra* nota 6, en art. 2 (1) (prohibiendo la discriminación por motivos de discapacidad).

90 Véase, de forma general, PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, *supra* nota 79; *Joslin vs. Nueva Zelanda.*, *supra* nota 79; *Jarvinen vs. Finlandia*, *supra* nota 79, ¶ 6.2; *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶ 3.

91 GUY S. GOODWIN GILL, *EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL MOVIMIENTO DE PERSONAS ENTRE LOS ESTADOS* 78 (Oxford Univ. Press 1978) (citando el voto disidente del juez Tanaka en los Casos del Sudoeste Africano y la decisión del TEDH en los casos de Lingüística Belga). Véase también, Joan Fitzpatrick, *Los derechos humanos de los migrantes*, en *MIGRACIÓN Y NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES* 172, 176 (T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail eds., T.M.C. Asser Press 2003); SARAH JOSEPH, JENNY SCHULTZ Y MELISSA CASTAN, *EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: CASOS, MATERIAL Y COMENTARIO* 700-28 (2d ed., Oxford Univ. Press 2004).

Humanos de la ONU en la Observación General 18.⁹² El estándar emana directamente de los principios de igualdad y no discriminación, como fue sugerido por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 15.

11. La IMBR selecciona explícitamente un estándar para las distinciones en el extremo más protector de la actual práctica estatal y el *opinio juris*. La prueba representa el compromiso óptimo entre proteger las funciones soberanas y salvaguardar el bienestar de los migrantes. Al seleccionar una prueba que dependa de la legitimidad y la proporcionalidad, la IMBR afirma que los derechos de los migrantes se derivan de su dignidad humana fundamental y condición de personas ante la ley, así como de sus vínculos con la comunidad del Estado de acogida.
12. **Regulación de Admisión y Exclusión:** La IMBR no limita el poder soberano de los Estados de controlar la admisión de no ciudadanos en sus fronteras ni de formular políticas de inmigración,⁹³ siempre y cuando el ejercicio de esas facultades sea razonable.⁹⁴ Así, el estándar reconoce que los Estados tienen permitido y pueden hacer tales distinciones, y rechaza cualquier noción de que los Estados requieran un “margen de apreciación” explícito.⁹⁵ De hecho, la IMBR permite a los Estados hacer distinciones razonables con y entre los migrantes a la luz de los objetivos de la política exterior sobre la base de la seguridad nacional.⁹⁶ Este estándar establece un equilibrio entre las necesidades y los derechos de los Estados y la necesidad de proteger los derechos de los migrantes.
13. **Objetivo legítimo:** El lenguaje de la IMBR que permite sólo aquellas distinciones basadas en un objetivo legítimo debe leerse en referencia a las normas internacionales y regionales, así como a las normas y protecciones nacionales (es decir, no sólo los derechos dentro de la IMBR o los tratados internacionales básicos de derechos humanos).⁹⁷ El estándar no requiere que las distinciones sólo se realicen de conformidad con la ley, aunque los requisitos más amplios de igual protección de la ley generalmente lo hacen. Por lo tanto, la IMBR limita tanto la acción discrecional como no discrecional del Estado.
14. **Objetividad y Proporcionalidad Razonable:** La IMBR requiere además que los Estados actúen de una manera que esté objetivamente relacionada y refleje una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y

92 La Observación General 18 no menciona la proporcionalidad. *Observación General No. 18, supra* nota 74, ¶ 13. Véase también, David A. Martin, *La Autoridad y Responsabilidad de los Estados*, en *MIGRACIÓN Y NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES* 31, 35 (T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail, eds., TMC Asser Press 2003).

93 Véase, por ejemplo, Martin, *supra* nota 91 (discutiendo James AR Nafziger, *Admisión General de Extranjeros bajo Derecho Internacional*, 77 AM J. INT'L L. 803 (1983) (sugiriendo que los Estados pueden mantener regímenes migratorios que den preferencia sobre la base de, por ejemplo, el estatus económico)).

94 Consejo Económico y Social de las ONU, Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, *Prevención de la Discriminación: Los Derechos de los No Ciudadanos, supra* nota 72, ¶ 21; Comité de Derechos Humanos, Shirin Aumeeruddy-Cziffra y 19 Otras Mujeres de Mauricio vs. Mauricio, No. R.9/35, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) en 134, ¶¶ 9.2(b)2(ii)2-9.2(b)2(ii)3 (1981); Abdulaziz vs. Reino Unido., Aplicación No. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 7 TEDH, Rep. 471, 499 (1985).

95 Gaygusuz vs. Austria, Aplicación No. 17371/90, 23 TEDH, Rep. 364, 381-82 (1996) (señalando la doctrina del margen de apreciación, pero también indicando que los Estados deben proporcionar “razones muy importantes” para beneficiarse de ella; sosteniendo que las distinciones en la asistencia de vivienda de emergencia entre la comunidad austriaca y la comunidad de no nacionales europeos son discriminatorias a pesar de la afirmación del Estado de responsabilidad especial para los ciudadanos). Véase también, *Observación General No. 15, supra* nota 666, ¶ 5; Poirrez vs. Francia, Aplicación No. 40892/98, 40 TEDH, Rep. 2, 38, 46, 47 (2003) (reclamación de prestaciones por discapacidad por parte de un ciudadano de Costa de Marfil residente en Francia); Abdulaziz, 7 TEDH, Rep., 499; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, Corte IDH. (Ser. A) No. 4, ¶ 62 (19 de enero de 1984).

96 Véase, Martin, *supra* nota 91, en 33 (discutiendo la función soberana tradicional e históricamente fundamental de regular la admisión de extranjeros).

97 Incluyendo, por ejemplo, las obligaciones en virtud de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y el Protocolo de 1967.

el objetivo legítimo perseguido. Esta prueba es intencionalmente específica al contexto.⁹⁸ Fundamentalmente, la IMBR debe ser interpretada de modo que se cree una continuación de distinciones razonables y proporcionales.⁹⁹ Lo más importante es que, a medida que aumenta el contacto y la conexión del migrante con el Estado de acogida, cualquier distinción que se haga debe tender a un trato más favorable. En consecuencia, los migrantes con menos contacto o conexión con el Estado de acogida pueden recibir un trato menos favorable, siempre y cuando el tratamiento que reciban cumpla con las disposiciones de esta Carta y otras protecciones de derechos humanos. Así, un Estado puede, por ejemplo, tener en cuenta la conexión de larga data de determinadas clases de migrantes (o de migrantes individuales) al Estado al otorgar beneficios.¹⁰⁰ El estándar tampoco prohíbe un trato más favorable *per se*, como las medidas adoptadas por un Estado para proteger a un determinado grupo nacional en una época de desastre natural en el Estado de origen.¹⁰¹

ARTÍCULO 4

Migrantes Vulnerables

1. Todo migrante vulnerable tiene derecho a la protección y asistencia requerida por la condición y el estatus del migrante, y a un trato que tenga en cuenta las necesidades especiales del migrante.
2. En todas las medidas concernientes a los niños migrantes, el interés superior del niño será una consideración primordial. Los Estados se comprometerán a garantizar al niño migrante la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y asegurar al niño migrante que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
3. Los Estados tomarán en todas las esferas todas las medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres migrantes, con el objeto de garantizarles el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre la base de la igualdad de condiciones con el hombre, incluyendo la provisión de protección especial durante el embarazo.
4. Los Estados se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, incluyendo la adopción de medidas pertinentes para permitir que los migrantes con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Comentario

1. El artículo 4 establece que los migrantes especialmente vulnerables tienen derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un trato que tenga en cuenta sus necesidades especiales y su condición jurídica.

98 Joseph *et. al.*, *supra* nota 90, en 700.

99 Véase, Martin, *supra* nota 91, en 35.

100 Véase, por ejemplo, CARTA DE DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES, art. 10, 28 REVISTA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN DE GEORGETOWN 17 (prevé que los Estados tendrán en cuenta la conexión sustancial al crear oportunidades de alivio migratorio de deportación).

101 Por ejemplo, la práctica de otorgar protección temporal a los migrantes independiente de las obligaciones de no devolución (*non-refoulement*). Dicha medida entraría dentro de los límites de la prueba jurídica y, por lo tanto, no sería discriminatoria.

ca. El otorgamiento de protección especial a algunos grupos de migrantes no viola el principio de igualdad, ya que las situaciones objetivamente distintas no deben ser tratadas de manera equitativa y deben tenerse en cuenta las vulnerabilidades específicas.¹⁰² El derecho de los derechos humanos se ocupa de las necesidades especiales de ciertas categorías de personas en instrumentos específicos, incluidas las protecciones para los niños,¹⁰³ mujeres,¹⁰⁴ y personas con discapacidad.¹⁰⁵ El artículo 4 refuerza estas protecciones existentes. Cuando se lee conjuntamente con el resto de la IMBR, el artículo 4 extiende un derecho a la protección y a un trato especial a todos los migrantes vulnerables, incluidos los migrantes que son vulnerables de maneras múltiples e intersectorial, al ejercitar los derechos contenidos aquí.¹⁰⁶

2. **Párrafo 1:** El párrafo 1 se adapta al Principio 4(2) de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Mientras que los párrafos 2 al 4 enumeran las obligaciones de los Estados con respecto a los migrantes vulnerables en particular—niños migrantes, mujeres migrantes y migrantes con discapacidades—los derechos enunciados en el párrafo 1 se aplican a todos los migrantes vulnerables.
3. **Orígenes del párrafo 2:** Los artículos 3(1), 3(2) y 12(1) de la CDN estipulan que los derechos contenidos en el párrafo 2 se aplican a todos los niños, incluidos los niños migrantes.¹⁰⁷ El Artículo 7 de la CDPD afirma que los niños con discapacidades, incluidos los niños migrantes con discapacidad, poseen los derechos enunciados en el párrafo 2.¹⁰⁸
4. **Orígenes del párrafo 3:** El párrafo 3 es una adaptación de los artículos 3 y 11(2)(d) de la CEDAW.¹⁰⁹ El artículo 6 de la CDPD afirma estos derechos para las mujeres con discapacidades, incluidas las mujeres migrantes con discapacidades.¹¹⁰
5. **Orígenes del párrafo 4:** El párrafo 4 aplica los artículos 4 y 9 de la CDPD específicamente a los migrantes con discapacidades.¹¹¹ A través del párrafo 4, la IMBR también enfatiza todos los principios de la CDPD, enumerados en el artículo 3 de la CDPD.¹¹²

ARTÍCULO 5

Vida

El derecho a la vida es inherente a todo migrante. Este derecho estará protegido por la ley. Ningún migrante podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

102 Kalin, *supra* nota 11, en 22.

103 CDN, *supra* nota 6.

104 CEDAW, *supra* nota 16.

105 CDPD, *supra* nota 7.

106 Véase, Informe del Relator Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, ¶¶ 12-108, A/HRC/17/26/Add.1-5 (2 de mayo de 2011).

107 CDN, *supra* nota 6, en arts. 3(1), 3(2), 12(1).

108 CDPD, *supra* nota 7, en art. 7.

109 CEDAW, *supra* nota 16, en arts. 3, 11(2)(d). Véase también, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 26 sobre Las Trabajadoras Migrantes*, UN Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R (5 de diciembre de 2008).

110 CDPD, *supra* nota 7, en art. 6.

111 CDPD, *supra* nota 7, en arts. 4(1), 9(1).

112 CDPD, *supra* nota 7, en art. 3.

Comentario

1. El derecho a la vida es un derecho fundamental de todas las personas, codificado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 5 de la IMBR crea una responsabilidad afirmativa por parte de los Estados de no privar a los migrantes del derecho a la vida.
2. En el contexto de la migración, el derecho a la vida está amenazado por numerosos factores y en una variedad de contextos. Los migrantes en tránsito entre países se enfrentan condiciones adversas y rutas peligrosas, como resultado de condiciones climáticas extremas y el clima, así como vehículos, embarcaciones y otros medios de transporte inseguros o sobrepoblados.¹¹³ Los migrantes detenidos sufren amenazas a su salud y seguridad, debido al aislamiento, condiciones inseguras y falta de acceso a la atención de la salud.¹¹⁴ Otras razones para manifestar el derecho a la vida en el contexto de la migración incluyen: delitos de odio contra los migrantes; muertes durante el tráfico, el vuelo, el cruce de fronteras, o de otra manera cuando se busca entrada; y violaciones del derecho a la vida por parte de las autoridades fronterizas u otras fuerzas gubernamentales. El artículo 5 de la IMBR crea una responsabilidad afirmativa de los Estados de proteger la vida de los migrantes, así como los Estados tienen la responsabilidad de proteger la vida de todas las personas sujetas a su jurisdicción.
3. El lenguaje del párrafo 1 se extrae directamente del artículo 6 del PIDCP.¹¹⁵ El derecho a la vida está también enumerado en otros instrumentos internacionales, incluida la DUDH,¹¹⁶ la CTM,¹¹⁷ y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.¹¹⁸

ARTÍCULO 6

Libertad y Seguridad Personal

1. Todo migrante tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Ningún migrante podrá ser arbitrariamente arrestado, detenido, o privado de su libertad de alguna otra forma.
2. Los Estados garantizarán que la privación de la libertad sólo ocurra de acuerdo con y según lo autorizado por ley y sólo cuando se determine que es necesaria y razonable en todas las circunstancias, así como proporcional a un objetivo legítimo. Los Estados debe poner fin a la detención de los niños sobre la base de su condición migratoria.

113 María Jiménez, *Crisis Humanitaria: Muertes de Migrantes en la Frontera México-Estados Unidos*, ACLU de San Diego y Condados Imperiales y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (octubre de 2009) (estimando que las muertes de migrantes en la frontera sur de los EE.UU. van de 3,861 a 5,607 muertes. Aunque la patrulla fronteriza de los Estados Unidos realiza operaciones de búsqueda y rescate de migrantes, ha habido preocupaciones de que haya habido tanto una disminución en el número de rescates como un aumento en el número de muertes en los últimos años). Véase, por ejemplo, *Muertes de migrantes en Europa: Número récord de migrantes muertos mientras trataba de alcanzar el continente*, dice ONU, HUFFINGTONPOST.COM, http://www.huffingtonpost.com/2012/01/31/europe-migrant-deaths_n_1244132.html (visitado por última vez el 21 de julio de 2012) (migrantes en todo el mundo han perecido tratando de llegar a destinos finales).

114 Will Matthews, *Detención Migratoria: Una Sentencia de Muerte para Demasiados*, ACLU BLOG DE DERECHOS (Oct. 24, 2011, 2:35PM), <http://www.aclu.org/blog/immigrants-rights/immigration-detentiondeath-sentence-far-too-many>.

115 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 6.

116 DUDH, *supra* nota 1, en art. 3.

117 CTM, *supra* nota 16, en art. 9.

118 Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, *supra* nota 23, en Principio 10.

3. La detención sólo se utilizará como una medida de último recurso y su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias. La detención sólo deberá ocurrir sobre la base de una determinación individualizada de la necesidad de la detención, y el migrante tendrá derecho a apelar las condiciones, la legalidad, y la duración de la detención.
4. Todo migrante privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
5. Todo migrante que haya sido víctima de detención o prisión ilegal tendrá derecho a exigir una indemnización.

Comentario

1. El artículo 6 afirma varios elementos fundamentales del derecho a la libertad y la seguridad de la persona en relación con la detención u otras privaciones de la libertad de los migrantes. El párrafo 1 afirma un principio básico del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. En este párrafo está implícita la presunción de no detención. El párrafo 2 reproduce las protecciones procesales básicas contra la detención arbitraria. El párrafo 3 protege aún más contra la detención arbitraria y condiciona explícitamente la capacidad del Estado para detener a los migrantes. El párrafo 4 incorpora el respeto de la dignidad en las condiciones de detención. El párrafo 5 establece una indemnización por las violaciones de estos derechos.
2. El derecho de los migrantes a la libertad y la seguridad de la persona es violado con alarmante frecuencia. Los Estados utilizan cada vez más la detención en la frontera, la aplicación de las leyes penales y otras formas de detención o privación de libertad para castigar a los migrantes irregulares.¹¹⁹ En algunos casos, incluidos múltiples casos de migrantes apátridas o cuando no hay relaciones diplomáticas entre el Estado de acogida y el país de origen, la incapacidad de un Estado para expulsar a los migrantes puede convertir la detención en indefinida¹²⁰ Además, el uso de sanciones penales en lugar de, o para reforzar, la implementación de sanciones administrativas a las violaciones de la ley de inmigración, es cada vez más preocupante.¹²¹ El artículo 6 intenta, por tanto, codificar aquellas protecciones fundamentales necesarias para asegurar una protección adecuada de los derechos de los migrantes cuando son detenidos o privados de libertad.
3. **Párrafo 1:** El párrafo 1 se basa en los derechos a libertad y seguridad personal,¹²² así como en la prohibición de la detención arbitraria. Se aplica independientemente de la condición jurídica.¹²³ La redacción de la IMBR se adapta directamente del artículo 9 (1) del PIDCP.¹²⁴ Esta elección de lenguaje afirma una presunción de libertad y establece la no detención como norma.
4. La finalidad del párrafo 1 es afirmar que la migración sola es una base insuficiente para privar a los migrantes de libertad y que la detención ilegal es incompatible con el derecho humano de libertad y seguridad de la persona. Estos principios están codificados tanto en la Carta de la ONU como en la DUDH.¹²⁵ Para salvaguardar los derechos y la autonomía de los migrantes, la IMBR afirma una presunción de no detención, promueve la libertad y la seguridad de la persona migrante, e incluye límites cuidadosamente restringidos para proteger los intereses de los Estados soberanos.

119 Véase, por ejemplo, A.G. Res. 63/184, U.N. Doc. A/RES/63/184 (17 de marzo de 2009).

120 Véase, por ejemplo, Katherine Perks y Jarlath Clifford, *El Limbo Legal de la Detención*, 32 MIGRACIÓN FORZADA REV. 42 (2009).

121 Véase, por ejemplo, Navanethem Pillay, Discurso de apertura en el Panel de discusión sobre "Derechos Humanos de los Migrantes en Centros de Detención" (17 de septiembre de 2009), disponible en inglés en <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/HCStatementPanelMigrants.pdf>.

122 Shyla Vohra, *Detención de migrantes irregulares y solicitantes de asilo*, en DERECHO INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN 49, 49-51 (Ryszard Cholewinski et al., Eds., 2007).

123 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 9; DUDH, *supra* nota 1, en art. 9.

124 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 9(1).

125 Vohra, *supra* nota 121, en 53.

5. **Párrafo 2:** El párrafo 2 se deriva del artículo 9(1) del PIDCP e incluye los requisitos de no arbitrariedad y equidad procesal. La prohibición de la detención arbitraria es un derecho procesal que obliga a los Estados a definir con precisión los casos en que la privación de libertad es permisible.¹²⁶ Impone una obligación legal tanto para los legisladores como para los que hacen cumplir las leyes.¹²⁷ El estándar general para determinar la arbitrariedad es que la acción debe ser razonable y necesaria en todas las circunstancias, y no debe infringir el derecho nacional o internacional, incluida la IMBR.¹²⁸
6. El párrafo 2 subraya que los Estados no deben detener a los niños por razones relacionadas con la migración. La detención basada en su estatus migratorio o el estatus migratorio de los padres no está en el mejor interés del niño y es una violación de la CDN.¹²⁹ Los Estados deberían implementar alternativas a la privación de libertad, tales como el Modelo de Evaluación y Colocación en la Comunidad con Sensibilidad Infantil. Los Estados no deben tampoco detener a otros grupos o individuos vulnerables.¹³⁰
7. **Párrafo 3:** Los derechos enunciados en el párrafo 3 se derivan del derecho a estar libre de detención arbitraria enunciado en los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del PIDCP.¹³¹ El párrafo 3 establece la presunción a favor de la libertad¹³² al exigir que la detención ocurra sólo como medida de último recurso.¹³³ El párrafo 3 también requi-

126 NOWAK, *supra* nota 70, en 160 (señalando que, si bien es un derecho procesal, la libertad de la persona está vinculada a la libertad de circulación y, por lo tanto, sólo está implicada cuando se ha limitado esa libertad).

127 NOWAK, *supra* nota 70, en 172.

128 NOWAK, *supra* nota 70, en 172 (citando a VanAlphen vs. Países Bajos, Com. No. 305/1988, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/525414304.html> (considerando que si bien una detención en particular era lícita, no era razonable ni necesaria en todas las circunstancias y, por tanto, era arbitraria, ponderando el riesgo de huida, la interferencia con las pruebas, el riesgo de nuevas conductas delictivas, etc.), señalándose que la detención no puede justificarse por una ley doméstica que viole los estándares internacionales mínimos vinculantes). Véase, Joseph et al., *supra* nota 90, en 342 (citando A. vs. Australia, Com. No.560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1395.pdf?view=1>).

129 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6 sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, ¶ 61, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (1 de septiembre de 2005), disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>; Comité de los Derechos del Niño, *Informe del Día de Discusión General de 2012: Los Derechos de Todos los Niños en el Contexto de la Migración Internacional*, ¶¶ 32, 78 (28 de septiembre de 2012), disponible en inglés en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendations.pdf> [en adelante Día de Discusión General 2012]. Véase también, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, *Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluyendo el Derecho al Desarrollo*, Consejo de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/HRC/11/7 (14 de mayo de 2009), disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/132/26/PDF/G0913226.pdf?OpenElement>; Secretario General de la ONU, Nota a la Asamblea General, transmitiendo el Informe sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del Relator Especial, U.N. Doc. A/64/213 (3 de agosto de 2009).

130 COALICIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DETENCIÓN [IDC], *INFANCIA CAPTURADA* capítulo 6 (2012) disponible en inglés en <http://idccolalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured-Childhood-FINAL-June-2012.pdf>. Véase también, Día de Discusión General 2012, *supra* nota 128, ¶ 35.

131 PIDCP, *supra* nota 2, en arts. 9(1), 9(4).

132 Consejo de Derechos Humanos, Reporte del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, ¶¶ 6, 82, U.N. Doc. A/HRC/10/21 (16 de febrero de 2009), disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.21_sp.pdf [en adelante, Informe del GTDA de 2009]; Consejo de Europa: Comité de Ministros, *Directrices sobre la Protección de los Derechos Humanos en el Contexto de los Procedimientos Acelerados de Asilo* (1 de julio de 2009), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4a857e692.html>. Véase también, Agencia de la ONU para los Refugiados, Comité Ejecutivo, Detención de Refugiados y Solicitantes de Asilo, EXCOM Conclusión No. 44 (XXXVII) ¶ (b) (13 de octubre de 1986), <http://www.unhcr.org/print/3ae68c43c0.html> Agencia de la ONU para los Refugiados, Comité Ejecutivo, Expulsión, EXCOM Conclusión No. 7 (XXVIII) ¶ (e) (12 de octubre de 1977), <http://www.unhcr.org/print/3ae68c4320.html>; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Bahamas, ¶ 17 ¶ 17, U.N. Doc. CERD/C/64/CO/1 (28 de abril de 2004); Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 180, ¶ 90 (6 de mayo de 2008); Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 170, ¶ 53 (21 de noviembre de 2007); Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 218, ¶ 116, 166-71 (23 de noviembre de 2010).

133 Consejo de Derechos Humanos, Reporte del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ¶¶ 58-59, U.N. Doc. A/

ere que la detención no se continúe más allá del período para el cual el Estado puede proporcionar una justificación apropiada.¹³⁴ La detención indefinida con fines migratorios no es lícita en virtud del derecho internacional.¹³⁵ Debe señalarse que la duración excesiva de la detención o la incertidumbre en cuanto a su duración, también plantean cuestiones de trato cruel, inhumano o degradante.¹³⁶

8. Al optar privar a un migrante de libertad, los Estados deben considerar primero si medidas menos intrusivas, como las alternativas a la detención institucional, bastarían para alcanzar fines legítimos.¹³⁷ Sin embargo, las privaciones de libertad en el contexto de alternativas a la detención institucional deben ser también congruentes con los requisitos del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. Las limitaciones menores a la libertad deben ser compatibles con los requerimientos del derecho a la libertad de circulación, protegido por el artículo 12 del PIDCP.¹³⁸
9. El párrafo 3 también otorga a los migrantes el derecho a impugnar la detención.¹³⁹ La cláusula 2 del párrafo 3 es una síntesis de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del PIDCP.¹⁴⁰ Por consiguiente, impone una obligación a los Estados y otorga un derecho específico a los migrantes. También incorpora implícitamente otro comentario que ha subrayado el vínculo entre la personalidad jurídica (como expresión fundamental de la libertad) y las prohibiciones sobre la detención arbitraria y el derecho de habeas corpus derivado del derecho anglosajón.¹⁴¹ Esta restricción se aplica a todas las formas de detención, incluida la detención en la frontera, y no sólo la detención relacionada a la deportación.
10. **Párrafo 4:** El párrafo 4 se basa fundamentalmente en el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴² El PIDCP hace una aplicación específica de la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes para el derecho a las personas detenidas de ser tratadas con humanidad

HRC13/30 (18 de enero de 2010) [en adelante, Informe del GTDA de 2010]; (Reconociendo “el derecho soberano de los Estados a regular la migración”, pero advirtiendo que “la detención migratoria debería ser gradualmente abolida... Si debe haber detención administrativa, el principio de proporcionalidad exige que sea el último recurso”).

134 A vs. Australia, Com. No. 560/1993, ¶ 9.4, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 de abril de 1997), *disponible en* <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1395.pdf?view=1>.

135 *Id.*

136 El Comité contra la Tortura ha advertido reiteradamente contra el uso de la detención prolongada o indefinida en el contexto de la migración. Comité Contra la Tortura, Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: Suecia, ¶ 12, U.N. Doc. CAT/C/SWE/CO/5 (4 de junio de 2008) (la detención debe hacerse por el menor tiempo posible); Comité Contra la Tortura, Observaciones Finales del Comité Contra la Tortura: Costa Rica, ¶ 10, U.N. Doc. CAT/C/CRI/CO/2 (7 de julio de 2008) (expresando preocupación por no limitar la duración de las detenciones administrativas de los no nacionales y recomendando “que el Estado Parte establezca un período legal máximo para la detención para casos en espera de deportación, que en ningún caso debe ser indefinida.”).

137 C. vs. Australia, Com. No. 900/1999, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/900/1999 (23 de noviembre de 2002); Véase, COALICIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DETENCIÓN, HAY ALTERNATIVAS: MANUAL PARA PREVENIR LA DETENCIÓN MIGRATORIA INNECESARIA (2011), *disponible en* <http://idcoalition.org/publication/altview/there-are-alternatives-revised-edition/Resumen%20en%20espa%C3%B1ol/>.

138 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 12; CEDH, *supra* nota 8, en art. 2; CADH, *supra* nota 12, en art. 22; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 12; Liga de los Estados Árabes, Carta Árabe de Derechos Humanos, en art. 24, 22 de mayo de 2004, reimpresso en 12 Rep. Ders. Hums. Int'l. 893 (2005) (entró en vigor el 15 de marzo de 2008) [en adelante Carta Árabe].

139 GUY S. GOODWIN-GILL, EL REFUGIADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL 97 (1983) (“La norma del derecho internacional exige que se disponga de algún procedimiento que permita cuestionar la legalidad subyacente de la acción ejecutiva, como el recurso de habeas corpus en las jurisdicciones de derecho anglosajón”, citando los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte para la proposición de que el PIDCP “encarna y cristaliza” las normas preexistentes de costumbre internacional).

140 PIDCP, *supra* nota 2, en arts. 9(1), 9(4).

141 Hamdi vs. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 555 (2004) (Scalia, J., disidente) (“Para hacer que la detención sea lícita, debe ser, por procedimiento de los tribunales judiciales o por orden judicial de algún funcionario legal, con autoridad para someter a detención; cual orden debe ser por escrito, bajo la firma y el sello del magistrado, y expresar las causas del internamiento, para ser examinada (si es necesario) en un *habeas corpus*.”) (citando 1 W. BLACKSTONE, COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES DE INGLATERRA 131-133 (1765)).

142 CCT, *supra* nota 5, en art. 16; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 7; CEDH, *supra* nota 8, en art. 3; CADH, *supra* nota 12, en art. 5(2); Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 5.

y respeto por su dignidad humana.¹⁴³ Los estándares sobre las condiciones de detención están contenidos en varias autoridades internacionales.¹⁴⁴ Las Directrices Revisadas del ACNUR sobre la Detención de los Solicitantes de Asilo exigen asimismo que las condiciones de detención de cualquier solicitante de asilo privado de libertad sean humanas y con respeto a la dignidad inherente a la persona.¹⁴⁵

11. Incluso cuando las privaciones de la libertad de los migrantes puedan justificarse con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, se imponen restricciones adicionales a los Estados en lo que respecta a las condiciones de detención y el trato de los detenidos. En consecuencia, las instalaciones que albergan a los migrantes deben ser lo suficientemente limpias, seguras y saludables como para cumplir con las obligaciones de un trato humano, así como a ser libre de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴⁶ Las privaciones de libertad no deben ser punitivas en su naturaleza, y los migrantes sujetos a detención administrativa no deberían ser colocados en centros penitenciarios.¹⁴⁷ Para ser compatibles con la dignidad humana, las condiciones de detención no deberían someter a los detenidos a un nivel de sufrimiento más allá de lo inherente a la detención.¹⁴⁸ Además, el efecto acumulativo de una serie de malas condiciones puede conducir a una violación de la prohibición contra tratos crueles, inhumanos y degradantes.¹⁴⁹
12. *Hacinamiento*: Uno de los obstáculos más frecuentes al respeto de la dignidad humana y a la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes y otros malos tratos en los lugares de detención es el hacinamiento.¹⁵⁰ El párrafo 4 prohíbe el hacinamiento severo y el hacinamiento menos severo cuando se da en conjunción con otras malas condiciones de detención.¹⁵¹
13. *Acceso a atención médica*: El derecho a la salud para todos los migrantes, previsto en el artículo 21, también se aplica a los migrantes privados de libertad. La atención médica inadecuada o la falta de acceso a los medicamentos esenciales para los migrantes privados de libertad también pueden violar la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes y el párrafo 4. Por último, las medidas de seguridad aplicadas durante el tratamiento médico también deben ajustarse a las prescripciones del párrafo 4.¹⁵²

143 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 10(1); Véase también, CADH, *supra* nota 12, en art. 5(2); Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 5; Carta Árabe, *supra* nota 137, en art. 20.

144 Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955), *disponible en* <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención, A.G. Res. 43/173, U.N.Doc. A/RES/43/173 (9 de diciembre de 1988); Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, A.G. Res. 45/113, U.N. Doc. A/RES/45/113 (14 de diciembre de 1990); Reglas de la ONU para el tratamiento de las mujeres reclusas y medidas no privativas de la libertad de las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), A.G. Res. 65/229, U.N. Doc. A/RES/65/229 (16 de marzo de 2011).

145 Agencia de la ONU Para los Refugiados, Directrices sobre la detención: Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención (2012), <http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/pendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51e3b3244>.

146 CCT, *supra* nota 5, en art. 16; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 7; CEDH, *supra* nota 8, en art. 3; CADH, *supra* nota 12, en art. 5; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 8.

147 Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la Unión Europea, CIDH, Resolución 03/08 (25 de julio de 2008).

148 S.D. vs. Grecia, Aplicación. No. 53541/07, TEDH, ¶ 45 (2011); M.S.S. vs. Bélgica, Aplicación. No. 30696/09, 53 TEDH. Rep. 2, 72 (2011); Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 112, ¶¶ 151-55 (2 de septiembre de 2004).

149 Dougoz vs. Grecia, Aplicación. No. 40907/98, 29 TEDH Rep. CD147 (2011); Z.N.S. vs. Turquía, Aplicación No. 21896/08 TEDH (2010); Charahili vs. Turquía, App. No. 46605/07, 55 TEDH. Rep. 11 (2010); M.S.S. vs. Bélgica, 53 TEDH. Rep. en 73-74.

150 Relator Especial sobre la Tortura, los Derechos Civiles y Políticos, incluidas las Cuestiones de Tortura y Detención: Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Consejo de Derechos Humanos, ¶ 49, U.N. Doc. E/CN.4/2004/56 (23 de diciembre de 2003).

151 Orchowski vs. Polonia, Aplicación No. 17885/04 TEDH, ¶¶ 122-23 (2009), *disponible en inglés en* <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/ORCHOWSKI%20v.%20POLAND.pdf>.

152 Henaf vs. Francia, Aplicación No. 65436/01, 40 TEDH Rep. 44, 999-1001 (2005).

- 14. Protección contra la violencia:** Con respecto a los migrantes privados de libertad, el Estado tiene una obligación de protección reforzada y un deber especial de cuidado.¹⁵³ Por consiguiente, el uso excesivo o inapropiado de restricciones físicas y cualquier agresión física o sexual de los migrantes privados de libertad también puede violar el párrafo 4.
- 15. Párrafo 5:** Los Estados tienen la obligación de proporcionar recursos disponibles, adecuados, efectivos, rápidos y apropiados a las víctimas de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, incluida la reparación.¹⁵⁴ De conformidad con este principio general, el párrafo 5 reitera el derecho a la reparación, incluida la indemnización, para las personas, incluidos los migrantes, cuando se determine por tribunales nacionales o internacionales u otras autoridades competentes que fueron injustamente detenidas.¹⁵⁵

ARTÍCULO 7

Personalidad Jurídica

1. Todo migrante tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Para hacer efectivo este derecho de los migrantes y las familias migrantes, todo niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento en el país en el que nació. Todo niño deberá estar provisto de un certificado de nacimiento que proporcione evidencia permanente, oficial y visible del reconocimiento jurídico del Estado de la existencia del niño como miembro de la sociedad.
3. Todo migrante tiene derecho a recibir todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legales, tales como pasaportes, documentos de identidad, certificados de nacimiento y certificados de matrimonio. Será ilegal que cualquier persona, a menos que sea un funcionario público debidamente autorizado, confisque, destruya o intente destruir documentos de identidad, documentos de autorización de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio nacional, o permisos de trabajo.

Comentario

1. **Párrafo 1:** El propósito del párrafo 1 es reafirmar que toda persona, incluidos los migrantes, tiene derecho a ser reconocida como persona ante la ley. Este derecho incluye todas las responsabilidades requeridas y las protecciones ofrecidas por un sistema legal. El párrafo trata de abordar que, si bien los ciudadanos pueden poseer derechos no otorgados a los no ciudadanos, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es un derecho que debe ser otorgado por igual y no es derogable.¹⁵⁶ El derecho está consagrado en la DUDH, el artículo 16 del PIDCP y otros instrumentos internacionales relevantes.¹⁵⁷
2. **Párrafo 2:** El propósito del párrafo 2 es reconocer la importancia del registro de nacimientos como medio para preservar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica al proporcionarse un registro oficial de la

153 Salman vs. Turquía, Aplicación No. 21986/93, 34 TEDH Rep. 17 (2002).

154 A.G. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (16 de diciembre de 2005).

155 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 9(5); CEDH, *supra* nota 8, en art. 5(5); Carta Árabe, *supra* nota 137, en art. 14.7.

156 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 4.

157 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 7; Principios Rectores de los desplazamientos internos, *supra* nota 23, en Principio 20; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 5; CDPD, *supra* nota 7, en art. 12;

existencia de una persona y para permitir que un individuo conserve la documentación de este registro oficial mediante la emisión de un certificado de nacimiento.¹⁵⁸ Independientemente de las leyes de nacionalidad de cada país, todos los niños deben ser registrados inmediatamente tras su nacimiento en el territorio del país del nacimiento del niño.¹⁵⁹ El registro de los nacimientos debe ser gratuito y debe realizarse sin demora.¹⁶⁰ Este párrafo busca señalar que los niños hijos de migrantes no siempre tienen igual acceso al registro de nacimientos y la denegación de registro coloca a los niños en una situación de vulnerabilidad frente a la apatridia, como se menciona en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*.¹⁶¹ El derecho al registro inmediatamente después del nacimiento está consagrado en el PIDCP, la CDN y otros instrumentos internacionales relevantes.¹⁶²

3. *Párrafo 3*: El propósito del párrafo 3 es reconocer la importancia de los documentos de identidad que proporcionan un registro de la existencia de un individuo como un medio de preservar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. En el caso de los migrantes que se hallen bajo la protección de la Convención de 1951 sobre Refugiados y su Protocolo de 1967 o los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, las autoridades expedirán documentos de identidad o facilitarán la emisión de nuevos documentos.¹⁶³ La protección de los migrantes contra la destrucción de tales documentos se originan en la CTM.¹⁶⁴

158 Consejo de Derechos Humanos, Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica, U.N. Doc. A/HRC/19/L.24 (16 de marzo de 2012); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 17: Derechos del Niño, Artículo 24*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 23, ¶ 7 (7 de abril de 1989), disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf?view=1> (“En virtud del párrafo 2 del artículo 24, todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre. A juicio del Comité, debe interpretarse que esta disposición 3 está estrechamente vinculada a la que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño”).

159 Véase, A.G. Res. 65/197 ¶ 43(j), U.N. Doc. A/RES/65/197 (30 de marzo de 2011); C.D.H. Res. 16/12, U.N. Doc. A/HRC/16/L.13/Rev.1 (22 de marzo de 2011), disponible en inglés en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/122/34/PDF/G1112234.pdf?OpenElement>; Recomendación sobre la Nacionalidad de los Niños CM/Rec(2009)13, ¶ 57 (9 de diciembre de 2009), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4dc7bf1c2.html> (“Los Estados deben registrar el nacimiento de todo niño nacidos en su territorio, incluso en los casos de presencia ilegal de padres extranjeros o apátridas, o cuando los padres del niño son desconocidos. Los Estados no deben denegar el registro debido a la nacionalidad extranjera del niño.”) Ineta Ziemele, *Artículo 7: El derecho al registro del nacimiento, el nombre y la nacionalidad, y el derecho a conocer y ser cuidado por los padres*, UN COMENTARIO SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Vol. 7, pág. 25 (2007) (“Un Estado, como mínimo, debería registrar a un niño “inmediatamente después de su nacimiento.” Esto no garantiza la nacionalidad a un niño, pero garantiza cierto reconocimiento por parte del sistema legal.”).

160 Recomendación sobre la nacionalidad de los niños, *supra* nota 158, ¶ 57.

161 *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 130 (8 de septiembre de 2005).

162 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 24; CDN, *supra* nota 6, en art. 7; CTM, *supra* nota 16, en art. 29; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. 6, Julio, 1990 OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990) (entró en vigor el 29 de noviembre de 1999) [en adelante “Carta Africana de la Infancia”]; Recomendación sobre la Nacionalidad de la Infancia, *supra* nota 158.

163 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 27 (“Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje.”). Véase, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, *supra* nota 23, en Principio 20(2) (“[L]as autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio. En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales ...”).

164 CTM, *supra* nota 16, en art. 21 (“Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo.”). Véase también, Convenio 189 de la OIT, *supra* nota 16, en art. 9(c) (“Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos... c) tengan derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad.”)

ARTÍCULO 8

Recurso Efectivo

Todo migrante tiene derecho a un recurso efectivo contra actos que violen los derechos garantizados al migrante por el derecho interno pertinente, así como por el derecho internacional, incluidos aquellos derechos o libertades aquí reconocidas.

Comentario

1. La cláusula sobre recurso efectivo de la IMBR encuentra sus raíces en el artículo 8 de la DUDH y en el artículo 2(3) del PIDCP.¹⁶⁵ El artículo 8 de la DUDH es uno de una serie de artículos que se ven como la primera articulación de un derecho a un juicio justo en un documento multilateral moderno.¹⁶⁶ El artículo 8 garantiza específicamente que toda persona sea proporcionada algún tipo de recurso judicial o administrativo en caso de violación del derecho nacional o internacional, y el artículo 8 de la IMBR reitera ese derecho para los migrantes. El artículo 2(3) del PIDCP provee un remedio para las personas cuyos derechos y libertades del PIDCP mismo han sido violados. En este sentido, el artículo 8 de la IMBR prevé explícitamente a los migrantes un remedio para cualquier violación de los derechos y libertades mencionadas en la IMBR.
2. Aunado con las disposiciones sobre igualdad que se encuentran en el artículo 3 del IMBR, esta cláusula de recurso efectivo ofrece a los migrantes la misma capacidad de acogerse al derecho nacional e internacional que cualquier nacional del Estado receptor, facultándoles para recurrir contra violaciones de sus derechos por parte del gobierno o de particulares, de conformidad con las leyes nacionales e internacionales vigentes. Los órganos internacionales y regionales han afirmado que el derecho a un recurso es aplicable a todos los migrantes, independientemente de su estatus.¹⁶⁷ Los recursos para las violaciones de derechos humanos deben ser “rápidos, efectivos, accesibles, imparciales e independientes, ser ejecutivos y conducir a la reparación de la violación de derechos humanos en cuestión.”¹⁶⁸

165 DUDH, *supra* nota 1, en art. 8; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 2 (3). Véase también, CTM, *supra* nota 16, en art. 83; CIEDR, *supra* nota 4, en art. 6; CCT, *supra* nota 5, en art. 14; CIDFP, *supra* nota 10, en art. 8 (2); CEDH, *supra* nota 8, en art. 13; CADH, *supra* nota 12, en art. 25; A.G. Res. 60/147 *supra* nota 153.

166 Estos artículos son DUDH, *supra* nota 1, en arts. 8-11. Véase, Beth Simmons, *Derechos Civiles en el Derecho Internacional: Cumplimiento con Aspectos de la “Carta Internacional de Derechos Humanos”*, 16 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 437, 481 (2009).

167 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 26*, *supra* nota 108, ¶¶ 21-22; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte IDH (serie A) No. 18, ¶ 170 (17 de septiembre de 2003); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales sobre la República de Corea*, ¶ 18, U.N. Doc. CERD/C/KOR/CO/14 (17 de agosto de 2007), disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FKOR%2FCO%2F14%2FADD.1&Lang=en.pdf; Comité sobre Trabajadores Migrantes, *Observaciones Finales sobre México*, ¶¶ 30-31, U.N. Doc. CMW/C/MEX/CO/1.Add.1 (19 de junio de 2008), disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2FC%2FMEX%2FCO%2F1%2FAdd.1&Lang=en.

168 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, MIGRACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: GUÍA DE PRACTICANTES No. 6, en 123.

ARTÍCULO 9

Debido Proceso

1. Todo migrante tiene derecho al debido proceso ante las cortes, tribunales y todos los demás órganos y autoridades que administran justicia, así como los específicamente encargados de hacer determinaciones sobre el estatus de los migrantes.
2. Los Estados proporcionarán asistencia jurídica y representación en procesos penales. Los Estados deberían proporcionar representación legal a los migrantes en todos los procesos relacionados con su situación legal como migrante.
3. Todo migrante tendrá derecho a interpretación en un idioma que pueda comprender en los procesos penales. Los migrantes deberían tener derecho a la interpretación en un idioma que puedan comprender en todos los procedimientos.
4. El migrante será informado de la disponibilidad de dicha interpretación, la asistencia y la representación al recibir una demanda civil, citaciones administrativas, o al momento de la detención.
5. Los migrantes deberían estar libres de sanciones desproporcionadas a causa de su entrada, presencia o estatus, o en razón de cualquier otro delito que sólo pueda ser cometido por los migrantes.

Comentario

1. El derecho al debido proceso es un control fundamental contra el trato arbitrario y la violación de otros derechos. El artículo 9 afirma un fuerte principio de derecho internacional consuetudinario fundado en la cortesía y las nociones históricas de igualdad y recogido en el derecho y la jurisprudencia de los derechos humanos. Al afirmar un derecho general al debido proceso para los migrantes, la IMBR va más allá de otros instrumentos internacionales para dar un contenido específico a las implicaciones de la personalidad jurídica de los migrantes.
2. La comunidad internacional ha reconocido desde hace mucho tiempo la importancia del debido proceso legal como un control a los abusos de derechos. Aunque implícitamente aplicable a los migrantes en virtud de su personalidad jurídica, el derecho del migrante al debido proceso está sujeto a abusos particularmente pronunciados por parte de los gobiernos.¹⁶⁹ De particular preocupación es la detención administrativa de los migrantes, el uso cada vez mayor de sanciones penales como respuesta política al aumento de la migración y las respuestas estatales al terrorismo.
3. **Párrafo 1:** El párrafo 1 afirma el derecho general del debido proceso ante todas las instituciones adjudicadoras a todos los migrantes.¹⁷⁰ El derecho de los derechos humanos establece el debido proceso como una consecuencia esencial de la personalidad jurídica en un régimen jurídico justo. El debido proceso se reconoce en más de un instrumento jurídico internacional como un derecho humano fundamental, y el derecho al debido

169 Véase, por ejemplo, *Orantes-Hernández vs. Gonzales*, 504 F.Supp.2d 825 (C.D.Cal. 2007); Karen Tumlin, *Centros de Detención de Inmigrantes bajo el Microscopio: Informes recientes revelan violaciones generalizadas a los Estándares Nacionales para la Detención*, 216 ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES 6 (2007).

170 DUDH, *supra* nota 1, en arts. 6,10, 11; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 14; CIEDR, *supra* nota 4, en art. 5(a); CTM, *supra* nota 16, en arts. 17(1), 18(1); A.G. Res. 40/144, art. 5(1)(c), U.N. Doc. A/RES/40/144 (13 de diciembre de 1985); CDN, *supra* nota 6, en arts. 12(2), 40(1); CEDH, *supra* nota 8, en art. 6(1).

proceso de los migrantes cae bajo la protección general de los derechos humanos. A pesar de estas protecciones generales, los abusos más graves que afectan a los migrantes requieren disposiciones específicas destinadas a consagrar los derechos de los migrantes al mismo trato que los nacionales de un Estado. Ambas clases de grupos tienen derecho al respeto del debido proceso en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 9(1) logra esto reiterando el derecho humano al debido proceso y aplicándolo explícitamente a los migrantes, eliminando así cualquier idea errónea de que los migrantes pueden ser tratados de manera inferior a los nacionales con respecto al debido proceso.

4. El derecho al debido proceso tiene por objeto incluir todas las garantías procesales del artículo 13 del PIDCP, esencialmente la oportunidad de ser representado y oído ante un decisor competente. La IMBR, al igual que el PIDCP, prohíbe la expulsión colectiva.¹⁷¹ Es importante destacar que la IMBR no limita el derecho al debido proceso a aquellos con estatus legal, sino que otorga este derecho explícitamente a todos los migrantes.¹⁷²
5. **Párrafo 2:** El párrafo 2 reconoce el derecho de los migrantes a recibir asistencia legal gratuita y representación en los procesos penales cuando no puedan pagarlos. El Estado debe brindar asistencia legal y representación gratuita a los migrantes de bajos ingresos en casos penales en los que sean acusados. En la medida de lo posible, teniendo en cuenta las circunstancias del caso individual, las necesidades financieras del migrante y los derechos fundamentales en juego, el Estado proporcionará asistencia legal y representación gratuita a los migrantes en todos los procedimientos relacionados con su condición migratoria.¹⁷³ Debido al carácter especial y crítico de los procedimientos administrativos relacionados con la condición jurídica de los migrantes y sus familias, en especial los procedimientos de expulsión o deportación, el Estado tiene el deber de proporcionar a los migrantes de bajos ingresos asistencia legal y representación en esos casos siempre que sea posible.¹⁷⁴
6. El acceso a un abogado es un elemento esencial del debido proceso y la prestación de asistencia legal y representación a los pobres se basa en las nociones de responsabilidad del Estado en el contexto de las obligaciones internacionales de derechos humanos.¹⁷⁵ El artículo 14 del PIDCP sólo reconoce expresamente el derecho a la asistencia gratuita en casos penales.¹⁷⁶ Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha subrayado que el artículo 14 se aplica tanto a los casos penales como civiles.¹⁷⁷ El Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que una persona detenida tiene derecho a que un abogado sea asignado por una autoridad judicial o de otra índole en todos los casos en que los intereses de la justicia así lo requieran y sin pago si el migrante no tiene

171 Joseph, et al., *supra* nota 90, en 378.

172 Véase, Joseph, et al., *supra* nota 90, at 379.

173 El artículo 13 del PIDCP y el artículo 1.1(c) del Protocolo 7 del CEDH garantizan el derecho a la representación ante la autoridad competente para decidir sobre una decisión de expulsión. PIDCP, *supra* nota 2, en art. 13; CEDH, *supra* nota 8, en 1.1 (c).

174 Nolan vs. Rusia, Aplicación No. 2512/04, 53 TEDH Rep. 29, 1006 (12 de febrero de 2009) (encontrando una violación del Protocolo 7 del CEDH cuando "el Gobierno no explicó por qué la decisión sobre la exclusión del solicitante no le había sido comunicada durante más de tres meses, y por qué no se le había permitido presentar argumentos contra su expulsión, y *que se revisara su caso con la participación de su abogado.*" (énfasis añadido)).

175 Eileen Skinnider, *La Responsabilidad de los Estados de Proveer Asistencia Legal* (El Centro Internacional para la Reforma del Derecho Penal y Políticas de Justicia Criminal, 1999), *disponible en inglés en* <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/beijing.pdf>.

176 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 14(3)(d).

177 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 13, artículo 14 (Igualdad Ante los Tribunales y Derecho de Toda Persona a Ser Oída Públicamente por un Tribunal Competente Establecido por la Ley)* ¶ 2, UN Doc. H/RRG/1984/Rev.1 (13 de abril de 1984), *disponible en* <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2013%20Art.%2014%20PIDCP.html>.

suficientes fondos para pagar.¹⁷⁸ Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados establecen que los gobiernos garantizarán la provisión de fondos suficientes y otros recursos para servicios legales a los pobres y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas, y que las asociaciones profesionales de abogados deberían cooperar en la organización y provisión de servicios, instalaciones y otros recursos.¹⁷⁹ El principio de proporcionar representación legal bajo gasto público a los litigantes que no pueden costearlo es ampliamente aceptado y observado: Canadá, Australia, Nueva Zelandia, Brasil, Madagascar y Sudáfrica tienen estatutos o disposiciones constitucionales que prevén un abogado civil gratuito para los necesitados.¹⁸⁰ En 1979, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó en *Airey vs. Irlanda* que un abogado civil gratuito para facilitar el acceso a los tribunales era un derecho básico.¹⁸¹ A partir de entonces, el Consejo de Europa exige a sus miembros que proporcionen asesoramiento gratuito. Cada país ha cumplido con este requisito, pero con límites basados en estándares de elegibilidad con fundamento en el mérito y la necesidad.¹⁸² Este principio se basa también en el derecho de los tratados: la Carta de la OEA reconoce explícitamente el derecho a un abogado,¹⁸³ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reconocido que el derecho se aplica tanto en los casos civiles como penales.¹⁸⁴

7. Como derecho humano reconocido, el derecho a asistencia legal financiada por el Estado es esencial en los procesos penales debido a los derechos fundamentales en juego.¹⁸⁵ Este derecho no se limita a los procedimientos penales y debe ampliarse para incluir todos los procedimientos relacionados con la condición jurídica de un migrante para asegurar que el derecho de la IMBR al debido proceso esté asegurado de manera significativa. Este derecho tiene especial relevancia en el contexto de los procedimientos migratorios debido a los derechos fundamentales en juego y los Estados deben hacer todo lo posible para proporcionar a los migrantes asistencia legal gratuita y representación en los procedimientos relacionados con su estatus o el estatus de sus familiares.¹⁸⁶
8. **Párrafo 3:** El derecho del migrante a un intérprete se basa en las normas internacionales de derechos humanos. En el contexto penal, el PIDCP garantiza explícitamente a los acusados el derecho a ser informados de sus acusaciones en detalle en un idioma que entienden.¹⁸⁷ El PIDCP también prevé que los acusados gocen de la asistencia gratuita de un intérprete.¹⁸⁸ En el contexto civil, no existe un derecho internacional explícito

178 A.G. Res 43/173, U.N. Doc. A/RES/43/173 (9 de diciembre de 1988).

179 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 27 de agosto-7 de septiembre de 1990, 1990, *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, U.N. Doc. A/CONF. 144/28/Rev.1, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/si3bprl.html>.

180 Raven Lidman, *Gideon Civil: un derecho humano en otra parte del mundo*, 40 REVISTA JURÍDICA CLEARINGHOUSE 288 (2006).

181 *Airey vs. Irlanda*, Aplicación No. 6289/73, 2 TEDH Rep. 305 (9 de octubre de 1979)

182 Lidman, *supra* nota 179, en 292.

183 Carta de la Organización de los Estados Americanos, en art. 45, 13 de diciembre de 1951, 119 U.N.T.S. 3 [en adelante Carta de la OEA].

184 El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, CIDH, OEA/Ser.L./II.129 doc. 4 ¶ 182 (7 de septiembre de 2007).

185 Para una discusión sobre el desarrollo histórico de la asistencia legal gratuita y la prioridad de los casos penales, véase Skinnider, *supra* nota 174.

186 Véase, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 166, ¶ 126; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH (serie C) No. 218, ¶ 146 (23 de noviembre de 2010).

187 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 14(3)(a) ("Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella").

188 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 14(3)(f) ("Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal").

a la interpretación, pero puede deducirse de las disposiciones del PIDCP, la CCT y la DUDH.¹⁸⁹ Todos estos documentos contienen un lenguaje sobre el debido proceso y la imparcialidad que subrayan la importancia del conocimiento del acusado de los cargos y procedimientos.¹⁹⁰ Aunque los motivos de este requisito son mucho más fuertes en los casos penales, también deben considerarse importantes los contextos civiles y administrativos (particularmente aquellos relacionados con la condición de un migrante), debido a los intereses de los derechos humanos en juego y a la importancia de la integridad y equidad en el proceso legal.

9. Un acusado tiene que estar plenamente conciente de los cargos o detalles de los procedimientos iniciados contra el acusado, ya sea en el contexto penal, civil o administrativo, para preparar adecuadamente una defensa. Esto es especialmente relevante cuando el demandado es un migrante que no entiende suficientemente el idioma o la cultura jurídica del país de acogida. Como se señala en el párrafo 6 de este Comentario, mientras que el derecho del acusado a un intérprete es explícito en el PIDCP en materia penal, es sólo un derecho inferido en el contexto civil. El artículo 9(3) prevé explícitamente que se ofrezca una interpretación a los migrantes acusados para que puedan comprender en detalle los cargos y actuaciones que se les imputan. También extiende el derecho a un intérprete, haciéndolo aplicable en procedimientos civiles, penales y administrativos.
10. Aunque la IMBR no adoptó el lenguaje del PIDCP, que promete la “asistencia gratuita de un intérprete”, el gobierno de acogida debe sufragar los costos del servicio de interpretación para asegurar que las consideraciones financieras no interfieran con el ejercicio de los derechos del migrante acusado.
11. *Párrafo 4:* Este párrafo obliga a que se informe al migrante sobre su derecho a recibir asistencia legal gratuita, interpretación y otras ayudas inmediatamente después de recibir la notificación de los procedimientos penales, civiles o administrativos en los que el migrante es parte.
12. Con el fin de prevenir abusos y garantizar el pleno disfrute de los derechos garantizados en virtud del mismo, la IMBR prevé que se notifique a los demandados migrantes su derecho a un abogado y a un intérprete. Además, los migrantes en los casos civiles y migratorios deben ser notificados de representación, ayuda e interpretación al inicio de un procedimiento. Debido a la potencial falta de familiaridad de los migrantes con los procedimientos legales locales y el lenguaje, la notificación temprana de estos servicios es crítica.
13. *Párrafo 5:* El párrafo 5 se basa en el lenguaje del artículo 31 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados.¹⁹¹ La ausencia de sanciones desproporcionadas también se basa en los principios generales del debido proceso y la no discriminación. Los Estados deberían velar particularmente por que sus políticas de detención y expulsión cumplan las normas de proporcionalidad apropiadas.

189 Compare KATHY LASTER & VERONICA L. TAYLOR, *INTÉRPRETES Y EL SISTEMA JURÍDICO* 73 (1994) con CEDH, *supra* nota 8, en art. 6 (interpretado como no aplicable a los procedimientos migratorios).

190 DUDH, *supra* nota 1, en art. 10; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 9(2)-(5); CCT, *supra* nota 5, en arts. 13, 14.

191 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 31 (“Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.”).

ARTÍCULO 10

Víctimas de Delitos

1. Todo migrante víctima de un delito tiene derecho a asistencia y protección, incluyendo el acceso a la indemnización y restitución.
2. Los Estados proporcionarán asistencia para asegurar la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de delitos, especialmente cuando dichos individuos son víctimas de trata de personas.

Comentario

1. Este artículo busca establecer el derecho de los migrantes víctimas de delitos a recibir asistencia y protección independientemente de su estatus migratorio. Garantizar este derecho puede requerir la desagregación de las fuerzas del orden del control migratorio porque las preocupaciones sobre el estatus migratorio pueden exponer a los migrantes a la manipulación y al abuso. Debido a que los migrantes víctimas de delitos, especialmente en casos de trata de personas, pueden sufrir un trauma particular, los Estados deben prestar asistencia que garantice la recuperación física, psicológica y social de los migrantes.
2. Como no ciudadanos, los migrantes enfrentan desafíos únicos en el acceso a los mecanismos locales de aplicación de la ley. Los migrantes pueden no reportar crímenes o buscar ayuda debido al desconocimiento de las leyes locales o preocupaciones sobre la implementación de las leyes de inmigración, lo que los hace particularmente vulnerables a la delincuencia, la explotación y la manipulación.¹⁹²
3. Especialmente preocupantes son las víctimas de trata de personas, que son sometidas a un tratamiento equivalente a la detención arbitraria, la esclavitud, la violación o el trato cruel, inhumano y degradante y,¹⁹³ a menudo, luchan por recibir asistencia incluso después de que son encontradas.¹⁹⁴
4. *Párrafo 1:* El párrafo 1 establece el derecho de los migrantes víctimas delitos a recibir asistencia y protección de las fuerzas de seguridad locales. Este derecho se reconoce con mayor fortaleza en los instrumentos relativos a la trata de personas, incluido el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada,¹⁹⁵ y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.¹⁹⁶ La IMBR se basa en estos y otros instrumentos que contemplan las obligaciones estatales con respecto a las víctimas delitos para establecer un derecho general de los migrantes víctimas delitos a la protección y asistencia.¹⁹⁷
5. Sin un derecho establecido a la protección y la asistencia independientemente del estatus migratorio, los migrantes víctimas delitos pueden dudar en acercarse y pueden ser susceptibles a amenazas e intimidaciones

192 Véase, por ejemplo, Fiona David, *Respuestas de las fuerzas de seguridad a la trata de personas: desafíos y buenas prácticas emergentes*, en *Tendencias y cuestiones relativas a la delincuencia y la justicia penal* No. 347 (Toni Makkai ed., 2007).

193 El Problema Global de la Trata de Personas: Rompiendo el Ciclo Vicioso sobre "La Trata de Mujeres y Niños en el Comercio Sexual Internacional", Audiencia ante la Comité de Relaciones Internacionales de la Cámara de Representantes, 106 Cong. 2 (1999) (declaración de Harold Hongju Koh, Subsecretario de Estado).

194 Véase, Ratna Kapur, *Las Mujeres Migrantes y las Políticas Legales de las Intervenciones Anti Trata de Personas*, en *TRATA DE PERSONAS: DIMENSIONES SOCIALES, CULTURALES Y POLÍTICAS* 111, 118-19 (Edward Newman y Sally Cameron eds., 2007).

195 Protocolo de Palermo, *supra* nota 16.

196 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, 16 de mayo de 2005, C.E.T.S. No. 197.

197 Véase, Protocolo de Palermo, *supra* nota 16, art. 25 (2); Recomendación sobre la protección de la mujer contra la violencia CM/Rec (2002)5 (30 de abril de 2002). Véase también, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *supra* nota 167, en 83.

por parte de los parejas abusivas, empleadores abusivos y otros posibles agresores.¹⁹⁸ Este artículo reconoce el derecho de los migrantes de acceder a las fuerzas de seguridad locales cuando han sido sometidos a malos tratos. Más aun, la mejor forma de promover la seguridad pública consiste en alentar a las víctimas de delitos a que denuncien abusos, negando así a los autores la oportunidad de cometer crímenes contra personas silenciadas por el temor de posibles medidas de implementación de las leyes de inmigración. Este reconocimiento se refleja en una creciente práctica estatal de proporcionar protecciones especiales a los migrantes víctimas delitos cooperando activamente con procesos penales.¹⁹⁹ La IMBR va más allá de otros instrumentos al reconocer que todos los migrantes víctimas delitos tienen derecho a asistencia y protección genuinas.

6. La adopción de medidas apropiadas para proporcionar asistencia y protección a migrantes víctimas de delitos puede requerir la separación de las fuerzas de seguridad de aquellas de control migratorio. Cuando tales consideraciones están vinculadas por la implementación concurrente de las leyes, los migrantes víctimas de delitos se vuelven vulnerables a la explotación y manipulación por parte de delincuentes que amenazan con tomar represalias de reportar a los migrantes a las autoridades migratorias. La desagregación de la ley penal y la implementación de las leyes de inmigración también requiere protecciones significativas para los migrantes víctimas de delitos quienes dependen de su agresor para un estatus migratorio.
7. Debe prestarse especial atención a las prácticas racistas y xenófobas de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley hacia los migrantes víctimas de delitos.²⁰⁰ La obligación del Estado de garantizar que los migrantes reciban asistencia sin discriminación por raza u origen nacional se deriva de la CIEDR, como luego afirmado por la comunidad internacional en la Declaración de Durban, en la que se estipula que “las políticas migratorias no deben basarse en racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.”²⁰¹
8. Dado que la prestación de tales servicios es costosa, los Estados deben también considerar apoyar a las víctimas establecidas en el párrafo 1 a la indemnización y la restitución, proporcionando a las víctimas la posibilidad de emprender acciones legales y recuperar daños de los responsables, particularmente las entidades empresariales que se han beneficiado a sabiendas e ilegalmente del trabajo de migrantes, y especialmente las víctimas de trata de personas.
9. **Párrafo 2:** El párrafo 2 reconoce que los migrantes víctimas de delitos pueden requerir asistencia y apoyo especiales para recuperarse de los abusos. Este es el caso, en particular, de las víctimas de trata de personas. El Protocolo de Palermo²⁰² y el Convenio del Consejo de Europa reconocen especialmente esta situación.²⁰³ La IMBR reconoce que todos los demás migrantes víctimas de delitos, especialmente las víctimas de abusos domésticos, pueden requerir asistencia especial para atender sus necesidades físicas y psicológicas, incluida la asistencia básica, tales como traducción y asesoramiento sobre sus derechos legales. Esto es especialmente importante cuando, como suele ser el caso, los migrantes no tienen conocimiento de las leyes y costumbres

198 Véase, por ejemplo, David, *supra* nota 191.

199 Véase, por ejemplo, Protocolo de Palermo, *supra* nota 16, en art. 24(1) (“Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalias o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos.”). Véase también, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *supra* nota 167, en 88.

200 Véase, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *supra* nota 167, en 34.

201 Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 31 de agosto-8 de septiembre de 2001, Declaración, ¶¶ 12, 16, 38, 47-51, *disponible en* <http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>.

202 Véase, por ejemplo, Protocolo de Palermo, *supra* nota 16, en art. 6(3) (“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas...”).

203 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, *supra* nota 195, en art. 12(1) (“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prestar asistencia a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social”).

locales, pueden tener dificultades para acceder a las instituciones que prestan asistencia y no tienen acceso a redes de apoyo informales debido a su estatus. El artículo 10 debe leerse conjuntamente con los derechos de los migrantes vulnerables en el artículo 4, los derechos de debido proceso contenidos en el artículo 9 y el derecho a la salud en el artículo 21.

10. El párrafo 2 trata de garantizar que los migrantes víctimas de delitos cuenten con una protección especial para hacer frente a sus vulnerabilidades únicas y cualquier trauma físico o psicológico. Especialmente en los casos de trata de personas, los Estados deberían considerar la posibilidad de proporcionar, entre otras cosas, una vivienda adecuada; asesoramiento e información, en particular en lo que respecta a los derechos legales, en un idioma entendido por la víctima; asistencia médica, psicológica y material; y oportunidades de empleo, educación y formación.
11. En general, debe tenerse en cuenta la edad, el género y las necesidades especiales de las víctimas. En el caso de los niños, se debe prestar especial atención a la provisión de vivienda, educación y otros cuidados.
12. Las organizaciones no gubernamentales a menudo desempeñan un papel especial en la prestación de asistencia a los migrantes víctimas de delitos, que pueden temer a las autoridades gubernamentales o requieren conocimientos especializados especiales.²⁰⁴ Se alienta a los Estados a que cooperen con las organizaciones no gubernamentales y otros elementos de la sociedad civil para prestar asistencia a los migrantes víctimas de delitos. Esta perspectiva refleja las mejores prácticas entre los profesionales,²⁰⁵ así como el lenguaje de los instrumentos que abordan las necesidades de las víctimas de trata de personas.²⁰⁶

ARTÍCULO 11

Expulsión

1. Todo migrante tiene derecho a la protección contra la expulsión o deportación arbitraria o discriminatoria, incluyendo la expulsión colectiva. Los Estados expulsarán a un migrante únicamente cuando lo justifiquen los hechos específicos relevantes para la persona en cuestión y sólo en virtud de una decisión adoptada de conformidad y autorizada por la ley.
2. Los migrantes tienen derecho a un recurso efectivo cuando la expulsión daría lugar a una violación de derechos humanos.
3. A menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo requieran, un migrante se le permitirá exponer las razones contra la expulsión, y a que su caso sea revisado por una autoridad competente o por una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, y a ser representado para el propósito anterior. Pendiente dicha revisión, el migrante interesado tendrá derecho a solicitar la suspensión de la decisión de expulsión.

204 Véase, por ejemplo, Mark Lagon, *La Abolición Mundial de la Trata de Personas: El Papel Indispensable de los Estados Unidos*, 12.1 REVISTA DE GEORGETOWN DE ASUNTOS INTERNACIONALES 89, 96 (2011).

205 Véase, David, *supra* nota 191.

206 Véase, por ejemplo, Protocolo de Palermo, *supra* nota 16, en art. 10(2) ("Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación ... [la cual] también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.").

4. La decisión de expulsar a un migrante se comunicará al migrante en un idioma que comprenda. A petición, donde de otra manera no sea obligatorio, la decisión será comunicada al migrante por escrito y, salvo en circunstancias excepcionales en razón de la seguridad nacional, también se indicarán las razones de la decisión. El migrante deberá ser informado de estos derechos antes, o, a más tardar, en el momento en que se dicte la decisión.
5. La expulsión de un Estado por sí sola no menoscabará ninguno de los derechos adquiridos por el migrante de conformidad con la legislación de ese Estado, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones debidas. El migrante tendrá de una oportunidad razonable, antes o después de su partida, para resolver cualquier reclamo por salarios, otras prestaciones debidas y cualquier compromiso pendiente.
6. Al efectuar la expulsión de un migrante de su territorio, el Estado velará por el respeto de los derechos garantizados al migrante por el derecho interno e internacional que sea relevante, incluyendo los derechos y libertades reconocidas en el presente documento.

Comentario

1. El artículo 11 impone una limitación a la capacidad de los Estados de expulsar a un migrante arbitrariamente o sin el debido proceso legal. Si bien la IMBR respeta el derecho soberano de los Estados de expulsar a los extranjeros de sus territorios, impone restricciones a este derecho en virtud del derecho internacional y toma en consideración la particular vulnerabilidad de los migrantes durante la expulsión. La expulsión arbitraria, la deportación y la remoción de migrantes es una cuestión de derechos humanos con consecuencias graves y complicadas para los migrantes y sus familias, así como para los Estados de origen y los Estados de destino.²⁰⁷ Los Estados muy a menudo deportan a los migrantes sin tener en cuenta sus derechos bajo el derecho internacional, incluso con base en motivos discriminatorios prohibidos, en masa y sin consideración por su seguridad en tránsito o al regresar.²⁰⁸ El derecho internacional que rige la expulsión está evolucionando y los Estados deben tomar medidas para asegurar que protejan tanto los derechos sustantivos como los derechos procesales de los migrantes durante la expulsión.²⁰⁹
2. *Párrafo 1*: La prohibición de la expulsión arbitraria se deriva del artículo 13 del PIDCP y del artículo 22(2) de la CTM. Ambos tratados permiten a los Estados expulsar a los migrantes sólo cuando la decisión se toma de conformidad con la ley y se cumplen los requisitos mínimos de proceso.²¹⁰ Si un Estado intenta remover, deportar o expulsar a un migrante, dicha decisión debe justificarse mediante una aplicación de los hechos de la circunstancia particular del migrante a la ley aplicable. Al restringir la expulsión a las decisiones tomadas sobre la base de hechos específicos y de conformidad con la ley, el párrafo 1 hace eco a las prohibiciones contra la discriminación y la arbitrariedad.²¹¹

207 Véase, por ejemplo, HUMAN RIGHTS WATCH, SIN REFUGIO: MIGRANTES EN GRECIA 3 (2009), *disponible en inglés en* <http://www.hrw.org/es/reports/2009/11/02/no-refugees>; HUMAN RIGHTS WATCH, EMPUJADO HACIA ATRÁS, EMPUJADO ALREDEDOR: EL RETORNO FORZADO DE LOS MIGRANTES EN BOTES Y LOS SOLICITANTES DE ASILO POR PARTE DE ITALIA, EL MALTRATO DE MIGRANTES Y SOLICITANTES DE ASILOS DE LIBIA (2009), *disponible en inglés en* <http://www.hrw.org/reports/2009/09/21/pushed-back-pushed-around>.

208 Véase, por ejemplo, HUMAN RIGHTS WATCH, DISCRIMINACIÓN, DENEGACIÓN Y DEPORTACIÓN: ABUSOS DE DERECHOS HUMANOS QUE AFECTAN A LOS MIGRANTES VIVIENDO CON EL VIH (2009), *disponible en inglés en* <http://hrw.org/en/reports/2009/06/18/discrimination-denial-and-deportation-0>; HUMAN RIGHTS WATCH, PELIGROSA SITUACIÓN: EL PUEBLO ROHINGYA DE BIRMANIA SE VA A LOS MARES (2009), *disponible en* <http://www.hrw.org/en/reports/2009/05/26/perilous- plight-0>; HUMAN RIGHTS WATCH, IRÁN: DETENGAN DEPORTACIONES EN MASA DE LOS AFGANOS (2007), *disponible en inglés en* <http://www.hrw.org/en/news/2007/06/17/iran-halt-mass-deportation-afghans>.

209 Véase, Comisión de Derecho Internacional, 7 de mayo-1 de junio, 2 de julio-3 de agosto de 2012, Expulsión de Extranjeros, U.N. Doc. A/CN.4/L.797 GAOR, 64ª Sesión. (24 de mayo de 2012).

210 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 13; CTM, *supra* nota 16, en art. 22 (2). Véase también CEDH, *supra* nota 8, en Protocolo 7, art. 1.

211 Véase, T. Alejandro Aleinikoff, *Normas legales internacionales y migración: un informe*, en MIGRACIÓN Y NORMAS LEGALES INTERNACIONALES 1, 19 (T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail, eds., 2003).

3. La prohibición de la expulsión discriminatoria o arbitraria incluye la expulsión colectiva, que está específicamente prohibida en la CTM,²¹² y en varios instrumentos regionales que rigen los derechos humanos, como el Cuarto Protocolo del CEDH,²¹³ la CADH,²¹⁴ la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul),²¹⁵ y la Carta Árabe de Derechos Humanos (Carta Árabe).²¹⁶ El Comité de Derechos Humanos también ha afirmado que la expulsión colectiva sería una violación del artículo 13 del PIDCP.²¹⁷
4. Se requieren protecciones procesales fundamentales en todas las circunstancias en las que un migrante está sujeto a la jurisdicción de un Estado. El Estado debe respetar los derechos humanos sustantivos de un migrante durante el proceso de entrada.²¹⁸ Sin embargo, hay protecciones procesales limitadas para los migrantes en la entrada.²¹⁹
5. **Párrafo 2:** Para garantizar el derecho a un recurso efectivo, los Estados están obligados a proporcionar oportunidades de alivio migratorio de la expulsión cuando la expulsión daría lugar a una violación de los derechos humanos de ese migrante.²²⁰ Por ejemplo, los Estados están obligados a ofrecer oportunidades para recursos cuando la expulsión daría lugar a la devolución (*refoulement*)²²¹ o a una violación del derecho al respeto de la vida familiar.²²² De acuerdo con los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, los recursos para las violaciones de los derechos humanos internacionales deben estar disponibles, ser adecuados, efectivos, rápidos y apropiados.²²³
6. **Párrafo 3:** La IMBR extiende a todos los migrantes los derechos procesales enunciados en el artículo 22(4) de la CTM, es decir, los derechos de exponer razones en contra de la expulsión, de que el caso sea revisado por la autoridad competente, y de solicitar la suspensión de la decisión de expulsión.²²⁴ Mientras que el artículo 13 del PIDCP y el artículo 1 del Protocolo N° 7 del CEDH sólo se aplican a los migrantes que se encuentren legalmente en el territorio, las protecciones del artículo 22(4) de la CTM se aplican independientemente del estatus migratorio. El párrafo 3 sigue el lenguaje de la CTM y se aplica a todos los migrantes.²²⁵ En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han otorgado protecciones procesales adicionales al determinar que las garantías de un juicio justo se aplican en los procedimientos de expulsión.²²⁶ El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó que “la orden de expulsión debería estar dirigida por escrito a la persona afectada directamente o a través de su representante autorizado... [e] indicará los fundamentos jurídicos y fácticos en que se basa [y] los recursos disponibles, tengan o no efecto suspensivo y los plazos dentro de los cuales pueden ejercerse tales recursos.”²²⁷

212 CTM, *supra* nota 16, en art. 22(1).

213 CEDH, *supra* nota 8, en Protocolo 4.

214 CADH, *supra* nota 12, en art. 22(9).

215 Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 12.

216 Carta Árabe, *supra* nota 137, en art. 26(2).

217 *Observación General No. 15*, *supra* nota 66.

218 Los Estados deben respetar estos derechos (por ejemplo, el derecho a la vida) siempre que un migrante esté sujeto a su jurisdicción.

219 Véase, Comisión Internacional de Juristas, *supra* nota 167, en 45-46.

220 DUDH, *supra* nota 1, en art. 8; PIDCP *supra* nota 2, en art. 2; CCT, *supra* nota 5, en art. 14; CIEDR, *supra* nota 4, en art. 6; CDN, *supra* nota 6, en art. 39. Véase, también A.G. Res. 60/147, *supra* nota 153 sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

221 Carta de Derechos de los Migrantes Internacionales, en art. 13, 28 Revista Jurídica de Inmigración de Georgetown 18.

222 Véase, por ejemplo, C.G. vs. Bulgaria, Aplicación No. 1365/07, 47 TEDH Rep. 51 (2008); *Keles vs. Alemania*, Aplicación No. 32231/02, 44 TEDH Rep. 12 (2007).

223 A.G. Res. 60/147, *supra* nota 153, en arts. 2-3.

224 CTM, *supra* nota 16, en art. 22(4).

225 Véase, por ejemplo, Nowak, *supra* nota 70, en 224; *Observación General No. 15*, *supra* nota 66.

226 Comisión Internacional de Juristas, *supra* nota 167, en 134-136. Véase también, Comisión de Derecho Internacional, *supra* nota 208, en art. 26.

227 Veinte Directrices sobre Retorno Forzado, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de

7. **Párrafo 4:** El párrafo 4 también establece las protecciones procesales fundamentales necesarias en todas las circunstancias para garantizar la realización, en la práctica y no sólo en teoría, de los derechos de los migrantes. El párrafo 4 trata de permitir a los migrantes comprender y aprovechar sus derechos en el contexto de la expulsión al invocar y extender a todos los migrantes las protecciones del artículo 22(3) de la CTM.²²⁸
8. **Párrafo 5:** El párrafo 5 se deriva de los artículos 22(6) y 22(9) de la CTM y procura asegurar que la expulsión no interfiera con los salarios o prestaciones que se adeuden a un migrante.²²⁹
9. **Párrafo 6:** El párrafo 6 afirma que los Estados tienen la obligación de respetar todas las demás obligaciones jurídicas relevantes, incluidas las obligaciones contenidas en la IMBR, al expulsar a un migrante. En el contexto de la expulsión, esta obligación prohíbe a los Estados practicar repatriaciones y expulsiones inseguras que violen el derecho a la vida o la dignidad o a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.²³⁰

ARTÍCULO 12

Asilo

1. Todo migrante tiene el derecho a buscar y a disfrutar en otros países asilo.
2. Los Estados garantizarán el acceso, en consonancia con los instrumentos internacionales y regionales pertinentes, a procedimientos justos y eficientes para la determinación del estatus para migrantes que buscan asilo y están bajo el control efectivo del Estado, ya sea que estén o no en el territorio del Estado.
3. Ningún Estado podrá expulsar o devolver en modo alguno a un migrante que se le haya concedido asilo u otro tipo de protección internacional.

Comentario

1. **Párrafo 1:** El propósito del párrafo 1 es reafirmar el bien establecido principio de que toda persona, incluido todo migrante, tiene derecho a buscar y recibir asilo en otros países. La omisión de “en caso de persecución” es un reconocimiento a la práctica en algunos países y regiones del mundo de conceder asilo a personas que no se consideran refugiados bajo la definición establecida en la Convención de 1951 sobre Refugiados y su Protocolo de 1967, o de definir el término refugiado de forma ampliada.²³¹ El derecho de “toda persona (...) a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país, en caso de persecución” estaba originalmente consagrado en el artículo 14 de la DUDH²³² y reafirmado en numerosas Resoluciones de la Asamblea General.²³³

2005 en la 925ª sesión de los Viceministros, directriz 4.1. Véase también, *Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/L.797, 24 de mayo de 2012, Proyecto de Artículo 26.

228 CTM, *supra* nota 16, en art. 22(3).

229 CTM, *supra* nota 16, en art. 22(6), (9).

230 Véase también, *Comisión de Derecho Internacional*, *supra* nota 208, en art. 21.

231 Véase, por ejemplo, Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África art. 1 (2), 10 de septiembre de 1969, 1001 U.N.T.S. 45 (“El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.”).

232 DUDH, *supra* nota 1, en art. 14.

233 Véase, por ejemplo, A.G. Res. 2312 (XXII), U.N. Doc. A/RES/2312(XII) (14 de diciembre de 1967); A.G. Res. 50/152, U.N. Doc. A/RES/50/152 (21 de diciembre de 1995).

2. **Párrafo 2:** El propósito del párrafo 2 es dar efecto a este derecho para los migrantes y fortalecer el derecho al asilo mediante salvaguardias procesales que están ausentes en la Convención de 1951 sobre Refugiados y en el Protocolo de 1967.²³⁴ Estos procedimientos deben extenderse a la frontera y extraterritorialmente, incluso a los migrantes que buscan asilo y son interdictos en alta mar,²³⁵ con el fin de preservar el derecho de no devolución (*non-refoulement*).²³⁶ Los procedimientos justos y eficientes²³⁷ incluyen que un funcionario entrenado del Estado determinará la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo, y examinará las necesidades de protección complementaria para asegurar que los migrantes que necesiten protección internacional sean identificados y les sea concedida dicha protección.²³⁸ Los Estados no deben impedir la determinación sustantiva de la solicitud de asilo de un migrante por este no haber solicitado asilo en un plazo determinado o por solicitar asilo durante un procedimiento de expulsión.²³⁹ Un migrante debe tener derecho a asistencia y representación legal.²⁴⁰ Un migrante debe tener derecho a un recurso efectivo ante un tribunal contra una decisión negativa adoptada sobre su solicitud de asilo o una decisión de retirar la condición de refugiado.²⁴¹
3. **Párrafo 3:** El párrafo 3 tiene por objeto reafirmar el principio de no devolución (*non-refoulement*), que se considera “intrínsecamente vinculado” al otorgamiento de asilo, y reiterar que no se limita a aquellos reconocidos

234 Convención sobre los Refugiados, *supra* nota 16; AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS: PROCEDIMIENTOS DE ASILO JUSTOS Y EFICIENTES: UNA VISIÓN GENERAL NO EXHAUSTIVA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES (2005), *disponible en inglés en* <http://www.refworld.org/docid/432ae9204.html> (“En general se reconoce que los procedimientos justos y eficientes son un elemento esencial en la aplicación plena e inclusiva de la Convención de 1951.”). Véase también, Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Procesos de Asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)* ¶ 4-5, U.N. Doc. EC/GC/01/12 (31 de mayo de 2001), *disponible en* <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888>.

235 Véase, por ejemplo, *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo sobre Protección Internacional de Refugiados*, ONU AGRO, 34ª Sesión, Supp. No. 12A, en 16, ¶ (c), U.N. Doc. A/34/12/Add.1 (1980) (“Es una obligación humanitaria de todos los Estados ribereños permitir a los buques en peligro buscar refugio en sus aguas y conceder asilo o, al menos, un refugio temporal a las personas a bordo que deseen solicitar asilo.”); AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS, OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS OBLIGACIONES DE NO DEVOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 Y SU PROTOCOLO DE 1967 [en adelante, OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR] (2007), *disponible en* <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?view=1>; Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, Caso 10.675, CIDH., Informe no. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev. ¶ 156-57 (1997); Reporte para la Agencia de la ONU para los Refugiados como Amicus Curiae apoyando a los demandantes, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993) (No. 92-344).

236 ELIHU LAUTERPACHT Y DANIEL BETHLEHEM, EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN: OPINIÓN, *disponible en inglés en* <http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>.

237 Véase, por ejemplo, Declaración de Cartagena, *supra* nota 34, ¶ 4.

238 PROCEDIMIENTOS DE ASILO JUSTOS Y EFICIENTES: UNA VISIÓN GENERAL NO EXHAUSTIVA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES, *supra* nota 233; Agencia de la ONU para los Refugiados, *Agenda para la Protección*, ONU AGRO, 53ª Sess., 32, U.N. Doc. A/AC.96/965/Add.1 (2002), *disponible en inglés en* <http://www.refworld.org/pdfid/3d4fd0266.pdf>. Véase también, Declaración de Cartagena, *supra* nota 34, ¶ 4; A.G. Res. 51/75, ¶ 4, U.N. Doc. A/RES/51/75 (12 de diciembre de 1996), *disponible en* <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/51/75>.

239 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 31(1) (“Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.”); *Procedimientos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficaces)*, *supra* nota 233, ¶ 20 (“Una salvaguardia fundamental que existe en algunos sistemas y que, en criterio del ACNUR, debería ser promovido en todos los Estados es el reconocimiento de que la falta de presentación de la solicitud dentro de un período específico o la falta de cumplimiento de otros requisitos formales no debería conducir per se a que la solicitud no reciba la debida consideración, aunque en ciertas circunstancias una solicitud tardía podría afectar su credibilidad. La aplicación automática y mecánica de plazos dentro de los cuales se deben presentar las solicitudes ha sido declarada como contraria a los estándares de protección internacional.”); *Jabari vs. Turquía*, 29 TEDH Rep. CD178 (2000) (“En la opinión del Tribunal, la aplicación automática y mecánica de un plazo tan corto para presentar una solicitud de asilo debe considerarse contraria a la protección del valor fundamental consagrado en el artículo 3 de la Convención.”).

240 PROCEDIMIENTOS DE ASILO JUSTOS Y EFICIENTES: UNA VISIÓN GENERAL NO EXHAUSTIVA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES, *supra* nota 233; *Agenda para la Protección*, *supra* nota 233, en 32.

241 Directriz del Consejo 2005/85/EC, art. 39, 2005 O.J. (L 326/13) (EC).

formalmente como refugiados.²⁴² El principio de no devolución se articuló en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y su Protocolo de 1967²⁴³ y se aplica a personas “cuando haya razones fundadas para creer que estaría[n] en peligro de ser sometida a tortura” bajo la CCT.²⁴⁴ El principio de no devolución es inderogable y se considera una piedra angular del derecho internacional que protege a los individuos.²⁴⁵ Este párrafo sirve como articulación complementaria al principio de no devolución contenido en el artículo 13 de la IMBR.

ARTÍCULO 13

No Devolución (Non-refoulement)

1. Todo migrante tiene derecho a la no devolución (*non-refoulement*).
2. Ningún migrante puede ser expulsado o devuelto de ninguna forma a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que el migrante será sometido a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
3. Ningún migrante puede ser expulsado o devuelto en modo alguno a las fronteras de territorios donde la vida o la libertad del migrante peligran a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política.
4. Ningún migrante puede ser expulsado o devuelto en modo alguno a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que el migrante será sometido a una privación grave de sus derechos humanos fundamentales.
5. Ningún migrante debe ser expulsado o devuelto en modo alguno a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que el migrante será sometido a otras privaciones graves de derechos humanos.
6. Los Estados deben respetar el derecho a la no devolución (*non-refoulement*) de todos los migrantes bajo el control efectivo del Estado, ya sea que estén o no en el territorio del Estado.

Comentario

1. **Párrafo 1:** La no devolución es un derecho inderogable de todos los migrantes. El principio de no devolución es una norma imperativa y es una de las limitaciones más fuertes a la capacidad de un Estado de controlar la entrada y la expulsión de personas.²⁴⁶
2. **Párrafo 2:** El párrafo 2 se deriva del artículo 3 de la CCT, que establece: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura;”²⁴⁷ sin embargo, el párrafo 2 estipula que los migrantes no

242 Véase, por ejemplo, AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS, NOTA DEL ACNUR SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (1997), disponible en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html>.

243 Convención sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 33.

244 CCT, *supra* nota 5, en art. 3.

245 Véase, Jean Allain, *La Naturaleza Jus Cogens de la No Devolución (Non-Refoulement)*, 13 REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO DE LOS REFUGIADOS 533, 538 (2001); GOODWIN-GILL, *supra* nota 138, en 97; Erika Feller, *Asilo, Migración y Protección de los Refugiados: Realidades, Mitos y Promesas de lo que está por venir*, 18 REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO DE LOS REFUGIADOS 509, 523 (2006) (describiendo la no devolución como “la más fundamental de todas las obligaciones del derecho internacional de los refugiados”).

246 Véase, Allain, *supra* nota 244, en 538; GOODWIN-GILL, *supra* nota 138, en 97; Feller, *supra* nota 244, en 523 (describiendo la no devolución como “la más fundamental de todas las obligaciones del derecho internacional de los refugiados”).

247 CCT, *supra* nota 5, en art. 3.

serán “expulsados o devueltos de ninguna manera” para proteger explícitamente contra escenarios como la devolución en cadena, reflejando la posición articulada por el Comité de Derechos Humanos de que “los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución.”²⁴⁸ El Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han interpretado que la prohibición de la devolución es inherente a las prohibiciones de la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consagradas en el artículo 7 del PIDCP²⁴⁹ y en el artículo 3 del CEDH,²⁵⁰ respectivamente. El artículo 13 de la IMBR entiende que el país de devolución designa, no sólo al país al que se debe efectuar la deportación directamente, sino también a cualquier otro país del cual el migrante pueda ser deportado posteriormente.²⁵¹

3. **Párrafo 3:** El párrafo 3 tiene por objeto dar cumplimiento a los derechos de no devolución de todos los migrantes en virtud del artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados, que establece que “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”²⁵² Al igual que el párrafo 2, el párrafo 3 también reconoce que los Estados tienen una obligación de garantizar que los migrantes no se vean expuestos a ningún riesgo, directa o indirectamente, por su regreso a otro país.²⁵³ Aunque el artículo 33(2) de la Convención de 1951 sobre los Refugiados menciona dos excepciones relativas al orden público y para la seguridad nacional,²⁵⁴ estas excepciones sólo se aplican en circunstancias extremas y limitadas.²⁵⁵
4. **Párrafo 4:** El párrafo 4 tiene por objeto afirmar el principio de no devolución en el derecho de los derechos humanos, independientemente de la CCT y de la Convención de 1951 y su Protocolo. En los casos de violaciones graves a derechos humanos fundamentales que no estén comprendidos en la CCT o tengan un nexo con uno de los cinco motivos protegidos en la Convención de 1951 sobre los Refugiados, el derecho de los derechos humanos ofrece protecciones sólidas contra la devolución.²⁵⁶

248 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20: Artículo 7 (Prohibición de la Tortura y los Tratos o Penas Crueles)* ¶ 9, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (10 de marzo de 1992), disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf?view=1>.

249 Véase, *Observación General No. 20, supra* nota 247, ¶ 9; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* ¶ 12, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom31.html>.

250 Véase, por ejemplo, *Soering vs. Reino Unido*, Aplicación No. 14038/88, 11 TEDH Rep. 439 (1989); *Cruz Varas vs. Suecia*, Aplicación No. 15576/89, 14 TEDH Rep. 1 (1991); *Vilvarajah vs. Reino Unido*, Aplicación No. 13163/87, 14 TEDH Rep. 248 (1992); *Chahal vs. Reino Unido*, Aplicación No. 22414/93, 23 TEDH Rep. 413 (1997); *Ahmed vs. Austria*, Aplicación No. 25964/94, 24 TEDH Rep. 278 (1997); *T.I. vs. Reino Unido*, Aplicación No. 43844/98 (2000), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6dfc.html>.

251 Véase, OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR, *supra* nota 234.

252 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 33(1).

253 Véase, OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR, *supra* nota 234.

254 Convención de 1951 sobre los Refugiados, *supra* nota 16, en art. 33(2).

255 Véase, NOTA DEL ACNUR SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN, *supra* nota 241.

256 Véase, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *supra* nota 167, en 95, 99; Vincent Chetail, *¿Son los derechos de los refugiados derechos humanos? Un cuestionamiento poco ortodoxo de las relaciones entre el derecho de los refugiados y el derecho de los derechos humanos*, en DERECHOS HUMANOS E INMIGRACIÓN 19, 34, 37 (Ruth Rubio-Marín ed., 2014) (“La mayoría de los tratados generales de derechos humanos han sido interpretados por sus respectivos órganos de tratados, inferiendo una prohibición implícita de la devolución ... el principio de derecho humano de no devolución se destaca como un medio práctico y poderoso para garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales”); *G.T. vs. Australia*, Comunicación No. 706/1996 ¶¶ 8.1-8.2, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/706/1996 (1997), disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1378>.

5. El más fundamental de estos derechos es el derecho a la vida. Los instrumentos regionales,²⁵⁷ órganos de tratados de derechos humanos,²⁵⁸ y los sistemas de tribunales regionales,²⁵⁹ han constatado explícitamente que potenciales violaciones al derecho a la vida desencadenan protecciones de no devolución. El derecho a la vida puede verse amenazado de varias maneras, incluida la pena de muerte,²⁶⁰ ejecuciones extrajudiciales,²⁶¹ o falta de atención médica adecuada.²⁶²
6. El derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es el elemento de no devolución más analizado y debatido en el derecho de los derechos humanos. El derecho no puede ser derogado.²⁶³ Los Estados no deben “exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”²⁶⁴. La mayor parte de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de no devolución, incluidos los casos que impliquen otros derechos, se analizan bajo esta regla.
7. *Párrafo 5*: El párrafo 5 insta a los Estados a que consideren la posibilidad de renunciar a la expulsión de un migrante cuando existan motivos fundados para creer que el migrante sería objeto de otras graves privaciones de derechos humanos.
8. Los organismos internacionales de derechos humanos y los marcos regionales reconocen la protección de no devolución para situaciones de violencia generalizada, la cual puede implicar una amplia gama de derechos.²⁶⁵

257 Véase, por ejemplo, la Declaración de Cartagena, *supra* nota 34, ¶ 3 (“la definición o concepto de refugiado... incluye también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”); Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, *supra* nota 35; Directriz del Consejo 2011/95/EU, art. 15, 2011 O.J. (L 337) 9, 18 (La protección subsidiaria de la no devolución incluye el riesgo de daño grave, definido como: a) la pena de muerte o la ejecución; o b) la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes de un solicitante en el país de origen; o c) amenaza grave e individual a la vida de una persona civil por razón de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.”).

258 Véase, por ejemplo, Observación General No. 6, *supra* nota 128, ¶ 27 (“los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en [el] artículo 6 37 [derecho a la vida] ... de la Convención.”); *Observación General No. 31*, *supra* nota 248, ¶ 12 (“la obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada.”); *G.T. vs. Australia*, *supra* nota 255, ¶ 8.1.

259 Véase, *Bader vs. Suecia*, Aplicación No. 13284/04, 46 TEDH Rep. 13, 206 (2005) (concluyendo que la deportación del solicitante para hacer frente a una ejecución violaría el derecho a la vida). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa a menudo de presuntas violaciones del derecho a la vida en el contexto del examen de violaciones del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas inhumanos o degradantes. Véase, por ejemplo, *Na vs. Reino Unido*, Aplicación No. 25904/07, 48 TEDH Rep. 15, 378 (2009); *Said vs. Países Bajos*, Aplicación No. 2345/02, 43 TEDH Rep. 14, 256 (2005). Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, Caso 10.675, CIDH., Informe no. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., en 550 (1997).

260 *Kaboulov vs. Ukraine*, Aplicación No. 41015/04, 50 TEDH Rep. 39, 998 (2010).

261 Véase, por ejemplo, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, Caso 10.675, CIDH., Informe no. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev. ¶ 156-57 (1997); *Baboeram vs. Suriname*, Comunicaciones Nos. 146/1983, 148-154/1983, CCPR/C/24/D/146/1983, (4 de abril de 1985), *disponible en inglés en* <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session40/146-1983.htm>.

262 Véase, *D. vs. Reino Unido*, Aplicación No. 30240/96, 24 TEDH Rep. 423, 436-38 (1997) (encontrando que las pretensiones del artículo 2 son indisolubles de las alegaciones bajo el artículo 3).

263 *Saadi vs. Italia*, Aplicación No. 37201/06, 49 TEDH Rep. 30, 758-59 (2009) para. 127; *Chahal vs. Reino Unido*, Aplicación No. 22414/93, 23 TEDH Rep. 413, 437 (1997).

264 *Observación General No. 20*, *supra* nota 247.

265 Véase, por ejemplo, la Declaración de Cartagena, *supra* nota 34, en 190-193 (“la definición o concepto de refugiado... in-

Ciertos Estados y regiones utilizan regímenes de protección temporal para garantizar que los migrantes no regresen a zonas de guerra u otras situaciones de crisis.²⁶⁶ Situaciones como las catástrofes naturales repentinas o los desastres de aparición lenta pueden amenazar el derecho a la vida de los migrantes, así como otros derechos como la salud, la vivienda, la alimentación y un nivel de vida adecuado.²⁶⁷ Si bien los casos que involucran derechos tales como la salud²⁶⁸ y un nivel de vida adecuado²⁶⁹ han sido evaluados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo tratos humillantes y degradantes, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sostenido que la posible violación de otros derechos podría producir protecciones de no devolución. Por ejemplo, los Estados no deberían devolver a un migrante a un país en el que existan motivos fundados para creer que se negaría al migrante el derecho a un juicio justo,²⁷⁰ el derecho a tener y manifestar creencias religiosas,²⁷¹ o ser detenido arbitrariamente.²⁷² Los Estados deben ajustar sus procedimientos de expulsión para respetar todos los derechos humanos de cada individuo dentro de sus jurisdicciones.

9. **Párrafo 6:** El párrafo 6 tiene por objeto establecer una protección contra la devolución para todos los migrantes que estén sujetos a la jurisdicción de un Estado o al control efectivo, independientemente de si el migrante se encuentra dentro del territorio del Estado.²⁷³ El ámbito de protección debe incluir a los migrantes que buscan asilo o los migrantes interceptados en alta mar,²⁷⁴ y prohíbe los llamados “empujar hacia atrás”, en

cluye también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”); Convención por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, *supra* nota 230; Directriz del Consejo 2011/95/EU, *supra* nota 256, en art. 15 (La protección subsidiaria de la no devolución incluye el riesgo de daño grave, definido como: a) la pena de muerte o la ejecución; o b) la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes de un solicitante en el país de origen; o c) amenaza grave e individual a la vida de una persona civil por razón de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.”); Na vs. Reino Unido, Aplicación No. 25904/07, 48 TEDH Rep. 15, 378 (2009); (“La Corte nunca ha excluido la posibilidad de que una situación general de violencia en un país de destino tenga un nivel de intensidad suficiente que implique que cualquier deportación hacia él violaría necesariamente el artículo 3 de la Convención. Sin embargo, la Corte adoptaría tal enfoque sólo en los casos más extremos de violencia general, donde existía un riesgo real de malos tratos simplemente por el hecho de que un individuo estar expuesto a tal violencia al regresar.”).

266 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *supra* nota 167, en 67-73.

267 Véase, Vikram Kolmannskog y Lisetta Trebbi, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento: un enfoque multi-punto para llenar las lagunas de protección*, 92, no. 879 Revista Internacional de la Cruz Roja 713 (2010), disponible en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2010/irrc-0879-kolmannskog.pdf>.

268 D. vs. Reino Unido, Aplicación No. 30240/96, 24 TEDH Rep. 423, 436-38 (1997).

269 M.S.S. vs. Bélgica, Aplicación No. 30696/09, 53 TEDH Rep. 2, (2011) (Teniendo en cuenta el hecho de que el solicitante de asilo “vivía en la calle sin recursos ni acceso a instalaciones sanitarias y sin ningún medio para satisfacer sus necesidades básicas” durante varios meses).

270 Véase, A.R.J. vs. Australia, ¶ 6.15, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996 (11 de agosto de 1997), disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1377>.

271 Véase, Z y T vs. Reino Unido, Aplicación No. 27034/05, TEDH Rep. (28 Febrero 2006), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/45ccab042.html>.

272 Véase, Z y T, TEDH; Tomic vs. Reino Unido, Aplicación No. 17387/03, TEDH Rep. (9 de junio de 2003), disponible en inglés en <http://echr.ketse.com/doc/17837.03-en-20031014/view/> (Declarando que existe la posibilidad de que una detención arbitraria flagrante plantee cuestiones de no devolución).

273 OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR, *supra* nota 234.

274 Véase, por ejemplo, *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo sobre Protección Internacional de Refugiados*, *supra* nota 234, ¶ (c) (“Es una obligación humanitaria de todos los Estados ribereños permitir a los buques en peligro buscar refugio en sus aguas y conceder asilo o, al menos, un refugio temporal a las personas a bordo que deseen solicitar asilo.”); OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR, *supra* nota 234; Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, Caso 10.675, CIDH., Informe no. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev. ¶ 156-57 (1997); Reporte para la Agencia de la ONU para los Refugiados como Amicus Curiae apoyando a los demandantes, Sale v. Haitian Centers Council, Inc., 509 U.S. 155 (1993) (No. 92-344); Medvedyev vs. Francia, Aplicación No. 3394/03, 51 TEDH Rep. 39, 919-21 (2010) (Extendiendo la aplicabilidad del CEDH a la interceptación y control efectivo de un barco en alta mar por un buque de guerra francés).

los cuales los Estados interceptan a los buques en el mar y retornan sumariamente a los migrantes a los Estados de envío sin una determinación individualizada de las necesidades de protección.²⁷⁵ Esta interpretación “extraterritorial” de no devolución es reforzada por la intención de los Estados Partes a la Convención de 1951 sobre los Refugiados de no poner a los migrantes en riesgo de sufrir daños graves o persecución,²⁷⁶ y de la naturaleza de la IMBR como un conjunto de normas derivadas de la dignidad fundamental de todos los migrantes, más que de sus vínculos con un soberano particular.

ARTÍCULO 14

Nacionalidad

1. Todo migrante tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, en caso de que la persona no tenga derecho a otra nacionalidad.
3. Los Estados establecerán, y deberían incentivar, la naturalización de los migrantes, con sujeción a las limitaciones y condiciones que no sean arbitrarias y de acuerdo con el debido proceso legal.
4. Los Estados deben reconocer el derecho de expatriación y la renuncia de la nacionalidad, con sujeción únicamente a las condiciones y límites basados en consideraciones imperiosas de orden público o la seguridad nacional.
5. Ni el matrimonio ni la disolución del matrimonio afectarán automáticamente la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o de sus hijos. Los Estados no retirarán la nacionalidad a un ciudadano que se case con un no-nacional a menos que el ciudadano tome medidas expresas para renunciar a su nacionalidad. Los Estados reconocerán a las mujeres igualdad de derechos frente a los hombres con respecto a la nacionalidad de sus hijos.
6. A ningún migrante se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad. Los Estados no deben considerar la adquisición de una nacionalidad extranjera por el migrante como una forma de renuncia automática o implícita de la nacionalidad del Estado de origen.
7. Los Estados deberían permitir que los niños con múltiples nacionalidades adquiridas automáticamente al nacer retener dichas nacionalidades.

Comentario

1. La base de este artículo es el derecho fundamental de toda persona a una nacionalidad. Este derecho incluye la capacidad de cambiar de nacionalidad sin la injerencia arbitraria de un Estado soberano.²⁷⁷ Los Estados deberían también tomar medidas razonables para combatir la apatridia y no deben actuar de tal manera que las personas queden apátridas. Este artículo afirma que no deben erigirse obstáculos irrazonables para la renuncia o la adquisición de una nacionalidad. Además, para permitir que los migrantes alcancen el pleno goce de los

275 Véase, *Hirsi Jamaa vs. Italia*, Aplicación No. 27765/09, 55 TEDH Rep. 21 (2012).

276 Véase, OPINIÓN CONSULTIVA DEL ACNUR, *supra* nota 234.

277 Véase, DUDH, *supra* nota 1, en art. 15 (“(1) Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. (2) A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”).

derechos sociales, políticos, culturales, laborales y de otro tipo contenidos en esta Carta de Derechos, los Estados deben alentar la naturalización de los migrantes residentes legales. Si bien este artículo reconoce el derecho general de los Estados soberanos a determinar cuándo conceder los derechos de ciudadanía y de nacionalidad,²⁷⁸ este artículo también reconoce los límites necesarios²⁷⁹ a esta facultad: en particular, los Estados no pueden cargar injustificadamente la libre circulación de personas mediante leyes de ciudadanía y nacionalidad indebidamente restrictivas, tampoco pueden los Estados ejercer sus poderes soberanos sobre la ciudadanía y la nacionalidad de manera que entre en conflicto con las normas de derecho internacional. Una lista no exhaustiva de tales normas incluye la preservación de la igualdad de género, los derechos del matrimonio y los derechos del niño. Este artículo articula los límites aplicables al poder soberano de los Estados para dictar leyes de ciudadanía y nacionalidad. De conformidad con el artículo 1, el migrante que obtiene la ciudadanía del Estado de acogida deja de ser migrante.

2. Los migrantes se enfrentan frecuentemente a problemas sobre su condición jurídica debido a las leyes de ciudadanía y nacionalidad tanto de los Estados de destino como de los Estados de origen. En particular, los migrantes pueden encontrar resistencia en naturalizarse donde residen y pueden arriesgarse a perder los derechos y privilegios que da la nacionalidad de su Estado de origen mientras buscan o adquieren la nacionalidad en otro Estado. En cada uno de estos casos, este artículo favorece la inclusión en las leyes de ciudadanía y nacionalidad, y este artículo desaconseja enérgicamente la renuncia involuntaria de la ciudadanía y la nacionalidad en virtud de leyes internas de un Estado. En el caso de una persona que de otro modo sería apátrida, este artículo reconoce el derecho de esa persona a adquirir la nacionalidad del Estado en el que nació, en caso de no tener derecho a otra nacionalidad.
3. *Párrafo 2:* El objetivo del párrafo 2 es garantizar que toda persona tenga derecho a una nacionalidad. El derecho de una persona a la nacionalidad del Estado en el que nació está explícitamente previsto en la CADH,²⁸⁰ el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997,²⁸¹ la Convención para Reducir los Casos de Apatridia,²⁸²

278 El derecho internacional ha reconocido desde hace mucho tiempo que las leyes de ciudadanía y nacionalidad caen dentro de los poderes soberanos de los Estados. Véase, Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad art. 1, 2, 12 de abril de 1930, 179 L.N.T.S. 89. Véase también, MICHAEL WALZER, *ESFERAS DE LA JUSTICIA* 39 (1983) (argumentando que la supervivencia de las comunidades democráticas depende de su ejercicio de cierto control sobre la condición de miembro dentro de sus propias comunidades nacionales).

279 Existe un amplio respaldo moderno e histórico para establecer límites al alcance del poder de un Estado soberano de elaborar sus leyes de ciudadanía y nacionalidad. El artículo I de la Convención de La Haya de 1930 sobre la nacionalidad reconoce que tales leyes deben ser compatibles con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional. Véase, Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, *supra* nota 277, en art. 1. Anterior a esto, la opinión consultiva de la CPJI en el caso de *Túnez-Marruecos* ya sugería que en el futuro el derecho internacional se desarrollaría de tal forma que impondría restricciones a la autoridad de los Estados soberanos para elaborar y administrar leyes de nacionalidad. Véase, Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos (Zona Francesa) el 8 de noviembre de 1921, Opinión Consultiva, 1923 P.C.I.J. (ser B) No. 4, en 24 (7 de febrero). El caso *Nottebohm* incorpora directamente las consideraciones de las normas del derecho internacional en la evaluación de la legitimidad de las leyes de nacionalidad de un soberano. *Nottebohm (Liech. vs. Guat.)*, 1955 C.I.J. 4, 23 (6 de abril). Más recientemente, el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de Estrasburgo de 1997 declaró en el párrafo 2 del artículo III que los Estados determinarán su propia legislación de nacionalidad únicamente en la medida en que sean compatibles con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios internacionales generales relativos a la nacionalidad. Convenio Europeo sobre la Nacionalidad art. 3.2, 6 de noviembre de 1997, ETS No. 166.

280 CADH, *supra* nota 12, en art. 20 ("Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra").

281 Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997, *supra* nota 278, en art. 7 ("Cada Estado Parte dispondrá en su derecho interno que su nacionalidad sea adquirida por los niños nacidos en su territorio que no adquieran al nacer otra nacionalidad").

282 Convención para Reducir los Casos de Apatridia, *supra* nota 43, en art. 1 ("Todo Estado contratante concederá su nacio-

y el Convenio de la Haya concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad,²⁸³ y está implícito en la DUDH²⁸⁴ y la CDN.²⁸⁵ El reconocimiento del derecho de las personas a la nacionalidad del Estado en el que nacieron conduciría, en última instancia, a la eliminación de la apatridia si este derecho fuese universalmente ejercido. Sin embargo, los Estados no tienen el deber conferir automáticamente la nacionalidad bajo estos tratados. Los Estados deben velar por que exista un proceso acelerado de adquisición de la nacionalidad para aquellas personas que de otro modo quedarían sin nacionalidad. Un proceso que sea tan oneroso que se convierta en contrario al objeto y propósito de este derecho es una violación a este derecho.

4. **Párrafo 3:** Se debe alentar la naturalización de los migrantes residentes legales, ya que la naturalización promueve el ejercicio de los otros derechos del migrante y preserva el derecho a cambiar de nacionalidad. El objetivo de la naturalización se justifica por la desigualdad inherente que implica tener dos clases distintas de residentes dentro de un Estado. Esta dicotomía sobre la condición jurídica es especialmente problemática cuando una clase no naturalizada está sujeta a las leyes de un Estado sin gozar de participación y derecho al voto dentro del Estado soberano.²⁸⁶ Los trabajadores temporales presentan un ejemplo de este problema: a pesar de las garantías formales de protección legal, estos migrantes frecuentemente enfrentan dificultades en el ejercicio de sus derechos y en exigir condiciones de trabajo equitativas, a la vez, la disponibilidad de trabajadores vulnerables, a menudo con bajo salario, también puede afectar el poder de negociación de los sindicatos locales y empeorar las condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores naturalizados de la misma industria.²⁸⁷ Así, la naturalización no sólo mejora la condición del migrante, sino que también preserva los derechos legales de los residentes y ciudadanos ya naturalizados en el Estado receptor.
5. Los factores que refuerzan la solicitud de naturalización son: duración de la residencia; vínculos económicos, sociales y familiares; integración comunitaria y lingüística; estatus legal; el interés superior del niño; y motivos humanitarios. Esta lista de factores para evaluar la fortaleza de una solicitud de naturalización no es exhaustiva, y estos factores deben aplicarse en un análisis caso por caso de las peticiones individuales de naturalización. Bajo tal análisis, la ausencia de un factor o conjunto de factores no es *per se* razón para rechazar una solicitud de naturalización; por el contrario, una petición robusta bajo cualquier factor —como el derecho a la unificación familiar o los intereses necesarios del niño— puede ser suficiente por sí solo para sostener una solicitud. Un resultado necesario de este equilibrio de factores que favorecen o desfavorecen una solicitud de naturalización, es que la entrada ilegal de un migrante en un Estado no impedirá absolutamente la naturalización final del migrante en ese Estado.

nalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.”).

283 Véase, Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, *supra* nota 277, en art. 15 (“Cuando la nacionalidad de un Estado no se adquiere automáticamente por razón del nacimiento en su territorio, el niño nacido en el territorio de ese Estado de padres que no tengan nacionalidad o de nacionalidad desconocida, podrá obtener la nacionalidad de dicho Estado.”).

284 DUDH, *supra* nota 1, en art. 15(1) (“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”). Este otorgamiento de un derecho universal no especifica qué Estado tiene el deber correspondiente de proporcionar la nacionalidad, sin embargo la construcción más lógica de este artículo es que cada persona tiene como mínimo el derecho a la nacionalidad del país en el cual el individuo nace.

285 CDN, *supra* nota 6, en art. 7(1) (“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...”), art. 8(1) (“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad...”). Dado que el registro de nacimiento y el derecho a la nacionalidad están ambos incluidos en el mismo párrafo del artículo 7 de la CDN, está implícito en este artículo que el niño estará registrado en el Estado en el que nace y tiene derecho a adquirir la nacionalidad de ese Estado.

286 Véase, PHILLIP COLE, *FILOSOFÍAS DE LA EXCLUSIÓN* 10 (2000).

287 Véase, Jennifer Gordon, *Ciudadanía Laboral Transnacional*, 80 S. CAL. L. REV. 503, 553-56 (2007) (relativo a los problemas de los derechos de los trabajadores nacionales y extranjeros planteados por la existencia de un sistema de trabajador temporal en lugar de uno que dé lugar a la naturalización y posterior sindicalización de los trabajadores extranjeros).

6. **Párrafo 4:** El derecho a la expatriación es en sí mismo una norma del derecho internacional.²⁸⁸ Para proteger adecuadamente este derecho, las excepciones que permiten a los Estados negar la expatriación deben leerse de manera restrictiva: Las “consideraciones convincentes” deberían limitarse a las respuestas necesarias y proporcionales a las exigencias existentes y no ser meramente políticas preventivas de base amplia dirigidas a hipotéticas amenazas futuras a la soberanía del Estado. Así pues, si bien una amenaza inminente de grave daño nacional puede sostener la negativa de un Estado a permitir a los ciudadanos expatriarse, las preocupaciones más abstractas relativas a la conservación a largo plazo de los recursos estatales no justificarán la negativa a la expatriación.
7. **Párrafo 5:** De conformidad con la tendencia de leyes de ciudadanía neutrales al género y el concepto de que la renuncia o adquisición de una nacionalidad debe ser un acto positivo, este párrafo reconoce tanto la igualdad de hombres y mujeres en cuanto a su propia nacionalidad en el acto del matrimonio y con respecto a la nacionalidad de sus hijos, tal como lo afirma la CEDAW²⁸⁹ y la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.²⁹⁰ En el caso de que un Estado mantenga leyes que automáticamente confieren la nacionalidad con el matrimonio, dicha ley no será tomada como una acción afirmativa para la renuncia de otras nacionalidades. En particular, el acto del matrimonio no debe conducir a la discriminación de género al cambiar automáticamente la nacionalidad de uno de los cónyuges para reflejar la del otro —como es el caso frecuente de mujeres a las cuales se les cambia forzosamente su nacionalidad para reflejar la nacionalidad de sus esposos.²⁹¹ Este párrafo incorpora además consideraciones importantes de la igualdad de género, como para el caso de los matrimonios forzados ilegales, este párrafo impide que los migrantes forzados sigan recibiendo un daño adicional, al garantizar que la nacionalidad del Estado de origen del cónyuge que contrae matrimonio involuntariamente no sea renunciada simultáneamente o involuntariamente debido al matrimonio forzado. Asimismo, garantiza la igualdad de género para los hijos de matrimonios entre nacionales de dos Estados diferentes.
8. **Párrafo 6:** El párrafo 6 incorpora dos preocupaciones importantes. Primero, la renuncia a la nacionalidad debe ser un proceso afirmativo; segundo, los Estados no deben construir “puertas trampa” a través de las cuales el disfrute de derechos en áreas como el matrimonio resulte en la pérdida accidental de la nacionalidad. Se tiene un derecho claro bajo el derecho internacional de casarse con la persona de su elección.²⁹² El ejercicio de este derecho no debe anular el disfrute de otros derechos esenciales, como aquellos relativos a la nacionalidad.
9. El párrafo 6 es la articulación más clara de la política del presente artículo que favorece el reconocimiento de ciudadanía múltiple, y la política que desfavorece fuertemente cualquier renuncia a la ciudadanía que no implique una declaración de intención activa del ciudadano afectado directamente por la pérdida de la ciudadanía. Aunque los Estados conservan la autoridad para preparar leyes nacionales de ciudadanía que no reconozcan los derechos de ciudadanía múltiple, la transparencia y la notificación efectiva deberían caracterizar siempre a las leyes de ciudadanía. Este párrafo también favorece las tendencias hacia el reconocimiento de

288 Véase, por ejemplo, DUDH, *supra* nota 1, en art. 15(2) (“A nadie se privará... del derecho a cambiar de nacionalidad.”).

289 CEDAW, *supra* nota 1, en art. 9(1), (2) (“Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge... Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.”). Véase también, *Unity Dow vs. Procurador General*, Corte de Apelación, 3 de julio de 1992, 1992 BLR119 (CA) (Bots.) (Sosteniendo que el otorgamiento automático de la nacionalidad del padre con exclusión de la madre violó el derecho a no ser discriminado por motivo de sexo).

290 Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, art. 1, abierto a la firma el 20 de febrero de 1957, 309 U.N.T.S. 65 (“... ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.”).

291 Véase, CEDAW, *supra* nota 1, en art. 9(1).

292 Véase, por ejemplo, DUDH, *supra* nota 1, en art. 16(1), (2).

la ciudadanía múltiple en al menos algunas circunstancias. Los párrafos 6 y 7 se complementan mutuamente, de modo que la pluralidad de nacionalidades adquiridas automáticamente por cualquier medio —como la nacionalidad plural adquirida automáticamente y específicamente mediante el matrimonio— no debe constituir una renuncia automática a la nacionalidad original de la persona.

- 10. Párrafo 7:** Este párrafo se basa y aclara los derechos existentes a la nacionalidad de los niños. Así como toda persona tiene derecho a una nacionalidad, todo niño debe tener derecho a adquirir una nacionalidad.²⁹³ El derecho a adquirir una nacionalidad implica necesariamente el derecho a preservar esa nacionalidad.²⁹⁴ El párrafo 6 de este artículo establece que el pleno reconocimiento de estos derechos debe extenderse al reconocimiento de la pluralidad de nacionalidades de un niño adquiridas automáticamente al nacer. Además, la preservación de la igualdad entre hombres y mujeres con respecto a la nacionalidad de sus hijos²⁹⁵ exige la aceptación de la pluralidad de nacionalidades en virtud de este párrafo. Tradicionalmente, ha habido cierta resistencia en el derecho internacional a permitir la doble o pluralidad de nacionalidades;²⁹⁶ sin embargo, existe un fuerte movimiento hacia el reconocimiento de la pluralidad de nacionalidades, y aquellos Estados que aún rechazan formalmente la práctica a menudo dan aquiescencia a las mismas al no implementar las leyes internas que requieren una nacionalidad exclusiva.²⁹⁷ Esta Carta favorece la tendencia hacia el reconocimiento y adopta la posición de que, en general, los intereses de los niños comprendidos en este párrafo se cumplen mejor si se permite la pluralidad de nacionalidades.

ARTÍCULO 15

Familia

1. Toda familia migrante tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para facilitar la reunificación de los familiares de migrantes con nacionales o ciudadanos.
3. Los niños que no tienen nacionalidad efectiva tienen el derecho de regresar al Estado de origen de cualquiera de sus padres y permanecer indefinidamente con sus padres, o uno de sus padres, independientemente de la nacionalidad de los niños.

293 Véase, por ejemplo, PIDCP, *supra* nota 2, en art. 24(3); CDN, *supra* nota 6, en art. 7(1).

294 Véase, CDN, *supra* nota 6, en art. 8(1).

295 Véase, CEDAW, *supra* nota 1, en art. 9(2).

296 Véase, Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, *supra* nota 277, en pmb. (“Convencidos de que es de interés general para la comunidad internacional garantizar que todos sus miembros reconozcan que toda persona debe tener una nacionalidad y tener una sola nacionalidad”). En el segundo párrafo del artículo 12, el Convenio dispone que “la ley de cada Estado permitirá que los hijos de cónsules de carrera o de funcionarios de Estados extranjeros encargados de misiones oficiales por sus gobiernos se despojen, por repudio o por otro modo, de la nacionalidad del Estado en el que nacieron, en todo caso en que, al nacer, hayan adquirido la doble nacionalidad, siempre que conserven la nacionalidad de sus padres.” El Convenio parece estar más preocupada por que los niños puedan renunciar a su doble nacionalidad con respecto a los hijos de diplomáticos de carrera. T Alejandro Aleinikoff, *Entre Principios y Políticas: Política de Ciudadanía de los EE.UU.*, en DE MIGRANTES A CIUDADANOS 119,137-41 (T Alejandro Aleinikoff y Douglas Klusmeyer eds., 2000), reimpresso en THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF ET AL., INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: PROCESO Y POLÍTICA 90-91 (2008).

297 Véase, Peter J. Spiro, *Doble Nacionalidad y el Significado de la Ciudadanía*, 46 REVISTA JURÍDICA DE EMORY 1411, 1453-58 (1997). Pero véase, Karin Scherner-Kim, *El Rol del Juramento de la Renuncia en la Política Actual de la Nacionalidad de los Estados Unidos—¿Hacer Cumplir, Omitir o Quizás Cambiar?*, 88 REVISTA JURÍDICA DE GEORGETOWN 329, 370 (2000) (argumentando que los Estados deberían hacer cumplir las leyes que rechazando permitir el reconocimiento de pluralidad de nacionalidades).

4. Los Estados deberían conceder estatus migratorio derivado y el ingreso oportuno a familiares dependientes de los migrantes que están legalmente asentados dentro del Estado. Los Estados deberían considerar la ampliación del estatus migratorio derivado a miembros no dependientes de la familia de los migrantes legalmente asentados.

Comentario

1. Este artículo establece la importancia de la familia y aborda los derechos de la familia que son especialmente pertinentes a los migrantes. Se basa en precedentes jurídicos internacionales previos al establecer un derecho que no debería ser polémico.²⁹⁸ Las familias pueden ser por vínculos biológicos, pero también pueden incluir individuos con dependencias mutuas.²⁹⁹ La agrupación social más crucial y básica es la familia. Como la migración puede conducir a períodos prolongados de separación familiar e incertidumbre, el tratamiento estatal de la familia puede tener un gran impacto en la protección que reciben las familias con respecto a otros derechos. Los migrantes son particularmente vulnerables cuando están separados de su familia. El derecho de la familia a estar juntos y el derecho de la familia a reunirse luego de separados son de suma importancia.
2. *Párrafo 1:* Este párrafo define la protección otorgada por la sociedad y el Estado a la agrupación familiar. El derecho a la protección de la familia por parte del Estado se deriva directamente del artículo 23(1) del PIDCP: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”³⁰⁰ El artículo 10(1) del PIDESC establece también que “[s]e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.”³⁰¹ El artículo 12 de la DUDH protege contra la “injerencia arbitraria” en la familia, entre otras cosas, incluyendo “su vida privada...su domicilio o su correspondencia.”³⁰² La CDN y la CEDAW también protegen el derecho a las relaciones familiares tal como se expresa asegurando que la familia no sea separada del niño o que se mantenga una estructura familiar bajo la ley.³⁰³ Esto amplía el derecho del artículo 44(1) de la CTM, que establece que “[l]os Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.”³⁰⁴
3. Un Estado es responsable de proteger a las familias, sin discriminación entre ciudadanos y no ciudadanos. La prohibición de la discriminación basada en el origen nacional se encuentra en el artículo 2(2) del PIDESC, que garantiza todos los derechos en esa Convención “sin discriminación alguna por...origen social” y en el artículo 2(2) del PIDCP. Además, el derecho a la no injerencia en la familia está protegido por el PIDCP. El

298 “Esta norma no debe ser controversial, ya que se limita a reflejar un amplio acuerdo internacional [consagrado en varios tratados de derechos humanos].” Véase, Ryan T. Mrazik y Andrew I. Schoenholtz, *Proteger y Promover el Derecho Humano al Respeto de la Vida Familiar: Reforma basad Tratados y Promoción Nacional*, 24 REVISTA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN DE GEORGETOWN 651, 672 (2010).

299 La definición de “familia” debe interpretarse en sentido amplio. Id. en 653-54 (“Debido a que la familia puede incluir a padres, hermanos, abuelos, hijos adultos y otros, establecer la existencia o no existencia de una vida familiar implica una evaluación basada en hechos, flexible y sustantiva de situaciones donde el derecho al respeto por la vida familiar pueda estar presente.”). Véase también Principios de Yogyakarta, *supra* nota 79, en 27 (“Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.”).

300 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 23(1).

301 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 10(1).

302 DUDH, *supra* nota 1, en art. 12.

303 CDN, *supra* nota 6, en arts. 8-10, 16; CEDAW, *supra* nota 1, en arts. 9, 16.

304 CTM, *supra* nota 16, en art. 44(1).

artículo 17 del PIDCP establece que: “(1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”³⁰⁵

4. La concepción de la familia como “la unidad grupal fundamental de la sociedad” es reconocida en el derecho internacional³⁰⁶ y se deriva de las necesidades sociales, las conexiones biológicas y las relaciones de dependencia entre los individuos en la unidad familiar. El derecho a la protección de la familia implica el derecho de los familiares a convivir.³⁰⁷ Los “dos principios fundamentales” que subyacen al “derecho al respeto de la vida familiar” son: “(1) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y (2) el mantenimiento de la unidad familiar está en el interés superior del niño.”³⁰⁸
5. **Párrafo 2:** Los derechos en este párrafo derivan del derecho contenido en la CDN a que un niño sea criado por su familia.³⁰⁹ Los niños no deben ser separados de sus padres contra su voluntad, y en los casos en que los niños sean separados, la reunificación familiar debe llevarse a cabo a menos que sea contraria al interés superior del niño.³¹⁰ Los niños separados de sus padres “se enfrentan a mayores riesgos, entre otros, de explotación y abuso sexual, reclutamiento militar, trabajo infantil (incluido el trabajo para sus familias de acogida) y detención.”³¹¹ En particular, este párrafo busca evitar situaciones en las que un niño migrante nazca en el país de acogida de los padres y se les otorgue un estatus legal o ciudadanía en ese país sólo con el fin de prohibirle regresar con sus padres al país de origen de estos. De acuerdo con la CDN, la separación sólo debe ocurrir cuando sea necesaria en el interés superior del niño, y no debe ocurrir sobre la base de la ciudadanía. Este derecho debe leerse en el contexto de la disposición general de no devolución de la IMBR.³¹²
6. Los niños tienen derecho a protección y asistencia especiales por parte del Estado cuando son privados temporalmente o permanentemente de su familia.³¹³ Bajo la CDN, la discriminación basada en el origen nacional o social es inadmisibles y, por lo tanto, los Estados tienen la obligación de proporcionar protección y asistencia especiales a todos los niños, independientemente de su origen nacional o social. Además, el artículo 22 de la CDN, que se refiere a los niños que buscan el estatuto de refugiado o que son refugiados, llama a los Estados Partes a que ayuden a las Naciones Unidas a “localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia.”³¹⁴ Si no se puede localizar a la familia, entonces “se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o tempo-

305 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 17. Véase también, Mrazik y Schoenholtz, *supra* nota 297, en 683. Mrazik y Schoenholtz describen esta protección, afirmando que la inclusión de “arbitrario” como calificativo “sugiere la necesidad de una medida de discreción en las decisiones estatales que afectan el derecho de un individuo al respeto de la vida familiar”.

306 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 23(1); PIDESC, *supra* nota 3, en art. 10(1); DUDH, *supra* nota 1, en art. 16(3); CDN, *supra* nota 6, en arts. 8-10, 16; CTM, *supra* nota 16, en art. 44(1).

307 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: Artículo 23 (Protección de la Familia, Derecho al Matrimonio e Igualdad de los Cónyuges)*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (27 de julio de 1990), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>.

308 Mrazik y Schoenholtz, *supra* nota 297, en 652.

309 CDN, *supra* nota 6, en art. 9(1).

310 *Observación General No. 6, supra* nota 128, ¶79 (“El objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia.”).

311 *Id.* en ¶ 3.

312 CARTA DE DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES, art. 13, 28 REVISTA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN DE GEORGETOWN 18. Véase también, *Observación General No. 6, supra* nota 128, ¶82 (“reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un “riesgo razonable” de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor.”).

313 CDN, *supra* nota 6, en arts. 20(1), 22(2).

314 CDN, *supra* nota 6, en art. 22(2).

ralmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.”³¹⁵ Este párrafo también se refiere a las obligaciones del Estado con respecto a los niños en virtud del artículo 3(2) de la IMBR.³¹⁶

7. La CDN también exige que los Estados traten las solicitudes de los niños o de los padres para entrar o salir con fines de reunificación familiar de una manera “positiva, humana y expedita.” Tales solicitudes “no traerá[n] consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.³¹⁷
8. **Párrafo 3:** El niño debe crecer en un ambiente familiar³¹⁸ y debe ser educado por sus padres.³¹⁹ Entendiendo que el proceso de migración puede causar diferencias en la ciudadanía y la nacionalidad efectiva entre los niños y sus padres, este párrafo asegura que la ciudadanía o la apatridia *de facto* no impida que los niños se unan a sus padres, en caso de que regresen a su Estado de origen o a otro lugar nuevo.
9. **Párrafo 4:** Este artículo se basa en el fundamento de la familia como la unidad grupal fundamental de la sociedad. El derecho a la protección de la familia implica la capacidad de los miembros de la familia para convivir.³²⁰ En la primera parte de este párrafo se hace hincapié en el derecho a migrar de los familiares dependientes de migrantes establecidos legalmente. La CDN establece que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.”³²¹ Adicionalmente, la CTM instruye los Estados a “tomar las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.”³²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado el derecho del niño (o de un equivalente sustancial) a unirse a los padres que sean residentes legales de un Estado en virtud del derecho a la familia contenido en la CEDH.³²³
10. Las distinciones entre los miembros de la familia que se ajusten al estándar presentado en el artículo 3(4) de la presente Carta (efectuadas con un objetivo legítimo, con una justificación objetiva y proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos perseguidos) son válidas; este párrafo no pretende suplantar el artículo de protección igualitaria de la Carta.
11. La segunda parte de este párrafo alienta a los Estados a considerar la posibilidad de extender el estatus legal a los familiares no dependientes de los migrantes establecidos legalmente. La extensión del estatus migratorio derivado a los miembros no dependientes de la familia de los migrantes legalmente establecidos se deriva de varios instrumentos de derechos humanos que establecen a la familia como la “unidad grupal fundamental de la sociedad”, incluyendo el PIDCP, el PIDESC, la DUDH, la CDN, y la CTM.³²⁴ La preocupación impulsora a lo largo de este artículo es que, como unidad grupal fundamental de la sociedad, la familia merece la protección del Estado, y esto incluye tanto a las personas dependientes como a las no dependientes pero que forman parte de una familia.

315 CDN, *supra* nota 6, en art. 22(2).

316 CARTA DE DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES, art 3(2), 28 REVISTA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN DE GEORGETOWN 15.

317 CDN, *supra* nota 6, en art. 10(1).

318 CDN, *supra* nota 6, en pmbi.

319 CDN, *supra* nota 6, en art. 9; véase, INICIATIVA PRO JUSTICIA DE LA SOCIEDAD ABIERTA [THE OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE], OPINIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y A LA NO DISCRIMINACIÓN (2008).

320 Véase, *Observación General No. 19, supra* nota 306; PIDCP, *supra* nota 2, en pmbi. ¶12.

321 CDN, *supra* nota 6, en art. 10(1).

322 CTM, *supra* nota 16, en art. 44(2).

323 Sen vs. Países Bajos, Aplicación No. 31465/96, 36 TEDH Rep. 7 (2001).

324 Véase, PIDCP, *supra* nota 2, en art. 23(1); PIDESC, *supra* nota 3, en art. 10(1); DUDH, *supra* nota 1, en arts. 12, 16(3) (protección contra “injerencias arbitrarias en su vida privada...su domicilio o su correspondencia); CDN, *supra* nota 6, en arts. 8, 9, 10, 16; CTM, *supra* nota 16, en art. 44.

ARTÍCULO 16

Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión o Creencias

1. Todo migrante tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o de creencias.
2. Este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su propia elección, y la libertad, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, de manifestar su propia religión o creencia en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. Los migrantes no estarán sujetos a medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. Los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en caso aplicable, de los tutores legales, de garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos de conformidad a sus propias convicciones.

Comentario

1. **Párrafo 1:** El propósito del párrafo 1 es reafirmar el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los migrantes. Esto es de particular importancia para los migrantes que practiquen una religión desconocida en su país de residencia. En virtud del artículo 4(2) del PIDCP, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es inderogable.³²⁵ El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está consagrado en el artículo 18 de la DUDH, en el artículo 18 del PIDCP y en otros instrumentos internacionales.³²⁶ Según la Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos, los derechos protegidos en este artículo son “profundos y de largo alcance.”³²⁷ Adicionalmente, según la Observación General No.15, los derechos garantizados en la Convención “se aplican a todas las personas... independientemente de su nacionalidad” y “deben garantizarse sin discriminación entre ciudadanos y extranjeros.”³²⁸
2. **Párrafo 2:** El propósito del párrafo 2 es reafirmar que la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencias incluye el derecho a conservar la religión o las creencias, el derecho a cambiar la religión o las creencias, el derecho a adoptar una religión o creencia, y el derecho a adoptar puntos de vista ateos.³²⁹ Estos derechos abarcan el derecho a adorar o a reunirse en conexión con una religión o creencia, incluso mediante actos rituales o ceremoniales.³³⁰ Estos derechos son ilimitados.³³¹ La segunda cláusula de este párrafo apoya estos derechos reafirmando el derecho a estar libre de coerción. La protección de estos derechos para los migrantes es de particular importancia cuando son miembros de una religión o creencia minoritaria y son vulnerables

325 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 4(2).

326 CTM, *supra* nota 16, en art. 12; CEDH, *supra* nota 8, en art. 9; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 8; CADH, *supra* nota 12, en art. 12; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, A.G. Res. 36/55, art. 1(1), U.N. Doc. A/RES/36/55 (25 de noviembre de 1981).

327 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 22: Artículo 18 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)*, ¶ 1, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (27 de septiembre de 1993), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom22.html>.

328 *Observación General No. 15*, *supra* nota 66, ¶¶ 1-2.

329 *Observación General No. 15*, *supra* nota 66, ¶ 7; Secretario General de la ONU, Implementación de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, ¶¶ 70-80, U.N. Doc. E/CN.4/1997/91 (30 de diciembre de 1996).

330 *Observación General No. 22*, *supra* nota 326, ¶ 4; A.G. Res. 36/55, *supra* nota 325, en art. 6(a)-(c).

331 Relator Especial del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de religión o de creencias, *Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia Religiosa, transmitido por nota del Secretario General*, ¶¶ 49-53, U.N. Doc. A/60/399 (30 de septiembre de 2005).

frente a los agentes del Estado o a otros que puedan tratar de convertir o impedir la conversión de personas por medios no éticos o forzados.³³² El texto de este párrafo se deriva del artículo 18 de la DUDH, del artículo 18 del PIDCP y de otros instrumentos internacionales.³³³

3. **Párrafo 3:** El propósito del párrafo 3 es reafirmar el derecho de los padres o tutores legales a proporcionar educación religiosa y moral a sus hijos. Esto incluye el respeto por la identidad cultural y los valores del país de donde pueden originar los niños migrantes.³³⁴ Los niños deben tener acceso a la educación religiosa y moral de acuerdo con los deseos de sus padres y no deben ser obligados a recibir instrucción contra los deseos de sus padres. El texto de este artículo se deriva del artículo 18 del PIDCP, del artículo 14 de la CDN y de otros instrumentos internacionales.³³⁵

ARTÍCULO 17

Libertad de Opinión y Expresión

1. Todo migrante tiene derecho a expresar sus opiniones sin interferencias.
2. Todo migrante tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, independientemente de las fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística, o por cualquier otro medio elegido por el migrante.

Comentario

1. **Párrafo 1:** El propósito del párrafo 1 es reafirmar el principio establecido de que toda persona, incluido todo migrante, tiene derecho a la libertad de opinión. El derecho a la libertad de opinión está originalmente consagrado en el artículo 19 de la DUDH.³³⁶ El párrafo 1 sigue el lenguaje del artículo 19 del PIDCP y el artículo 13 de la CTM.³³⁷ El Comité de Derechos Humanos ha declarado que la libertad de opinión contenida en el artículo 19 del PIDCP se extiende para proteger el derecho de un individuo a cambiar su opinión y la libertad a no tener o expresar una opinión.³³⁸ El Comité de Derechos Humanos también ha declarado que ningún individuo puede ser sujeto de un impedimento de sus derechos humanos basado en opiniones percibidas o supuestas.³³⁹ No existen excepciones o reservas al derecho a la libertad de opinión,³⁴⁰ por lo que el Comité de

332 *Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia Religiosa*, *supra* nota 330, ¶¶ 40-68 Véase, PIDCP, *supra* nota 2, en art. 27; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Artículo 27 (Derecho de las minorías), ¶ 5.2, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (26 de abril de 1994), *disponible en* <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom23.html>.

333 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, *supra* nota 325, en art. 1(1).

334 CDN, *supra* nota 6, en art. 14(2).

335 CDN, *supra* nota 6, en art. 14(2); PIDCP, *supra* nota 2, en art. 18(4); CTM, *supra* nota 16, en art. 12(4); Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, *supra* nota 325, en art. 5.

336 DUDH, *supra* nota 1.

337 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 19; CTM, *supra* nota 16, en art. 13.

338 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34: Artículo 19 (Libertad de Opinión y de Expresión)*, ¶¶ 9-10, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (12 de septiembre de 2011), *disponible en* https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN34.

339 *Observación General No. 34*, *supra* nota 337, ¶ 9.

340 Toby Mendel, *Restringiendo la Libertad de Expresión: Estándares y Principios; Documento de Antecedentes para Reuniones Organizadas por el Relator Especial de la ONU para la Libertad De Opinión y Expresión*, CENTRO DE LEY Y DEMOCRACIA 2010, en 3.

Derechos Humanos ha declarado que nunca será necesario derogar la libertad de opinión durante un estado de emergencia.³⁴¹

2. **Párrafo 2:** El propósito del párrafo 2 es reafirmar el principio establecido de que toda persona, incluido todo migrante, tiene el derecho fundamental a la libertad de expresión. La Asamblea General de la ONU ha declarado que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y... la piedra angular de todas las libertades que consagran a las Naciones Unidas.”³⁴² Es importante señalar que la garantía protege tanto el derecho a difundir información como el derecho a buscar y recibir información e ideas.³⁴³ El “derecho a la libertad de expresión” fue originalmente consagrado en el artículo 19 de la DUDH. El párrafo 2 sigue el lenguaje del artículo 19 del PIDCP y del artículo 13 de la CTM.³⁴⁴

ARTÍCULO 18

Libertad de reunión y asociación pacíficas

1. Todo migrante tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Estos derechos incluyen la libertad para formar asociaciones y sindicatos en el Estado de residencia para la promoción y protección de los intereses económicos, sociales, culturales, y otros intereses de los migrantes.

Comentario

1. **Párrafo 1:** El párrafo 1 tiene por objeto reafirmar el derecho de reunión y de asociación pacíficas de los migrantes. El derecho de reunirse pacíficamente y el derecho a asociarse están consagrados en muchos de los instrumentos fundamentales de derechos humanos, como la DUDH,³⁴⁵ el PIDCP,³⁴⁶ la CDN,³⁴⁷ la CIEDR,³⁴⁸ el CEDH,³⁴⁹ la Carta de Banjul,³⁵⁰ y la CADH.³⁵¹ El Comité de Derechos Humanos además ha interpretado

341 *Observación General No. 34, supra* nota 337, ¶ 5.

342 Convocatoria para una Conferencia Internacional sobre Libertad de Información, A.G. Res. 59/1, U.N. Doc.A/RES/59 (14 de diciembre de 1946).

343 Mendel, *supra* nota 339, en 4-5; Mavlonov vs. Uzbekistán, Comunicación No. 1334/2004, ¶ 8.4, U.N.Doc. CCPR/C/95/D/1334/2004 (27 de abril de 2009), *disponible en inglés en* <http://www.refworld.org/docid/4ac9aaa22.html> (sosteniendo que el rechazo de las autoridades de Uzbekistán para registrar un periódico negó tanto el derecho de expresión del redactor y también del lector de recibir la información y las ideas).

344 CEDH, *supra* nota 8, en art. 10, CADH, *supra* nota 12, en art. 9; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 13.

345 DUDH, *supra* nota 1, en art. 20(1) (“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.”).

346 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 21 (“Se reconoce el derecho de reunión pacífica”), art. 22(1) (“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras...”).

347 CDN, *supra* nota 6, en art. 15(1) (“Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.”).

348 CIEDR, *supra* nota 4, en art. 5(d)(ix) (“...los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas...”).

349 CEDH, *supra* nota 8, en art. 11(1) (“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.”).

350 Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 10(1) (“Todo individuo tendrá derecho a la libre asociación, siempre que cumpla con la ley.”), art.11 (“Todo individuo tendrá derecho a reunirse libremente con otros.”).

351 CADH, *supra* nota 12, en art. 15 (“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.”), art. 16 (“Todas las personas

el PIDCP para garantizar que “los extranjeros reciban el beneficio del derecho a la reunión pacífica y a la libertad de asociación.”³⁵² El Consejo de Derechos Humanos de las ONU ha destacado la importancia de estos derechos y reiteró que estos derechos aplican a los migrantes.³⁵³ El Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y de Asociación Pacíficas es aún más explícito al afirmar que los derechos de reunión y asociación en el PIDCP se aplican a los no nacionales, incluidos los apátridas, los refugiados y los migrantes.³⁵⁴

2. El derecho de reunión y de asociación pacíficas facilita el ejercicio de muchos otros derechos y es esencial para una democracia funcional. El derecho permite a los individuos “expresar sus opiniones políticas, participar en actividades literarias y artísticas y otras actividades culturales, económicas y sociales, participar en observancias religiosas u otras creencias, formar y afiliarse a sindicatos y cooperativas y elegir líderes para representar sus intereses y hacerlos rendir cuentas.”³⁵⁵ Para los migrantes, que a menudo no tienen derecho a votar, que son a menudo de una minoría cultural, étnica o religiosa, y que a menudo se encuentran en situaciones laborales con pocas prerrogativas de negociación, la capacidad de reunirse y asociarse sin temor a represalias, es una forma importante de involucrarse en la política y reivindicar otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.³⁵⁶
3. **Párrafo 2:** La libertad de formar asociaciones y sindicatos está explícitamente enumerada en varios documentos fundamentales de derechos humanos, entre ellos la DUDH,³⁵⁷ el PIDCP,³⁵⁸ el PIDESC,³⁵⁹ la CIEDR,³⁶⁰ la CTM,³⁶¹ y el CEDH.³⁶² El derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos también está protegido por la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 87 de la OIT.³⁶³ Además, la Conferencia Internacional del Trabajo declaró en 1998 que todos los miembros de la OIT tienen la obligación de respetar, promover y hacer realidad ciertos derechos fundamentales, incluyendo la libertad de asociación.³⁶⁴ La libertad de asociación in-

tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.”).

352 *Observación General No. 15, supra* nota 66, ¶ 7.

353 A.G. Res. 15/21, ¶ 1, U.N. Doc. A/HRC/RES/15/21 (6 de octubre de 2010).

354 Reporte del Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y de Asociación Pacífica, ¶ 13, U.N. Doc. A/HRC/20/27 (21 de mayo de 2012).

355 A.G. Res. 15/21, *supra* nota 352, en p.mbl.

356 Reporte del Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y de Asociación Pacífica, *supra* nota 353, ¶ 12.

357 DUDH, *supra* nota 1, en art. 23(4) (“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”).

358 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 22(1) (“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.”).

359 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 8(1) (“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar...El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales.”).

360 CIEDR, *supra* nota 4, en art. 5(e)(ii) (“...los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse.”).

361 CTM, *supra* nota 16, en art. 26(1) (“Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente...”).

362 CEDH, *supra* nota 8, en art. 11(1) (“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.”).

363 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (No. 87), art. 2, 9 de julio de 1948, 68 U.N.T.S. 17 [en lo adelante Convenio 87 de la OIT] (“Los trabajadores y los empleadores, *sin ninguna distinción* y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.” (énfasis añadido)).

364 Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, junio de 1998, Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Dere-

cluye el derecho a formar y afiliarse a una asociación, a operar la asociación libremente y a protegerse de interferencias indebidas, a acceder a fondos y recursos, a participar en la dirección de los asuntos públicos y no estar sujetos a la terminación ilícita de la relación de empleo.³⁶⁵ La libertad sindical se aplica a los trabajadores, no sólo independientemente de su nacionalidad, sino también “sin importar de su estatus migratorio.”³⁶⁶ Este derecho debe leerse conjuntamente con los derechos laborales protegidos por esta Carta en el artículo 20.

ARTÍCULO 19

Vida cívica y política

1. Todo migrante tiene derecho a participar en la vida civil y política de su comunidad y en la conducción de los asuntos públicos.
2. Este derecho incluye la libertad de participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegido en las elecciones de ese Estado, de conformidad con su legislación.

Comentario

1. El derecho a la vida civil y política se extiende desde la idea de que es de interés para todas las personas tener voz en las políticas que les afectan. Como se enfatiza en el preámbulo de la IMBR, “los migrantes aportan contribuciones especiales a sus comunidades, y la capacidad de participar e influir en su comunidad es una parte importante de la dignidad humana.” Los migrantes a menudo crean nuevas raíces familiares y comunitarias en su lugar de residencia manteniendo conexiones similares en su Estado de origen. Este artículo alienta a los Estados a extender los derechos cívicos a los migrantes ofreciendo algunas vías para que las voces de los migrantes sean escuchadas.
2. *Párrafo 1:* El lenguaje de “participar en la vida civil y política” permite una serie de interpretaciones. En la práctica, los Estados deben otorgar el derecho de voto a los migrantes en las elecciones locales, pero también pueden facilitar la participación cívica solicitando comentarios sobre las propuestas de leyes o políticas, solicitando opiniones a los migrantes a través de un representante en los órganos deliberativos o consultivos, y proporcionando información completa sobre los derechos y los deberes cívicos.³⁶⁷ El derecho también puede hacerse efectivo en parte facilitando la libertad de reunión y de asociación, ya sea sobre la base de los grupos comunitarios o de comercio.³⁶⁸ Los derechos de reunión y de asociación también apoyarán la participación de los migrantes en la conducción de los asuntos públicos permitiendo a los migrantes ejercer “influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse.”³⁶⁹

chos Fundamentales en el Trabajo, art. 3 (18 de junio de 1998), *disponible en* <http://ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm> [en lo adelante Declaración de la OIT de 1998].

365 Reporte del Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y de Asociación Pacífica, *supra* nota 353, ¶¶ 53-76.

366 Opinión Consultiva sobre Migrantes Indocumentados, *supra* nota 166, ¶ 157 (“Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos [libertad de asociación y de organizar y afiliarse a un sindicato] de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”).

367 Véase, Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, Informe Explicativo, 5 de febrero de 1992, C.E.T.S. No. 144.

368 Véase, por ejemplo, Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, *supra* nota 366.

369 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: Artículo 25 (La participación en los asuntos públicos y el*

3. El derecho a participar en la vida civil y política de la comunidad se basa en las ideas del PIDCP y de la CIEDR.³⁷⁰ Aunque estos documentos limitan los derechos cívicos sobre la base de la ciudadanía, sirven como evidencia de la importancia de estos conceptos para el pleno goce de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos menciona explícitamente la posibilidad de que los residentes permanentes puedan “gozar de derechos [civiles] de forma limitada, por ejemplo, al tener derecho a votar en las elecciones locales o a ocupar determinados cargos de función pública.”³⁷¹ Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no exige una participación electoral directa de los migrantes, los países europeos —y la Unión Europea en su conjunto— ofrecen modelos exitosos de participación de no ciudadanos en la vida civil y política, incluidas las elecciones locales.³⁷² Además, el sufragio de los inmigrantes es una tendencia creciente y actualmente disponible de alguna manera en más de cuarenta países.³⁷³ Esta tendencia del sufragio de los inmigrantes refleja fuertes argumentos de política a favor del empoderamiento de los migrantes, especialmente los migrantes que pagan impuestos, que pueden ser reclutados en el servicio militar, o de cualquier forma asumir las responsabilidades de ciudadanía del país de acogida.³⁷⁴
4. *Párrafo 2:* El párrafo 2 se deriva del artículo 41 de la CTM y obliga a los Estados de origen a permitir que sus ciudadanos residentes en el extranjero voten y sean elegidos.³⁷⁵ El derecho a votar desde el exterior se apoya en el principio del sufragio universal. La DUDH reconoce el derecho de toda persona a participar en el gobierno, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, y tener igual acceso a la función pública.³⁷⁶ El PIDCP y varios instrumentos regionales otorgan a los ciudadanos el derecho de votar y presentarse a elecciones restricciones indebidas;³⁷⁷ sin embargo, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos han declarado que los requisitos de residencia son generalmente considerados requisitos

derecho de voto) ¶ 8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (27 de agosto de 1996), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html> (describiendo una forma en que los ciudadanos pueden participar en la conducción de los asuntos públicos).

370 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 25 (“Todos los ciudadanos gozarán del derecho a... Participar en la dirección de los asuntos públicos.”); CIEDR, *supra* nota 4, en art. 5(c) (“Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”).

371 *Observación General No. 25, supra* nota 368, ¶ 3.

372 Véase, por ejemplo, Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, *supra* nota 366 (garantizando la libertad de expresión, de reunión y de asociación, fomentando el establecimiento de órganos consultivos para representar a los residentes extranjeros a nivel local, y garantizando el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones de las autoridades locales); Tratado de Maastricht, art. 8b, 7 de febrero de 1992, 1992O.J.(C191) 1 (“Todo ciudadano de la Unión residiendo en un Estado miembro del cual no sea nacional tendrá derecho de voto y de ser candidato en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, con arreglo a las mismas condiciones de los nacionales de ese Estado.”).

373 PROYECTO DEL VOTO INMIGRANTE, <http://ronhayduk.com/immigrant-voting/around-the-world/> (visitado por última vez el 10 de mayo de 2014) (lista actualizada de todos los países que proporcionan tales derechos, así como extensa discusión del tema).

374 Véase, Gabriela Evia, *Consentimiento de todos los gobernados: Reafirmar a los no ciudadanos como socios en la democracia de los Estados Unidos*, 77 S. CAL. L. REV. 151 (2002); Elise Brozovich, *Perspectivas para el Cambio Democrático: El Sufragio No-Ciudadano en América*, 23 HAMLIN REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS 403 (2000) (argumentando a favor de los derechos de voto de los no-ciudadanos en América); Jamin B. Raskin, *Extranjeros Legales, Ciudadanos Locales: Los Significados Históricos, Constitucionales y Teóricos del Sufragio Extranjero*, 141 REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PENNSILVANIA 1391 (1993).

375 CTM, *supra* nota 16, en art. 41 (“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación.”).

376 DUDH, *supra* nota 1, en art. 21.

377 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 25 (“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebida ... a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.”). Véase también, Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art.13; CADH, *supra* nota 12, en art.23; CEDH, *supra* nota 8, en art.3.

razonables para votar.³⁷⁸ Si bien existe una divergencia significativa en la práctica de los Estados respecto a quién es elegible para el voto desde el exterior, y muchos derechos al voto de migrantes son suspendidos efectivamente durante la migración,³⁷⁹ más de 100 países permiten expresamente a sus ciudadanos votar desde el extranjero.³⁸⁰ La tendencia en la práctica de los Estados para permitir y fomentar el voto desde el exterior es particularmente importante para las elecciones en los Estados postconflicto.³⁸¹

ARTÍCULO 20

Trabajo

1. Todo migrante tiene derecho a ser libre de la esclavitud, la servidumbre o el trabajo forzoso u obligatorio.
2. Todo migrante tiene derecho al trabajo, y los Estados deben adoptar medidas progresivas para garantizar este derecho.
3. Todo migrante tiene derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluidas la remuneración justa y equitativa, la edad mínima para trabajar, el máximo de horas, las normas de seguridad e higiene, la protección contra el despido injusto, y a la negociación colectiva.
4. Los Estados garantizarán la abolición efectiva del trabajo infantil.
5. Los Estados garantizarán la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
6. Los migrantes tendrán derecho a un trato al menos tan favorable como el otorgado a los ciudadanos con respecto a las condiciones laborales y de empleo.
7. Los Estados deben exigir que los trabajadores migrantes que son reclutados en un país para prestar servicio en otro país reciban por escrito una oferta de empleo, o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde el trabajo se va a realizar, abordando los términos y las condiciones de empleo, antes de cruzar las fronteras nacionales con el propósito de asumir al empleo al que se refiere la oferta o el contrato.

378 *Observación General No. 25, supra* nota 368, ¶ 11 (Por ejemplo, los requisitos de residencia que excluyen de votar a las personas sin hogar no son razonables). Véase *X vs. Reino Unido*, Aplicación No. 7566/76 TEDH Rep. (1976), *disponible en inglés en* <http://echr.ketse.com/doc/7566.76-en-19761211/view/> (“Este derecho [sufragio universal] no era absoluto ni sin limitaciones, pero sujeto a tales restricciones impuestas por los Estados contratantes no sean arbitrarias y no interfieran con la libre expresión de la opinión popular.”).

379 JEREMY GRACE, *DESAFIANDO LAS NORMAS Y ESTÁNDARES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS ELECCIONES 35-38* (IFES, 2007), *disponible en inglés en* http://aceproject.org/ero-en/topics/electoral-standards/IFES%20Challenging%20the%20Norms%20and%20Standards%20of%20Election%20Administration.pdf/at_download/file. Véase, Kim Barry, *En casa y Lejos: La construcción de la ciudadanía en un contexto de emigración*, 81 *REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NUEVA YORK* 11, 51 (2006); *FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NUEVA YORK*.

380 Barry, *supra* nota 378.

381 Barry, *supra* nota 378; INSTITUTO PARA LA DEMOCRACIA Y LA ASISTENCIA ELECTORAL (IDEA) INTERNACIONAL, *UNA VISTA PREVIA DEL PRÓXIMO MANUAL INTERNACIONAL DE IDEA SOBRE EL VOTO DESDE EL EXTERIOR* (IDEA Internacional, 2006) *disponible en inglés en* http://download.idea.int/elections/upload/External_voting_Preview_withlayout_07june06_final.pdf. Véase también, Caroline Carter, *El derecho a votar de los ciudadanos no residentes: considerado a través del ejemplo de Timor Oriental*, 46 *REVISTA JURÍDICA INTERNACIONAL DE TEXAS* 655, 673 (2011).

Comentario

1. Este artículo reafirma una serie de derechos laborales existentes que se encuentran en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. El derecho al trabajo, como lo establece el PIDESC, es una parte inherente de la dignidad humana. La esencia del derecho al trabajo no es un derecho absoluto a obtener empleo, sino el derecho a elegir libremente el empleo y a no ser privado injustamente de empleo.³⁸² El derecho a elegir libremente el empleo incluye necesariamente una prohibición absoluta de la esclavitud, la servidumbre, y el trabajo forzoso. El derecho al trabajo también implica una serie de derechos en el lugar de trabajo.
2. Además de los instrumentos fundamentales de derechos humanos, la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo establece que todos los Estados Miembros, aun cuando no hayan ratificado el convenio apropiado, tienen obligaciones derivadas de la pertenencia a la OIT de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos en cuatro categorías: la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. La OIT cuenta con ocho convenios fundamentales que cubren estos cuatro principios.³⁸³ Los cuatro principios se abordan en este artículo sobre trabajo de la IMBR.
3. Muchos migrantes abandonan sus países de origen en busca de mejores prospectos económicos. Incluso aquellos motivados por otros factores como la persecución, la discriminación o conflicto armado deben ganarse la vida al establecerse en el Estado de acogida. Los migrantes a menudo deben superar obstáculos significativos en la búsqueda de empleo, incluyendo barreras lingüísticas, falta de conocimiento del mercado de trabajo local, no reconocimiento de calificaciones del Estado de origen y falta de comprensión de las leyes laborales locales.
4. Al obtener empleo, los migrantes se enfrentan a retos adicionales, como discriminación, acoso, condiciones de trabajo precarias e inseguras, inseguridad persistente en el empleo y temor a la deportación luego del fin de la relación de empleo. Estos desafíos a menudo persisten porque las leyes laborales locales pueden no ser aplicables a los migrantes o los gobiernos pueden simplemente negarse a aplicar las leyes pertinentes a las situaciones de un trabajador migrante. Los migrantes también se emplean en la economía informal frecuentemente, donde les resulta mucho más difícil obtener la protección del Estado, sobre todo cuando los migrantes se encuentran en situación irregular.
5. Numerosos migrantes llegan a los Estados de acogida como resultado de operaciones de tráfico o trata de personas. Tales migrantes suelen estar sujetos a condiciones de empleo altamente explotadoras y a veces son obligados a trabajar en el comercio sexual u otras formas de trabajo forzoso. Los migrantes también suelen ser muy susceptibles a diversas formas de explotación económica y abuso físico, ya que su capacidad de permanecer en el Estado de acogida puede estar vinculada al empleo continuo con el mismo empleador patrocinador. Este último problema es particularmente agudo para los migrantes empleados como trabajadores domésticos.³⁸⁴

382 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 6(1).

383 Convenio no. 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 10 de junio de 1930, 39 U.N.T.S. 55 [en adelante Convenio 29 de la OIT]; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (no. 105), 17 de enero de 1959, 320 U.N.T.S. 291 [en adelante Convenio 105 de la OIT]; Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (no. 111), 15 de junio de 1960, 362 U.N.T.S. 31 [en adelante Convenio 111 de la OIT]; Convenio sobre igualdad de remuneración (no. 100), 23 de mayo de 1953, 165 U.N.T.S. 303 [en adelante Convenio 100 de la OIT]; Convenio 87 de la OIT, *supra* nota 362; Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (No. 98), 18 de julio de 1951, 96 U.N.T.S. 257 [en adelante Convenio 98 de la OIT]; Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (no. 138), 19 de junio de 1976, *disponible en* http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML-EXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312283 [en adelante Convenio 138 de la OIT]; Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (no. 182), 19 de noviembre de 2000, 2133 U.N.T.S. 161 [en adelante Convenio 182 de la OIT].

384 Véase, J.M. RAMÍREZ-MACHADO, TRABAJO DOMÉSTICO, CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO: UNA PERSPECTIVA LEGAL (OIT 2003), *dis-*

6. Una de las razones por las que los Estados típicamente restringen la inmigración es para proteger el mercado de trabajo doméstico, proteger a los trabajadores nacionales de la competencia e intentar asegurar bajos niveles de desempleo. Sin embargo, los Estados a veces fomentan la migración de ciertas clases de trabajadores para llenar una laguna o reestructurar el mercado de trabajo doméstico. Se crean categorías especiales o condiciones de empleo para promover el flujo de estos migrantes y regular sus actividades a su llegada. No obstante, esas medidas pueden facilitar prácticas de explotación o discriminatorias por parte de los empleadores.³⁸⁵
7. **Párrafo 1:** La prohibición de la servidumbre, la esclavitud y el trabajo forzoso ha sido reconocida en el derecho internacional como una de las primeras normas imperativas.³⁸⁶ La esclavitud está prohibida por la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre se puede encontrar en la DUDH, el PIDCP, el CEDH, la CADH, la Carta de Banjul y la CTM.³⁸⁷ El trabajo forzoso se define por el Convenio 29 de la OIT como “todo trabajo o servicio para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.”³⁸⁸ El trabajo forzoso está prohibido por el PIDCP, el PIDESC, la CTM, el CEDH, la CADH, la Carta de Banjul, así como en los Convenios 29 y 105 de la OIT.³⁸⁹
8. **Párrafo 2:** El derecho al trabajo se deriva de numerosos instrumentos de derechos humanos, entre ellos la DUDH, el PIDESC, la CIEDR, la CEDAW, la CDN, la CTM, la DADH y el Protocolo Adicional a la CADH.³⁹⁰ Los elementos centrales del derecho al trabajo son el derecho a elegir empleo libremente y a no ser privados injustamente de empleo.³⁹¹ El derecho al trabajo también entraña una serie de derechos en el lugar de trabajo.
9. **Párrafo 3:** El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias se detalla en el artículo 7 del PIDESC. También está previsto en el artículo 5 de la CIEDR y en el artículo 15 de la Carta de Banjul, en el que se afirma el derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias.³⁹²
10. El derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria está consagrado en el artículo 23 de la DUDH. La DUDH vincula este derecho a la capacidad del individuo de proporcionar una “existencia conforme a la dignidad humana” para él y su familia.³⁹³ Este derecho se hace eco en el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 7 del PIDESC, el artículo 5 de la CIEDR y la Declaración

ponible en inglés en http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_travail_pub_7.pdf; Consejo Económico y Social de la ONU, Comité de Derechos Humanos, *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes*, U.N. Doc. E/CN.4/2004/76 (14 de enero de 2004), disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/migrant1.html>.

385 JEAN-MICHEL SERVAIS, *DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 226-27 (2005).

386 Véase, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni, *Crímenes Internacionales: “Jus Cogens” y “Obligatio Erga Omnes”*, 59 *LEY Y PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS* 63, 68 (1996).

387 Véase, DUDH, *supra* nota 1, en art. 4; PIDCP, *supra* nota 2, en art. 8; CEDH, *supra* nota 8, en art. 4, CADH, *supra* nota 12, en art. 6; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 5; CTM, *supra* nota 16, en art. 11.

388 Convenio 29 de la OIT, *supra* nota 382.

389 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 8; PIDESC, *supra* nota 3, en art. 6; CTM, *supra* nota 16, en art. 11; CEDH, *supra* nota 8, en art. 8, CADH, *supra* nota 12, en art. 6; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 10; Convenio 29 de la OIT, *supra* nota 382; Convenio 105 de la OIT, *supra* nota 382.

390 Véase, DUDH, *supra* nota 1, en art. 23; CIEDR, *supra* nota 4, en art. 5 e) i); CEDAW, *supra* nota 16, en art. 11; CDN, *supra* nota 6, en art. 32; CTM, *supra* nota 16, en art. 11; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, O.A.S. Res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos (1948), reproducida en los Documentos Básicos relativos a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, art. 24, OEA/Ser.L.V /II.82 doc.6 rev.1 en 17 (1992); CADH, *supra* nota 12, Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 6.

391 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 6(1).

392 Véase también, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (no. 158), 22 de junio de 1982, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/ff?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158.

393 DUDH, *supra* nota 1, en art. 23.

de Filadelfia de la OIT.³⁹⁴ El artículo 25 de la CTM establece que los trabajadores migrantes deben gozar de un trato no menos favorable que el recibido por los nacionales con respecto a remuneración.

11. El derecho a fundar sindicatos es una aplicación más específica del derecho a la libertad de asociación indicado en el artículo 18. El derecho explícito a fundar sindicatos y afiliarse a ellos figura en el artículo 23 de la DUDH, en el artículo 5 de la CIEDR, y en el artículo 11 del CEDH. Los artículos 15 y 16 de la CADH no mencionan la organización sindical, pero sí reconocen el derecho a la libertad de asociación, derecho que comúnmente se ha interpretado para abarcar el derecho a afiliarse a sindicatos. Aun así, ninguno de estos tratados reconoce explícitamente el derecho a la negociación colectiva. Al establecer este derecho, la IMBR se inspira en los Convenios 87 y 98 de la OIT, que estipulan tanto el derecho a la organización sindical como el derecho a la negociación colectiva. El derecho a la negociación colectiva está garantizado por el Convenio 154 de la OIT, forma parte de la Declaración de Filadelfia de la OIT y está implícito en la Constitución de la OIT.³⁹⁵
12. Los Estados también deben cumplir con los estándares establecidos en el Convenio 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, a fin de garantizar que los trabajadores domésticos estén protegidos y se beneficien de las leyes laborales.
13. *Párrafo 4:* La abolición efectiva del trabajo infantil es uno de los cuatro principios fundamentales de trabajo de la OIT y es vinculante para todos los miembros de la OIT, independientemente de que hayan firmado los convenios correspondientes. Además, el PIDESC protege a los niños de la explotación económica y social y requiere edad mínima de empleo.³⁹⁶ La CDN también requiere que los Estados protejan a todos los niños “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”³⁹⁷
14. *Párrafo 5:* La prohibición de la discriminación en el lugar de trabajo está garantizada por el PIDESC y la CIEDR, y es uno de los principios fundamentales de la OIT.³⁹⁸ El artículo 3 de la IMBR protege contra la discriminación, incluso en el lugar de trabajo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomienda explícitamente a los Estados que “adopten medidas para eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones de trabajo y las condiciones laborales, incluidas las normas y prácticas laborales con fines o efectos discriminatorios.” El Comité también explica que, si bien los Estados pueden condicionar los puestos de trabajo a un permiso de trabajo, los derechos laborales y de empleo se establecen cuando se entabla una relación laboral.³⁹⁹ Los Convenios 100 y 111 de la OIT proveen los estándares de la OIT sobre la eliminación de la discriminación.

394 Véase también, Convenio relativo a la protección del salario (no. 95), 24 de septiembre de 1952, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312240; Convenio 100 de la OIT, *supra* nota 382; Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) (no. 118), 25 de abril de 1964, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312263.

395 Virginia Leary, *La Paradoja de los Derechos de los Trabajadores como Derechos Humanos*, en 29 DERECHOS HUMANOS, DERECHOS LABORALES Y COMERCIO INTERNACIONAL 22 (Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, eds., 1996).

396 Véase, PIDESC, *supra* nota 3, en art. 10.

397 Véase, CDN, *supra* nota 6, en art. 32(1).

398 Véase, Comité de Derechos Económicos y Sociales, *Observación General No. 18: El derecho al Trabajo* ¶ 18, U.N.Doc. E/C.12/GC/18 (6 de febrero de 2006); Comité de Derechos Económicos y Sociales, *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* ¶ 30, U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2 de julio de 2009) (en la que se declara que los derechos del PIDESC se aplican “a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”); Declaración de la OIT de 1998, *supra* nota 363.

399 Véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 30: Discriminación contra No Ciudadanos* ¶ 33, Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (1 de octubre de 2004). Véase también Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 166 (“El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo.”).

15. Además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha comentado específicamente sobre los abusos a los derechos humanos de las trabajadoras migrantes y la necesidad de medidas específicas para garantizar la igualdad.⁴⁰⁰
16. *Párrafo 6:* El párrafo 6 se deriva del artículo 25 de la CTM. El artículo 25 subraya que, independientemente del estatus migratorio, los migrantes recibirán un trato al menos tan favorable como los ciudadanos en condiciones en el lugar de trabajo. La CTM enumera especialmente la remuneración, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y edad mínima de empleo. El párrafo también está respaldado por el Convenio 97 de la OIT y los artículos 10 y 12(g) del Convenio 143 de la OIT.⁴⁰¹
17. *Párrafo 7:* El párrafo 7 se basa en el artículo 8 del Convenio 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y está respaldado por el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales.⁴⁰² Los términos y condiciones de empleo deberían incluir el nombre y dirección del empleador y del trabajador; la dirección del lugar de trabajo habitual o de los lugares de trabajo; la fecha de inicio y, si el contrato es por un período determinado, su duración; el tipo de trabajo a realizar; la remuneración, el método de cálculo y la periodicidad de los pagos; las horas habituales de trabajo; vacaciones anuales pagadas y períodos de descanso diarios y semanales; el suministro de alimentos y alojamiento, si corresponde; el período de prueba, si corresponde; las condiciones de repatriación, si corresponde; y los términos y condiciones relacionados con la terminación del empleo, incluyendo cualquier período de aviso por parte del trabajador doméstico o el empleador.⁴⁰³

ARTÍCULO 21

Salud

Todo migrante tiene derecho al nivel más alto posible de salud física y mental, incluida la igualdad de acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos y el derecho a un nivel de vida adecuado y a los factores determinantes de la salud.

400 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, *Recomendación General No. 26 sobre Las Trabajadoras Migrantes*, UN Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R (5 de diciembre de 2008).

401 Convenio 97 de la OIT, *supra* nota 16, en art. 6 (“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes: [remuneración, horas de trabajo, edad mínima, negociación colectiva, seguridad social, etc.]”).

402 Convenio 189 de la OIT, *supra* nota 16, en art. 8; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, MARCO MULTILATERAL DE LA OIT PARA LAS MIGRACIONES LABORALES: PRINCIPIOS Y DIRECTRICES NO VINCULANTES PARA UN ENFOQUE DE LAS MIGRACIONES LABORALES BASADO EN LOS DERECHOS 13.3 (2006), *disponible en* http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_178678.pdf (“[Los gobiernos deberían tener debidamente en cuenta la concesión de licencias y la supervisión de la contratación mediante] la garantía de que los trabajadores migratorios reciban contratos de trabajo entendibles y ejecutables”).

403 Véase, Convenio 189 de la OIT, *supra* nota 16, en arts. 7, 8.

Comentario

1. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud es un derecho humano primario.⁴⁰⁴ Más allá de la importancia de la salud para el crecimiento individual y social, está fuertemente vinculado y es necesario para la provisión de muchos otros derechos humanos, tales como el derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida.⁴⁰⁵ Fue enunciado por vez primera en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,⁴⁰⁶ y posteriormente enumerado en la DUDH,⁴⁰⁷ el PIDESC,⁴⁰⁸ y muchos otros tratados internacionales y regionales de derechos humanos.⁴⁰⁹ Es entendido como el derecho a la atención médica que esté disponible, accesible, aceptable y de una calidad apropiada y buena.⁴¹⁰ Además, a las madres se les concede protección especial durante un período razonable antes y después del parto.⁴¹¹ Un nivel de vida adecuado y los determinantes subyacentes de la salud incluyen, pero no están limitados a, el acceso a agua potable y segura y un saneamiento adecuado, un suministro adecuado de alimentos, nutrición y vivienda seguros, condiciones ocupacionales y medioambientales saludables y acceso a información sobre la salud, incluida la información sobre la salud sexual y reproductiva.⁴¹² Los Estados están obligados a respetar el derecho a la salud, lo que significa que no pueden limitar el acceso a ninguna persona independientemente del estatus migratorio.⁴¹³ En muchos países no existen medidas legales que garanticen el acceso al cuidado de la salud de los migrantes, en particular de los migrantes irregulares, y en los países donde existen, los migrantes y los proveedores de servicios de salud a menudo no los conocen y las leyes siguen sin aplicarse.⁴¹⁴ Las barreras administrativas, financieras y lingüísticas exacerbaban esta falta de acceso, así como el temor de ser denunciado a la policía o a las autoridades de migración.⁴¹⁵ Debido a estas dificultades generalizadas en acceder al cuidado de la salud, muchas poblaciones migrantes están particularmente en riesgo de violaciones de sus derechos a la salud.

404 Comité de Derechos Económicos y Sociales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* ¶ 1, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000).

405 Véase, *Observación General 14*, supra nota 403 ¶ 3; Véase también, Purohit y Moore vs. Gambia, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Com. No. 241/2001, ¶ 84, Decimosexto Informe de Actividades 2002-2003, Anexo VII. (“El disfrute del derecho humano a la salud... es crucial para la realización de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales”).

406 Constitución de la Organización Mundial de la Salud pmbl, 7 de abril de 1948, 14 U.N.T.S. 185.

407 DUDH, supra nota 1, en art. 25.

408 PIDESC, supra nota 3, en art. 12(1).

409 CDN, supra nota 6, en art. 24; CEDAW, supra nota 16, en art. 12; CIEDR, supra nota 4, en art. 5; Carta de Banjul, supra nota 9, en art. 16, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, supra nota 161, en art. 14; Carta Social Europea, art. 11, abierto a la firma el 5 de marzo de 1996, C.E.T.S. 163 (entró en vigor el 7 de enero de 1999).

410 *Observación General 14*, supra nota 403 ¶ 12. Aunque la CTM sólo concede explícitamente asistencia médica de emergencia y acceso a servicios de salud supeditados a la participación en esquemas reguladores, el artículo 81(1) establece que los derechos más favorables de otros instrumentos (como el derecho general a la salud) se mantienen. CTM, supra nota 16, en art. 81 (1).

411 CDN, supra nota 6, en art. 24(2); CEDAW, supra nota 16, en art. 12(2); PIDCP, supra nota 2, en art. 10(2); DUDH, supra nota 1, en art. 25.

412 *Observación General 14*, supra nota 403 ¶ 11.

413 *Observación General 14*, supra nota 403 ¶ 34; Véase también, Comité Europeo de Derechos Sociales, Federación Internacional de Derechos Humanos vs. Francia, Reclamación No. 14/2003 ¶ 32 (3 de noviembre de 2004) (indicando que “la legislación o práctica que niegue el derecho a asistencia médica a extranjeros dentro del territorio del Estado Parte, incluso si están allí ilegalmente, son contrarias a la Carta”); Tribunal Constitucional Federal (2012, en alemán), 1 BvL 10/10 vom 18 de julio de 2012, Absatz-Nr. (1-140), comunicado de prensa disponible en inglés en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=500701d82> (concluyendo que la Ley alemana de Beneficencia a Solicitantes de Asilo viola el derecho humano a una existencia mínima porque los beneficios no se han actualizado en 19 años).

414 Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Derecho a la Salud: Folleto informativo No. 31, en 19 (junio de 2008), disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.

415 *Derecho a la Salud: Folleto informativo No. 31*, supra nota 413, en 18; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, MIGRACIÓN INTERNACIONAL, SALUD Y DERECHOS HUMANOS, 21-23 (2003), disponible en http://www.who.int/hhr/activities/2005%20PRT%2016325%20ADD%201%20Migr_HHR-Spanish%20edition.pdf.

ARTÍCULO 22

Educación

1. Los migrantes y sus hijos tienen derecho a la educación.
2. Los Estados deben hacer la educación primaria gratuita y obligatoria para todos los niños, incluidos los migrantes y sus hijos. El acceso a instituciones educativas preescolares públicas o escuelas no se denegará o limitará por razón de la situación migratoria irregular o de la situación de empleo de cualquiera de los padres o por razón de la irregularidad migratoria del niño en el Estado.
3. Los Estados alentarán el desarrollo de la educación secundaria y deben hacerla accesible a todos, incluidos los migrantes y sus hijos, sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales.
4. Los Estados deberán hacer la educación superior accesible a todos de manera equitativa, incluidos los migrantes y sus hijos, basado en la capacidad del Estado.

Comentario

1. Este artículo precisa que el derecho establecido a la educación se aplica a los migrantes y a sus hijos, independientemente de su condición jurídica. El artículo proporciona párrafos correspondientes a las tres etapas de la educación que están cubiertas por diversos tratados de derechos humanos. El párrafo 2 expresa claramente que los migrantes y sus hijos están comprendidos en la obligación de proporcionar educación primaria gratuita y obligatoria, así como educación preescolar. El párrafo 3 reitera la obligación de derecho internacional de todos los Estados de impartir educación secundaria a los migrantes y a sus hijos sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales. El párrafo 4 trata debidamente la enseñanza superior.
2. **Párrafo 1:** El derecho a la educación está establecido en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.⁴¹⁶ A pesar de las numerosas convenciones internacionales que reconocen y reiteran el derecho a la educación para todos, este derecho no siempre es prácticamente accesible para los migrantes y sus hijos. La inaccesibilidad de la educación es particularmente aguda para los migrantes y para los niños cuyos padres no están legalmente establecidos en el Estado de acogida.
3. **Párrafo 2:** El derecho a la educación y, en particular, el derecho a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria, se reconoce formalmente en la DUDH,⁴¹⁷ el PIDESC,⁴¹⁸ la CEDAW,⁴¹⁹ y la CDN.⁴²⁰ Este derecho a la

416 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13; CIERD, *supra* nota 4, en art. 5 e) v); CEDAW, *supra* nota 16, en art. 10; CDN, *supra* nota 6, en arts. 28, 29; CTM, *supra* nota 16, en arts. 12 (4), 30, 43 (1) (a), 45 (1) (a), 45 (4); CDPD, *supra* nota 7, en art. 24; Carta de Banjul, *supra* nota 9, en art. 17; CEDH, *supra* nota 8, en art. 2; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, *supra* nota 161, en art. art. 11.

417 DUDH, *supra* nota 1, en art. 26(1) (“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria.”); véase, *Filartiga vs. Pen~a-Irala*, 630 F.2d 876, 883 (2d Cir. 1980) (utilizando la Declaración Universal de Derechos Humanos como prueba de las normas de costumbre internacional).

418 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación... La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.”).

419 CEDAW, *supra* nota 16, en art. 10 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...”).

420 CDN, *supra* nota 6, en art. 28 (“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular... [i]mplantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.”).

educación también se ha incorporado a organizaciones regionales como la Carta de la OEA y el CEDH.⁴²¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado explícitamente que el derecho a la educación se extiende “a todas las personas en edad escolar que residen en el territorio de un Estado Parte, incluidos los no nacionales, e independientemente de su condición jurídica.”⁴²²

4. Este artículo destaca el principio de no discriminación y proporciona una base universal al garantizar la educación primaria y secundaria para todos los niños sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales.⁴²³ Debido a que las barreras lingüísticas pueden perjudicar aún más a los migrantes y a sus hijos, la IMBR incorpora el derecho a la educación preescolar de la CTM.⁴²⁴ Los Estados también deben abstenerse de usar las listas escolares como una forma de encontrar y deportar a los migrantes irregulares. Tal práctica obligaría a los padres migrantes a no enviar a sus hijos a la escuela debido a la amenaza de expulsión, haciendo que el derecho a la educación sea nulo para los niños migrantes carentes de un estatus legal válido.
5. *Párrafo 3*: El derecho a la educación secundaria está igualmente previsto en los tratados e instrumentos jurídicos internacionales. La DUDH,⁴²⁵ el PIDESC,⁴²⁶ la CEDAW,⁴²⁷ y la CDN⁴²⁸ prevén el derecho a la educación secundaria. Los órganos de derechos humanos que supervisan e interpretan estos tratados reafirman que el principio de no discriminación se aplica a todos los migrantes, independientemente de su estatus.⁴²⁹ A nivel nacional, el artículo 13 de la Constitución francesa establece que la organización de la educación pública gra-

421 Carta de la Organización de los Estados Americanos, *supra* nota 182, en art. 49 (“Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases...La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita.”); CEDH, *supra* nota 8, en el Protocolo 1, art. 2 (“[a] nadie se le puede negar el derecho a la educación.”). A diferencia de la Carta de la OEA que crea una obligación afirmativa de proporcionar educación primaria obligatoria, el Protocolo 1 del CEDH crea un derecho “negativo” bajo el cual los Estados no pueden privar a las personas de oportunidades educativas. Los publicistas han interpretado esta construcción negativa del derecho como derivada del hecho de que los Estados miembros de la UE no pensaron en la necesidad de establecer un sistema de educación pública, ya que cada uno de los Estados miembros ya tenía un sistema en vigor. Además, desde la adopción del Artículo 28 de la CDN, todos los signatarios tienen una obligación expresa de proporcionar educación primaria gratuita a todos los niños.

422 Comité de Derechos Económicos y Sociales, *El derecho a la educación*, ¶ 34, E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999).

423 Si bien el lenguaje de los diversos tratados no especifica que la educación primaria se conceda sobre la base de la igualdad de trato, la mayor exigencia es que no sólo sea gratuita sino obligatoria. Sobre la base de su carácter fundamental, debe argumentarse a fortiori que la educación primaria debe concederse sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales.

424 CTM, *supra* nota 16, en art. 30 (“El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo...”).

425 DUDH, *supra* nota 1, en art. 26(1) (implicando que el derecho a la educación no se limita a la educación elemental).

426 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13 (“La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiado.”).

427 CEDAW, *supra* nota 16, en art. 10 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...”).

428 CDN, *supra* nota 6, en art. 28 (“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular ... Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.”).

429 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 1: Propósitos de la educación* ¶ 10, U.N. Doc. CRC/GC/2001/1 (17 de abril de 2001); *Observación General No. 6*, *supra* nota 128, ¶¶ 12, 18; Comité de Derechos Económicos y Sociales, *El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999); *Observación General No. 30*, *supra* nota 398, ¶¶ 30-31.

tuita y secular a todos los niveles es un deber del Estado.⁴³⁰ Si bien Francia es un ejemplo destacado de garantías constitucionales, en países como Canadá, Estados Unidos y Alemania, no se reconoce explícitamente el derecho a la educación. Sin embargo, los tribunales de estos países han hecho efectivo el derecho a la educación para todas las clases de personas bajo los principios de protección equitativa.⁴³¹

6. *Párrafo 4:* Los instrumentos de derecho internacional también protegen el derecho al acceso a la educación superior. La DUDH,⁴³² el PIDESC,⁴³³ y la CDN⁴³⁴ garantizan el derecho absoluto a acceder a la educación superior sobre la base del mérito. Este derecho a la educación también ha sido incorporado a la CEDAW⁴³⁵ y las cartas de organizaciones regionales como la OEA y la CEDH.⁴³⁶

ARTÍCULO 23

Cultura

1. Todo migrante tiene derecho a disfrutar de su propia cultura y a utilizar su propio idioma, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. El derecho al disfrute cultural incluye la libertad de los padres migrantes para garantizar la educación religiosa, cultural, lingüística y moral de sus hijos, de conformidad con sus convicciones, pudiendo elegir para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.
3. Los Estados no impedirán, sino que deben alentar y apoyar, los esfuerzos de los migrantes para preservar sus culturas a través de actividades educativas y culturales, incluyendo la preservación de los idiomas minoritarios y el conocimiento relacionado con la cultura del migrante. Nada en el presente artículo, deberá entenderse como una limitación a los Estados a adoptar medidas para promover la adquisición y conocimiento del idioma o idiomas oficiales de la mayoría, nacional, o del Estado.
4. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas para promover la conciencia pública y la aceptación de las culturas de los migrantes a través de actividades educativas y culturales, incluyendo los idiomas minoritarios y el conocimiento relacionado con la propia cultura del migrante.

430 Constitución de 1946, 27 de octubre de 1946, pmbi. (Fr.)

431 Por ejemplo, si bien la Constitución de los Estados Unidos no trata el derecho a la educación, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Plyler vs. Doe* sostuvo que los Estados no podían utilizar la condición jurídica de los migrantes como motivo para denegar a los niños migrantes los recursos educativos que están a disposición de los ciudadanos. *Plyer vs. Doe*, 457 US 202, 205 (1982).

432 DUDH, *supra* nota 1, en art. 26(1) (“Toda persona tiene derecho a la educación... el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.”).

433 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13(2) (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación... La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.”).

434 CDN, *supra* nota 6, en art. 28 (“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular... [h]acer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.”).

435 CEDAW, *supra* nota 16, en art. 10 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...”).

436 Carta de la OEA, *supra* nota 182, en art. 49; CEDH, *supra* nota 8, en art. 2, nota 7.

Comentario

1. El artículo 23 establece el derecho fundamental de los migrantes a disfrutar de su propia cultura. En consecuencia, el artículo propone un marco para el respeto, la protección y la promoción de los derechos culturales de los migrantes, que deriva tanto del régimen de derechos civiles y políticos como del régimen de derechos económicos, sociales y culturales. Este marco, en reconocimiento a las múltiples maneras en que se puede manifestar la cultura, es expansivo para promover efectivamente el respeto por las culturas de los migrantes.
2. La DUDH establece que “[t]oda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad.”⁴³⁷ La DUDH también protege los derechos culturales que pueden ser “indispensables a [la] dignidad [de la persona] y al libre desarrollo de su personalidad.”⁴³⁸ El PIDCP reconoce el derecho de los migrantes, como “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas... a tener su propia vida cultural... y a emplear su propio idioma.”⁴³⁹ El artículo 27 del PIDCP también reconoce el derecho de las minorías a “practicar su propia religión.”⁴⁴⁰ La IMBR promueve un marco que respeta la naturaleza comunal del desarrollo y la práctica culturales. Este documento, siguiendo al PIDCP, se aplica a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o estatus.⁴⁴¹ Por consiguiente, este artículo reafirma la obligación de los Estados de proporcionar igual protección a los derechos culturales de todas las personas, incluidos los migrantes. A partir de la DUDH y del PIDCP, este artículo afirma que los migrantes pueden participar y contribuir tanto a la cultura nacional del Estado en el que residen como a la cultura minoritaria de una comunidad o comunidades migrantes.
3. *Párrafo 1:* El derecho de un migrante a una identidad cultural incluye el derecho a rechazar —y aceptar—en todo o en parte, la asociación con una identidad de grupo particular, tal como lo subraya la frase “individualmente o colectivamente” en el artículo 23(1) de la IMBR. Por lo tanto, ni el Estado ni un grupo cultural debe asumir que los antecedentes culturales de una persona demuestran automáticamente la adhesión a determinadas lealtades, creencias o prácticas. El derecho a una identidad cultural tiene sus raíces en el derecho individual a la libre determinación y no otorga por sí mismo el derecho de tomar decisiones en nombre de otros sin su consentimiento. La protección de los derechos culturales debe ser vista como una apertura de puertas y nunca como coercitiva.
4. *Párrafo 2:* Este párrafo promueve el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus creencias como un derecho humano universal con especial incidencia en los migrantes. Los instrumentos de derechos humanos reconocen el derecho de los padres a dirigir la educación moral de sus hijos.⁴⁴² El PIDESC reconoce que el derecho deriva de “respetar la libertad de los padres.”⁴⁴³ Este derecho adquiere mayor importancia práctica cuando se considera en el contexto migratorio. Este párrafo debe interpretarse en el sentido de permitir la educación de los hijos de los trabajadores migrantes temporales en el idioma del Estado de origen de los migrantes y, en la medida de lo posible, de conformidad con los estándares educativos de ese Estado de origen. En el caso de los migrantes asentados, el interés de los niños migrantes en preservar su cultura y mantener una red de apoyo basada en la cultura puede entrar en competencia con su interés por una integración

437 DUDH, *supra* nota 1, en art. 27.

438 DUDH, *supra* nota 1, en art. 22.

439 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 27.

440 *Id.*

441 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 2(1).

442 PIDCP, *supra* nota 2, en art. 18(4); DUDH, *supra* nota 1, en art. 2(3); CEDH, *supra* nota 8, en el Protocolo 1, en art. 2; PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13(3); Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, A.G. Res. 36/55, en art. 5 (1 U.N. Doc. A/RES/36/55 (25 de noviembre de 1981); CTM, *supra* nota 16, en art. 12; Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, en art. 2(b), 14 de diciembre de 1960, 429 U.N.T.S. 93 (entró en vigor el 22 de mayo de 1962).

443 PIDESC, *supra* nota 3, en art. 13(3).

exitosa en el Estado de acogida. Los Estados deberían adoptar medidas para garantizar que esas decisiones de equilibrio queden a la discreción de los padres migrantes. Los Estados con el objetivo de educar a todos los niños dentro del sistema estatal deben perseguir este objetivo no a través de la obligatoriedad, sino a través del equilibrio, que puede ser logrado proporcionando alternativas significativas a los elementos que infrinjan los derechos aquí contenidos.

5. **Párrafo 3:** El párrafo 3 aclara las obligaciones establecidas en el párrafo 1 de este artículo 23 y subraya la importancia del apoyo estatal en los esfuerzos de los migrantes por preservar sus culturas e idiomas. En virtud del párrafo 3, los Estados no están obligados a asignar recursos a la preservación lingüística y cultural, pero se fomenta dicha práctica y los recursos disponibles deben distribuirse de manera no discriminatoria.⁴⁴⁴ El apoyo oficial a esas actividades debe complementar las actividades de los actores claves dentro de las comunidades migrantes relevantes. El párrafo 3 también alienta a los Estados signatarios a promover la integración social, cultural y/o lingüística de los migrantes. Esto reconoce la importancia fundamental de la comprensión y la comunicación en el fomento de las relaciones tolerantes entre las comunidades migrantes y no migrantes. Sin embargo, la integración debe ser equilibrada con el respeto a los derechos de los migrantes. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sugerido que “perseguir un objetivo de adoctrinamiento... puede considerarse como no respetar... [las] convicciones religiosas y filosóficas [de los migrantes].”⁴⁴⁵
6. **Párrafo 4:** Según la DUDH, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁴⁴⁶ Las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos de los migrantes sugieren que los Estados deben fomentar la comprensión y la tolerancia de las culturas de los migrantes a través de actividades culturales apropiadas porque la tolerancia y el respeto a los migrantes dependerá en parte del conocimiento de las culturas minoritarias. La CTM afirma que “[l]os Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios... y podrán tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto.”⁴⁴⁷ Estos esfuerzos pueden incluir, entre otras cosas, la incorporación del estudio de la cultura o la historia de los migrantes en la educación pública, el suministro de fondos para museos, la enseñanza de las lenguas minoritarias en los sistemas escolares públicos, la facilitación de la organización de ferias culturales, y el apoyo a la radiodifusión pública en lenguas minoritarias.

444 Véase, CTM, *supra* nota 16, en art. 45(4).

445 Folgerø vs. Noruega, Aplicación No. 15472/02, 46 TEDH Rep. 47, 1187 (2007).

446 DUDH, *supra* nota 1, en pmbi.; Véase también, PIDCP, *supra* nota 2, en art. 27; CIEDR, *supra* nota 4, en art. 7.

447 CTM, *supra* nota 16, en art. 31.

**International Migrants Bill of Rights (IMBR) Initiative
Georgetown University Law Center
Human Rights Institute
600 New Jersey Avenue NW
Washington, DC 20001**

migrantsrights@law.georgetown.edu

www.imbr.info