

XXII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**“ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA”****en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO****Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010****Sección: Derechos Humanos*****Resumen de la ponencia: Construcción de políticas migratorias acordes con las obligaciones internacionales*****Ponente: Dra. María Cristina Rodríguez de Taborda**

Las políticas migratorias son variables y atienden a problemáticas y situaciones diversas. El derecho internacional, consuetudinario y convencional, reconocen un mínimo estándar de tratamiento para los extranjeros, el cual ha ido ampliándose conforme ha evolucionado este sistema de normas y principios. La calificación de *jus cogens* no es aplicable a todos los derechos de la persona humana, por lo que la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se corresponde con lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, ni tampoco surge de los tratados y la costumbre jurídica internacional. El reconocimiento de derechos a los migrantes quedaría incompleto si no se les otorgara tutela judicial.

XXII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**“ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA”****en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO****Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010****Sección: Derechos Humanos****Construcción de políticas migratorias acordes con las obligaciones
internacionales**

Ponente: Dra. María Cristina Rodríguez de Taborda*

Encuadramiento jurídico

La sociología ha tratado ampliamente el fenómeno migratorio y explicado sus causas, incluso es probable que haya sobrepasado en número a los estudios jurídicos, pero lejos está de poder aportar herramientas legales o indicar cómo construirlas conforme a los estándares internacionales relativos al trato debido a los extranjeros. Mucho menos entender el entramado de normas internas y realizar una interpretación sistemática de las mismas. A lo sumo ha agrupado corrientes de pensamiento respecto a la inmigración que han influido en su elaboración¹. También ha realizado

¹

* Miembro titular de la AADI. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Valga como ejemplo, la de literatos argentinos de fines de siglo XIX e inicios del XX que se han enrolado en el nacionalismo cultural y criticado la promoción de la inmigración en Argentina (José Hernández, Joaquín V. González, Ricardo Rojas, Leopoldo Lugones) o propiciado la elaboración de políticas de expulsión de extranjeros (Miguel Cané). SVAMPA, MARISTELLA: “Inmigración y

investigaciones pormenorizadas sobre la situación de los migrantes a nivel mundial o local e incursionado en la globalización y sus efectos económicos, sociales y políticos.

Realizamos esta introducción porque algunos artículos jurídicos no han podido sacudirse la influencia de esta ciencia como apoyatura vital de razonamientos que, por el contrario, requieren emplear la lógica jurídica y trabajar sobre las normas. Ello, porque el plexo normativo es tan amplio y se halla tan disperso que no basta con señalar los problemas sino que habrá que identificar las disposiciones nacionales e internacionales pertinentes.

Variabilidad de las políticas migratorias

La construcción de políticas migratorias acordes con las obligaciones internacionales responde en gran medida al voluntarismo político nacional e internacional y, como consecuencia, el interés base de su diseño gravita pendularmente entre los derechos del sujeto-persona humana y del sujeto-Estado. Adviértase que como las corrientes migratorias son variables en el tiempo y dirección, a lo que se suman los distintos tópicos a regular (migración voluntaria, forzosa, laboral, reunificación familiar, discriminación, expulsión, delincuencia internacional organizada, cooperación internacional, comercio de servicios, etc.), los instrumentos jurídicos en la materia van a responder a esta variabilidad y complejidad y, consecuentemente, no será posible partir de un enfoque unidireccional. Por otro lado, como sólo una parte muy pequeña de ella ha quedado fuera del alcance del derecho internacional el campo de libre actuación estatal, o *dominio reservado* según la doctrina clásica, es muy reducido.

nacionalidad: caso de la Argentina, 1880-1910", en *Studi Emigrazione/Etudes Migrations*, XXX, 1993, n° 110. DE JONG, INGRID: "Entre Indios e inmigrantes: El pensamiento nacionalista y los precursores del folklore en la antropología argentina del cambio de siglo (XIX-XX)", en *Revista de Indias*, vol. LXV, núm. 234, p. 412. HALPERIN DONGHI, TULIO: *Proyecto y construcción de una Nación (Argentina 1846-1880)*. Fundación Biblioteca Ayacucho, Venezuela, 1980, p. 407. SOLARI, HERMINIA: "El pensamiento de Miguel Cané en torno de la inmigración", en *Anuario de filosofía argentina y americana*, n° 18-19, año 2001-2002, p.77.

No obstante, hay un primer hecho irreductible y lo constituye la soberanía de los Estados como realidad a partir de la cual irá construyéndose el universo de normas². Al fin de cuentas en el ámbito internacional y en la práctica la persona humana todavía aparece mediatizada por el Estado o por algunas organizaciones internacionales, pudiendo sólo reclamar a través de procedimientos, instituciones u órganos (protección diplomática o acceso a cortes, comités o comisiones de derechos humanos) creados por otros sujetos, principalmente los Estados. A lo que se agrega que tratándose de instituciones internacionales es requisito insuperable que el Estado les haya reconocido competencia³ y que el acuerdo prevea un acceso directo para el individuo.

En principio no se discute el poder de policía del Estado para fijar y aplicar reglas de admisión, en tanto dicha potestad –muchas veces selectiva o restrictiva a modo de cupos- no derive en una discriminación⁴. En cambio, es habitual que la discusión recaiga en los derechos que reconocerá a los migrantes en su territorio, cuestiones que cubren un espectro muy amplio: plazos o requisitos de permanencia, protección en situaciones de persecución, goce de derechos civiles, económicos, sociales, culturales, reunificación familiar, adquisición de inmuebles en zonas de frontera, etc.

² Carrillo Salcedo opina que el principio de la soberanía de los Estados, sin que haya sido desplazado ni eliminado, ha resultado erosionado y relativizado por el proceso de humanización experimentado en el orden internacional. CARRILLO, SALCEDO, JUAN. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 29.

³ Hay excepciones, como la prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en lo que hace a la facultad del Consejo de Seguridad de ONU para la remisión de causas concernientes a Estados no Partes.

⁴ « La Cour réaffirme d'emblée que, d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol (voir, parmi beaucoup d'autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, p. 34, § 67, *Boujlifa c. France*, arrêt du 21 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, p. 2264, § 42). La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier ». Asunto *Üner c. Países Bajos* (n° 46410/99). Sentencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos de 18 de octubre de 2006.

Asimismo el Relator Especial – Maurice Kamto- de la Comisión de Derecho Internacional en la temática “Expulsión de extranjeros” señaló: “...el derecho internacional reconoce a todo Estado la potestad discrecional de otorgar o negar el permiso de entrar en su territorio. De igual modo, el derecho internacional le reconoce el derecho a fijar él mismo las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en su territorio: ‘Todo país tiene el derecho de determinar las condiciones en las cuales admitir a los extranjeros dentro de sus fronteras... el ejercicio de este derecho no debe ser motivo de reclamación por parte de ningún Estado, se escribía a finales del siglo XIX’” (Doc. A/CN.4/554 de 4 de abril de 2005).

Toda política migratoria nacional o regional -instrumentada a través de distinto tipo de actos jurídicos- comprende lo relativo al ingreso, salida, circulación y residencia de personas y suele clasificar las distintas categorías de migrantes de acuerdo a criterios generalmente vinculados con la estadía. Estas son cuestiones formales que siguen pautas más o menos presentes en la mayoría de los regímenes migratorios y debieran ser acordes a la normativa internacional. En cambio, lo sustantivo suele estar contenido en la parte preambular o exposición de motivos y en los primeros artículos de las normas generales sobre migración, los que constituyen la plataforma a partir de la cual se construye el sistema jurídico en la materia vigente en un Estado, incluido el alcance de los derechos que puede disfrutar el extranjero.

Además de esta peculiaridad, es común que la normativa migratoria porte otra característica: la ambigua redacción de una ley o de sus reglamentaciones. Este rasgo obedece al gran valor estratégico que reporta al momento de su aplicación y suele ser utilizada para impedir el ingreso o permanencia de nacionales de otros Estados⁵. Por ejemplo, la Ley de 1981 se enrolaba en un prejuicio étnico evidente, pues como el art. 2 establecía que el Poder Ejecutivo “*de acuerdo a las necesidades poblacionales de la República, promoverá la inmigración de extranjeros cuyas características culturales permiten una adecuada integración en la sociedad argentina*” diversos actos administrativos plasmaron esta orientación, entre otros la Resolución n° 2478 dictada por la Dirección Nacional de Migraciones en 1987 que garantizó la entrada y permanencia de determinados extranjeros, entre ellos los que revistieran un especial interés para el país por su talentos o circunstancias personales (inciso f)⁶ y la Resolución

⁵ Un claro ejemplo lo constituyó el Decreto n° 1023/94, reglamentario de la Ley de Migraciones y Fomento de la Inmigración de 1981 (n° 22439), cuando hacía referencia a las personas que pudieran observar “...una conducta *proclive* al delito...” como incluidas en la inhabilitación absoluta para ingresar en el país.

⁶ Por medio de la Resolución 2479 de 1987 la Dirección Nacional de Migraciones suspendió *sin die* el otorgamiento de permisos de ingreso y/o radicaciones y/o visaciones, en cualquiera de sus categorías, a los extranjeros de origen taiwanés.

700 de 1988 del mismo organismo gubernamental por la que los extranjeros de origen europeo fueron incluidos en esta categoría. Fuera de lo preceptuado por el art. 25 de la Constitución Nacional en relación al fomento de la inmigración europea, en los hechos el art. 2 de la ley repercutió negativamente en el ingreso de personas provenientes de otros países latinoamericanos, particularmente limítrofes⁷.

Otras veces, disposiciones de distinto rango y de aparición posterior limitan de manera significativa los derechos de los extranjeros. De allí que a menudo surjan disparidades con los derechos gozados por los nacionales, asegurándoseles a los migrantes derechos pero conforme a lo que prevea normativa interna o internacional o, en expresión del tribunal constitucional español en una interpretación de la ley de extranjería 4/2000⁸, a “*la posición jurídica de los extranjeros*”⁹ (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2005 - Recurso 72/2005). Esta posición jurídica terminará siendo definida por el legislador conforme al derecho internacional vigente. Partirá de su calidad de ser humano para luego delimitar sus derechos por su situación de no nacional, siendo muy probable que les otorgue distinto alcance a los mismos según sea regular, irregular o clandestino¹⁰.

Derechos de los migrantes

⁷ El Decreto 616/2010 publicado en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010, reglamentario de la ley 25871 confirma esta circunstancia cuando señala: “Que resulta necesario tener presente que la REPUBLICA ARGENTINA ha reformulado los objetivos de su política migratoria, en un marco de integración regional latinoamericana y de respeto a los derechos humanos y movilidad de los migrantes, lo que genera un compromiso cada vez mayor de cooperación mutua entre los diversos Estados Parte del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) y sus Estados Asociados, una progresiva facilitación de los procedimientos legales vigentes y una adecuada contemplación de las necesidades reales de los extranjeros que transitan o residen en el Territorio Nacional”.

⁸ Reformada por Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 adoptada el 30 de octubre de 2009.

⁹ Artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000: “Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

¹⁰ La diferencia entre migrante irregular y clandestino para la legislación del país de residencia está dado porque el primero puede haber ingresado lícitamente pero su permanencia no está permitida por la ley, en cambio el migrante clandestino es quien ha ingresado y permanecido de manera ilegal.

El estudio de los derechos de los migrantes ha sido una constante en el derecho internacional y los intentos de su codificación, al punto que uno de los primeros temas de estudio asignado a la Comisión de Derecho Internacional fue la responsabilidad de los Estados en el trato debido a los extranjeros¹¹. Por su parte, la jurisprudencia ha ido verificando la existencia de normas consuetudinarias que exigen a los Estados determinadas conductas hacia ellos¹².

La doctrina también ha partido del análisis de los deberes de los Estados frente a los extranjeros destacándose dos enfoques diferenciados: el que sostiene que existe una norma consuetudinaria que indica que deben recibir igual trato que los nacionales (doctrina del “trato nacional” o “igualdad de trato”¹³) y los partidarios de la “norma internacional mínima”¹⁴, por la cual hay cierto grado mínimo de trato humano que no se puede violar independientemente del dispensado a los nacionales. La primera fue tenazmente defendida por los países latinoamericanos¹⁵ durante fines de siglo XIX y hasta bien entrado el XX con el objeto de eliminar toda posibilidad de intervención extranjera, lo que los llevó a convenir que el extranjero renunciara a la protección diplomática (*cláusula Calvo*) amparándose en el principio de no discriminación. La

¹¹ El proyecto quedó en suspenso desde 1949, aunque a partir de 2004 algunos aspectos están sido analizados dentro del tópico “Expulsión de extranjeros”. No obstante, para 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven” (Resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985) y que alcanzaba a los migrantes regulares.

¹² A principios del siglo XX: asuntos *Chevreau* (Francia-Reino Unido), *Neer* (México-Estados), *navieros noruegos* (Noruega-Estados Unidos)

¹³ Fue incluida en la propuesta del cubano García Amador designado Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional para el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁴ DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1994, p. 604. PASTOR RIDRUEJO, JOSE. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1996, p.255. BARBOZA, JULIO. *Derecho Internacional Público*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 2001, p. 626.

¹⁵ Su posición se plasmó en varios acuerdos interamericanos multilaterales (Convención relativa al derecho de los extranjeros de 1902, Convención sobre los derechos y deberes de los Estados de 1933 y Pacto de Bogotá de 1948). La igualdad de trato nacional fue incorporada en tratados sobre inmigración suscriptos entre Argentina y países europeos (Confederación Suiza y Dinamarca en 1937, Países Bajos en 1938, Italia en 1947, España en 1948).

segunda se ha fundado en el principio de prevalencia del derecho internacional sobre el interno.

Se elija una u otra posición, lo cierto es que será necesario definir cuáles derechos de los extranjeros está obligado a proteger el Estado. Ello nos lleva a otra dificultad porque, pues aunque sea común el empleo de la expresión “derechos fundamentales” en el lenguaje jurídico, si incursionamos en la jurisprudencia, la doctrina o la legislación comenzaremos a darnos cuenta que no existe uniformidad en su identificación, reconocimiento, promoción o proyección, circunstancia que entorpece la tarea de averiguar si todos estos derechos son reconocidos a los migrantes¹⁶. Por ello se ha dicho que “el concepto de derechos fundamentales tiene varios significados en el derecho interno. En primer lugar, algunos derechos son fundamentales en razón del lugar que ocupan en la jerarquía normativa. Se consideran fundamentales los derechos y libertades protegidos a nivel constitucional. Se ha asegurado incluso que los derechos fundamentales son constitucionales ‘en esencia’, lo que los distingue de la categoría más amplia de las libertades públicas. En segundo lugar, los derechos fundamentales serían los que se expresan o están reconocidos en las normas superiores de un ordenamiento jurídico determinado o los que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de ese ordenamiento”¹⁷.

Incluso, viene afirmándose que como el conjunto de derechos fundamentales puede variar según la condición de las personas y la situación en que se encuentren, ha debido identificarse el “núcleo duro” de los derechos humanos sobre la base de un criterio

¹⁶ Baste considerar la “Carta de los Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión Europea”, aprobada en Niza en 2000, que agrupa el contenido de los derechos de ciudadanía en exclusivos (trabajar y buscar empleo, libre circulación y establecimiento, seguridad social, políticos, protección diplomática y consular) y en derechos compartidos con personas residentes en la Unión (acceso a documentos de las instituciones, protección del defensor del pueblo, derecho de petición). De esta forma hay derechos fundamentales para unos y no para otros.

¹⁷ Doc. A/CN.4/611 de Asamblea General de 27 de marzo de 2009. Quinto Informe del Relator Especial. Expulsión de extranjeros, p. 10.

operativo (“intangibilidad”), que esta cualidad permitiría que sobre ciertos derechos recaiga una protección absoluta y que, de manera general, los derechos fundamentales que integran este núcleo son el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, de las penas y tratos inhumanos, de la esclavitud y la servidumbre, pero también que la lista varía de un continente a otro¹⁸.

Esta enumeración, aún lógica, nos parece muy reduccionista, por lo que pensamos que otros derechos son fundamentales -en el sentido de primarios, primordiales, esenciales o básicos- y que todos deben gozar de ellos, sean nacionales o extranjeros (por ejemplo, el derecho a la igualdad, salud, educación). Pero, ¿por qué los tratados y las leyes van marcando diferencias en el disfrute para unos y otros?. Para salvar este contrasentido se recurre a dos palabras “distinción” y “discriminación” y entran a jugar otras expresiones: objetividad, razonabilidad y proporcionalidad¹⁹. Luego de haber interpretado el contenido y finalidad de la norma a la luz de estos criterios, cabe la posibilidad que llegue a afirmarse que el no reconocimiento de ciertos derechos obedece a una “distinción legislativa”²⁰. A la postre será el legislador -o el juez para el caso de interpretación y aplicación favorable a la norma cuestionada en el caso concreto- quien

¹⁸ “Si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene derechos que no admiten excepción, el número de esos derechos asciende a cinco en Europa, once en América y siete en el plano universal”. *Ibíd.*, p. 17.

¹⁹ Elegidas por la CIDH en su opinión consultiva sobre condición jurídica de los extranjeros indocumentados” (OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003) sin dar mayores precisiones porque supuso que son suficientes para una análisis, ya que al tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea omitió la palabra “justificación”. Pero, en el párrafo 91 hay un giro muy importante cuando incorporó a la justicia, la razón y a la naturaleza de las cosas a los fines de la evaluar si existe discriminación.

²⁰ Del dictamen de la Procuradora General de la Nación en autos “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D.R.A. en la causa R. A., D. c/ Estado Nacional” (Sentencia de 4 de septiembre de 2007) surge la siguiente argumentación: “*A la luz de estos preceptos, estimo que la distinción realizada en el decreto impugnado no importa una actitud reprochable. Preciso es decir sobre ello, que no parece arbitraria -dentro del marco anteriormente descripto- una distinción en razón de la nacionalidad en sí misma, como parece entenderlo la quejosa, toda vez que negar la aplicación de dicho concepto, sería negar la existencia de la Nación misma; máxime cuando de lo que se pretende aquí, es una prestación en dinero, cuyo monto se descuenta directamente de las arcas del Estado*”, enrolándose en una concepción hobbesiana, al concebir la idea de un Estado-Nación que en ciertas áreas críticas de goce de los derechos humanos sólo tiene facultades y no obligaciones. Por otro lado, la “distinción” a la que alude es palmariamente grosera, por lo que se transforma en discriminación. No hay tampoco un interés legislativo legítimo ni mucho menos razonable. Los jueces Highton y Lorenzetti se adhieren al dictamen.

objetiva y razonablemente decida que un extranjero gozará de menores derechos que un ciudadano porque objetiva y razonablemente no es nacional o por que su estadía es clandestina o irregular frente a otra que no lo es. Lo importante de esta circunstancia es que toda excepción y eventual diferenciación entre nacionales y extranjeros responda a un objetivo legítimo del Estado y sea proporcional a la consecución del mismo, evitándose caer en la arbitrariedad.

Por otro lado no nos olvidemos que nacionales de algunos Estados pueden estar cubiertos por acuerdos migratorios bilaterales o multilaterales de los cuales se desprenda una mejor situación jurídica en el país de acogida y ello no debe interpretarse como discriminación respecto a otros extranjeros, ya que forma parte de los mecanismos en organizaciones de integración regional (*esquema migratorio diferenciado*). Aún así, del texto del tratado o de su implementación a nivel nacional pueden surgir otros componentes que establezcan sutiles diferencias, como lo es el “Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile” de 2002, que define “nacional” como nativo o naturalizado, y en el caso del segundo requiere ostentar de ese beneficio por un período mínimo de cinco años lo cual lleva a interpretar restrictivamente el derecho a permanecer²¹; en tanto que el Decreto 616/2010 únicamente emplea la expresión “nativo”.

Fuera del contexto de integración, hay previsiones jurídicas que establecen que un extranjero puede estar amparado por el estatuto de refugiado y los derechos y obligaciones frente al Estado cambian sustancialmente.

Otra es la situación jurídica de aquel migrante clandestino o irregular, pues su propia condición de ilegal le asegura el goce de ciertos derechos y le impide el de otros²². Baste

²¹ El art. 4 del Decreto 616/2010 fija que el permiso de ingreso, cuya vigencia será de un año, configura un derecho sujeto a condición que se perfeccionará con el efectivo ingreso regular del extranjero al país.

²² La ley 21871 dispone que en caso de irregularidad no podrá negárseles el derecho a la salud, a la asistencia social, a la educación y a la información sobre facilidades migratorias.

advertir que los extranjeros radicados en un país tienen obligaciones (art. 18 ley 21871) y la igualdad de trato está amparada siempre “que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo con las leyes vigentes” (art. 5 ley 21871). Asimismo, la “Convención Internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares” de 1990²³ les impone deberes²⁴ y reconoce mayores derechos a quienes se hallan en una situación de regularidad (Parte IV).

Algunas consideraciones sobre la opinión consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de 2003

Para proteger los derechos a los migrantes no es necesario recurrir a conceptos jurídicos internacionales que son aplicables a casos graves. Introducimos esta afirmación porque la locución *jus cogens* ha incursionado en el vocabulario judicial y muchas veces es usado con propósitos retóricos sin haber efectuado un profundo análisis²⁵. Lo cierto es que un sistema de protección de derechos no es de por sí *jus cogens*, ya que también está constituido por normas procesales²⁶ y no todas las normas sustantivas revisten esta calidad²⁷, debiéndose analizar el contenido de la norma y, a

²³ La Convención ha tenido poca aceptación universal, recién entró en vigor en 2003 y sólo 43 países son Partes, la mayoría de emigración y ningún país desarrollado. Argentina formuló una reserva al art. 91.1, por lo que no puede ser obligada a resolver una controversia por medio del arbitraje o el arreglo judicial (CIJ).

²⁴ “Artículo 34. Ninguna de las disposiciones de la presente parte de la Convención tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados”.

²⁵ Verbigracia, en el caso Arancibia Clavel, el juez Boggiano afirma: “los derechos básicos de la persona son considerados *jus cogens* inderogables de derecho internacional consuetudinario”.

²⁶ A tal punto se ha llegado con la tentación de calificar como de *jus cogens* a toda norma jurídica vinculada con los derechos humanos, que en su voto disidente el juez Casadevall en el asunto *Cañete de Goñi c. España* (asunto n° 55782/00- Corte Europea de los Derechos Humanos, sentencia de 15 de octubre de 2002) sostiene que las normas procesales en general revisten esa naturaleza. En el caso se analizaba un recurso relativo a la falta de notificación del resultado de un concurso en el sistema de enseñanza español.

²⁷ En el proyecto de sobre responsabilidad internacional de los Estados aprobado por la CDI en 2001 se identificaron, a título de ejemplo, como normas de *jus cogens*: la prohibición de la agresión, la esclavitud y el trato de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el apartheid, la tortura, las reglas

través de la práctica, la aceptación y reconocimiento de la comunidad de Estados en su conjunto²⁸ para reconocerle esta característica.

Es tan complicado el análisis de la norma *jus cogens* y su aplicación general en materia de derechos humanos que cuando se trae a consideración la definición del art. 53 de la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”²⁹, en particular al expresar que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general de igual naturaleza, surge la incertidumbre acerca de la posibilidad de derogación de los derechos esenciales de la persona humana. No obstante, entendemos que ello no sería posible, porque aún cuando la naturaleza imperativa sea la misma la norma no puede ser derogada sino modificada y la modificación nunca podrá cambiar lo esencial de la misma.

Otra característica de la norma imperativa es la de ser una regla de derecho internacional general que limita la libertad de celebrar tratados y cuyo valor no puede quedar relativizado a través de disposiciones contenidas en el mismo acuerdo. Veamos un simple razonamiento, quizás el más crudo. Nadie duda que el derecho a la vida sea el más fundamental o básico y que sin vida es imposible disfrutar de los demás derechos, pero el art. 69 de la Constitución Nacional y el art. 4 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” permiten la pena de muerte, por lo que podría argumentarse que están violando una regla que no admite un acuerdo interestatal o disposiciones internas en contrario. Y si observamos la práctica seguida por los Estados y que puede constituir una pauta de interpretación de los tratados, constataremos que sesenta y siete contemplan la pena de muerte en su legislación, cinco o seis países para menores de

fundamentales del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados y el derecho a la libre determinación.

²⁸ La inclusión de la expresión “de Estados en su conjunto” en la redacción del art. 53 de la CVDT fue propuesta por la delegación de Estados Unidos en la Conferencia de Viena de 1969 con la intención de evitar cualquier subjetivismo.

²⁹ Suele transcribirse esa disposición en numerosos fallos pero sin razonarla demasiado.

edad. De lo que se deduce que lo prohibido por la normativa internacional es privar arbitrariamente del derecho a la vida.

Otras veces, las reservas permitidas en los tratados sobre derechos humanos le restan fuerza a la obligación. Por caso, y respecto al tema que nos ocupa en esta sección, baste citar el artículo 20 de la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial”, que permite la formulación de reservas y establece que es incompatible con el objeto y fin únicamente si un número muy elevado de Estados Partes (dos tercios) objetan esas reservas. También el art. 28 de la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979” admite reservas y si reparemos en las realizadas observaremos que no sólo son numerosas sino que su contenido genera más de un interrogante³⁰.

Por lo demás, también aparecen excepciones, como la del art. 1 de la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial” que luego de definir discriminación racial establece: “Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos” (art. 1.2). Por ello se ha dicho que “el principio de no discriminación impone claras limitaciones a la libertad de los Estados en el tratamiento a los extranjeros. En materia racial la no discriminación tiene carácter normativo y puede considerarse parte del *jus cogens*. En otras materias que implican distinciones adversas a los extranjeros respecto de los bienes, el acceso a los tribunales, el ingreso al país, la exclusión y la expulsión, lo que cabe preguntar es si existe actualmente un conjunto suficiente de normas que permitan determinar si el ejercicio de

³⁰ Existen muchas vinculadas a la *Sharia* islámica o a la legislación nacional. Los motivos aducidos por los países de Oriente Medio y el Norte de África para formular reservas no son exclusivos de esta región. Por ejemplo, Malta, Reino Unido y Suiza han formulado reservas alegando que la Convención está reñida con su legislación nacional. Otros países de fuera de la región también han formulado reservas alegando que las disposiciones del tratado están en conflicto con leyes religiosas. Entre ellos se encuentran Bangladesh, Malasia, Maldivas, Mauritania y Singapur. Otras resultan curiosas, pues están referidas a asegurar la continuidad monárquica por la vía masculina en democracias occidentales.

la discreción del Estado es justificable o si equivale a discriminación ilícita. Las distinciones en estas esferas pretendidamente basadas en la condición de extranjero, o en la competencia para tratar a los extranjeros a voluntad, pero que en realidad tienen motivos raciales, quedan claramente prohibidos por el principio general anteriormente anunciado. Incluso en otras materias, debe seguir dudándose de la condición de extranjero como base exclusiva de las distinciones, y ha sido objeto tanto de tratados como de la práctica internacional para prevenir la discriminación en desmedro de los extranjeros en general”³¹. De este párrafo surge claramente que en el derecho internacional contemporáneo no cualquier discriminación prohibida tendría naturaleza *jus cogens*, sino aquella exclusivamente vinculada a la raza.

Parte de la confusión en esta área deviene de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es bastante particular³² y se ha visto fuertemente influenciada por el pensamiento del ex-juez Cançado Trindade³³. En la Opinión Consultiva relativa a la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de 2003 el tribunal afirma que el derecho de igualdad y no discriminación han ingresado en el dominio del *jus cogens*³⁴. Una cuidadosa lectura de

³¹ Doc. A/CN.4/611 de Asamblea General de 27 de marzo de 2009. Quinto Informe del Relator Especial. Expulsión de extranjeros, p. 183.

³² A nuestro modo de ver la CSJN ha colocado a la CIDH como intérprete última de la convención americana sin efectuar algún tipo de constatación sobre la legitimidad del fundamento en el derecho internacional que ella realiza.

³³ Cançado Trindade, quien suele emitir votos individuales tan extensos como la propia sentencia, ha dedicado varios párrafos al *ius cogens* en el concurrente con la opinión consultiva sobre los derechos de los migrantes indocumentados, pero luego de hacer referencia a derechos fundamentales inderogables que prohíben determinados comportamientos al Estado (prohibición absoluta de la tortura, desaparición forzada de personas, ejecuciones sumarias y extra-legales) y citar jurisprudencia del ámbito penal internacional lo fundamenta en la *opinio juris communis* por encima de la voluntad de los Estados, suponiendo que el tribunal interamericano es un legítimo intérprete de la misma.

³⁴ Determinadas opiniones consultivas solicitadas a tribunales internacionales tiene un doble propósito: jurídico y político. En esta petición es elocuente que la solicitud de México a la corte interamericana y la introducción del concepto de *ius cogens* en el documento de su gobierno estuvo vinculada a la negativa de Estados Unidos a suscribir la Convención americana y a la numerosa cantidad de migrantes indocumentados en ese país de nacionalidad mexicana. Quizás lo dictaminado por la CIDH constituya una reacción frente al fallo del máximo tribunal estadounidense que, en 2002, había convalidado la no aplicación de la *National Labour Relations Act* a los trabajadores migrantes indocumentados (*Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137, 122 S.Ct. 1275 - 2002), ya que México formuló el pedido de opinión consultiva a los dos meses de esa sentencia.

los exigüos párrafos dedicados a este importante aspecto nos revela que como no pudo basarse en norma jurídica convencional o consuetudinaria de carácter general con esta naturaleza, el tribunal simplemente señaló que ha sido desarrollada por la doctrina³⁵ y la jurisprudencia³⁶, pero no profundizó en las referencias que ha hecho la Corte Internacional de Justicia³⁷ o las de la Comisión de Derecho Internacional³⁸ al reservar esta calificación para situaciones muy trascendentes, asignándole la función de proteger valores esenciales para la comunidad internacional en su conjunto (verbigracia, esclavitud, el genocidio, discriminación racial propiamente dicha, la segregación racial o *apartheid*, el uso de la fuerza prohibido, la tortura³⁹).

³⁵ Algunos internacionalistas sostienen que los derechos fundamentales de la persona humana están comprendidos en el *ius cogens* sin realizar ninguna precisión al respecto, en tanto que otros aluden sólo a ilícitos graves (por ejemplo, discriminación exclusivamente racial) o a crímenes de derecho internacional (verbigracia, segregación racial o *apartheid*).

³⁶ Respecto a la jurisprudencia cita la relativa a violaciones graves y masivas de derechos humanos ocurridas durante conflictos armados (derecho internacional humanitario) e indica que el fallo de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* (1970) hizo alusión al *ius cogens*, cuando en realidad no empleó esa expresión y ha sido bastante cauta en lo que a ella respecta en todas sus decisiones. Por ejemplo, en las controversias relativas a las *actividades armadas en el territorio de Congo* (República Democrática de Congo-Ruanda) de 2002 y a la *aplicación de la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (Bosnia Herzegovina – Serbia y Montenegro) de 2007 –vinculadas con conflictos armados internacionales– la Corte aludió específicamente al genocidio y en primero también a la discriminación racial.

Transcribimos los dos párrafos de referencia para la CIDH: “33. Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. 34. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel ».

³⁷ Atiéndase que en algunos fallos la CIJ ha privilegiado principios o instituciones de vieja raigambre, como lo es la inmunidad de jurisdicción frente a reclamos por violación de normas *ius cogens* o rechazado su competencia por reservas efectuadas por el Estado demandado en las convenciones sobre genocidio, discriminación racial y discriminación contra la mujer.

³⁸ En los comentarios al art. 19 del Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados (eliminando a la fecha), aprobado en su 28º período de sesiones, la CDI hacía hincapié en la agresión, el establecimiento y mantenimiento de una dominación colonial, la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*.

³⁹ CRAWFORD, JAMES. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2004, p.231-232.

El tribunal interamericano tampoco se ocupó de verificar si lo establecido por el párrafo 2 del art. 1 de la Convención sobre discriminación contrastaba con sus propios dichos ya que, a más de “distinciones”, esta disposición emplea otros términos: exclusiones, restricciones o preferencias⁴⁰. ¿Sería nula esta disposición en base a los argumentos de la corte interamericana?.

También se afirma que las normas *jus cogens* son *erga omnes*, lo cual es jurídicamente correcto, pero en el caso de estudio se presenta otra dificultad: como todos los Estados tienen el deber de proteger derechos fundamentales esta obligación también recae en el de nacionalidad de los migrantes y es bien sabido que un Estado puede renunciar a la protección diplomática⁴¹. ¿Cómo se resuelve esta contradicción?.

Tutela judicial de los derechos de los migrantes.

En el derecho internacional actual puede decirse que hay una importante evolución favorable al reconocimiento de derechos a los extranjeros en cuanto a su dimensión universal y que impone a los Estados un tratamiento no inferior a un mínimo internacional que respete su dignidad humana.

Este reconocimiento quedaría incompleto si no se les otorgara tutela judicial, ya que un rasgo predominante en algunas regulaciones migratorias ha sido la imposibilidad de ejercer la defensa de sus derechos, presuponiéndose que la decisión administrativa es

⁴⁰ El párrafo 2 del art. 2 del “Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” incorporó el principio de no discriminación, pero esta obligación aparece relativizada en el párrafo 3 para los países en desarrollo, a quienes permite determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos a las personas que no sean nacionales suyos.

⁴¹ Díaz Barrado dice que la práctica de los Estados, la doctrina científica y las posiciones jurisprudenciales avalan el carácter puramente discrecional en el ejercicio de la protección diplomática, aunque podría verse obligado a ejercerla si el ordenamiento interno impusiere tal deber”. DÍAZ BARRADO, CASTOR. “Marco normativo de la protección diplomática” en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*. Fernando M. Mariño Menéndez (coord.). Colección Investigación y Debate. Libros de la Catarata, Madrid, 2006, p.256.

ajustada a derecho⁴². Incluso, hace tiempo que el Instituto de Derecho Internacional había expuesto una gama de derechos (1892) entre los que figuraba el acceso del extranjero a todos los procedimientos judiciales⁴³. Por esta razón es que no es necesario recurrir a institutos concebidos para situaciones gravísimas para resolver los conflictos entre las normas internas y los derechos asegurados por ellas y los tratados internacionales.

En el caso particular de un trabajador extranjero la precariedad en el goce de ciertos derechos laborales no está necesariamente atada a su calidad de no nacional, sino a una cuestión de hecho: no haber sido denunciado. A veces no puede ser declarado porque es ilegal y lo es porque no ha podido o querido regularizar su situación. Cuando el empleador lo contrata - sea por cuestión de humanidad o de beneficio económico- lo hace a su propio riesgo y la ley prevé las sanciones correspondientes.

Por otro lado, sea nacional o extranjero, toda precariedad laboral impide otros beneficios (por ejemplo, salario familiar, régimen jubilatorio, acceso a crédito, etc.), no importando su posición frente al sistema jurídico. Empero, el temor de un trabajador migrante irregular o clandestino suele estar vinculado a lo que el órgano administrativo migratorio -y no el laboral- defina respecto a su permanencia, de allí las bienvenidas y numerosas amnistías que han ido aprobándose en muchos países.

Quizás el acento deba ponerse en la trata y no tanto en el trato, porque cuando se posibilita el ingreso por canales clandestinos se favorece el tráfico ilícito y su consiguiente explotación, por ejemplo, a través de la retención de la documentación o el engaño que coloca a los migrantes en situaciones cuasi-esclavistas. La obligación del Estado debe dirigirse a perseguir la delincuencia internacional organizada y a facilitar la

⁴² La ley 22439 imposibilitaba a un extranjero recurrir ante la instancia judicial, pues la decisión del Ministerio del Interior causaba ejecutoria "no existiendo ulterior recurso" (artículo 80).

⁴³ Politis, N. "*Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*". Recueil des Cours, n° 1, 1925 (VI), p. 108

regularización migratoria. Por supuesto que esto es una propuesta teórica, porque las decisiones políticas pasan por múltiples intervinientes en cada sociedad y, a veces, el ingreso de trabajadores migratorios regulares es rechazado por las mismas organizaciones sindicales locales.