

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS DERECHOS HUMANOS
DE LAS PERSONAS MIGRANTES COMO RETO
PARA LA TEORÍA DEL DERECHO

E. DOROTHY ESTRADA TANCK

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones de Ronald Dworkin y de Robert Alexy a la teoría no-positivista del derecho son indudables. A pesar de las críticas recibidas en torno a sus ideas, sobre todo, la bien conocida disputa Hart-Dworkin (el primero como exponente del positivismo jurídico¹ y

¹ Véase Hart. H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2a. ed., 1994, que contiene una "Postdata" editada por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, en la que Hart responde a las críticas de Dworkin a su obra originalmente escrita en 1961, y aclara que mientras para Dworkin la labor de la teoría del derecho es ser interpretativa y por ello

el segundo como representante de la teoría no-positivista del derecho), las propuestas de Dworkin y Alexy respecto de la existencia de reglas y principios como elementos esenciales del derecho², siguen constituyendo punto de referencia para la comprensión de múltiples conceptos y temas jurídicos. En particular, la visión de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho (con una dimensión ideal o crítica y otra real o fáctica)³ puede resultar útil para analizar los valores contenidos en las normas de derechos humanos y entender la operación práctica de estas normas.

Debe partirse entonces de la distinción entre reglas y principios, aun si para efectos de este artículo se expone dicha distinción de manera sintetizada. Para ambos autores, las *reglas* de un sistema jurídico constituyen expresiones de una verdadera obligación categórica y, por tanto, sólo pueden ser plenamente cumplidas o incumplidas. Los *principios*, por su parte, son expresiones de la contraparte ideal del derecho y constituyen postulados morales fundamentales, son estándares que deben ser observados por requerimientos de jus-

en parte evaluativa, para él la labor de la teoría del derecho es ser general y descriptiva, pp. 240-241. Véase también Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper núm. 77, marzo de 2007, University of Michigan Law School.

² Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Editorial Duckworth, Londres, 1977, en particular, el capítulo 4, "The Model of Rules I", pp. 70-91.

³ Véase Alexy, Robert, "On the Concept and the Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, Blackwell, Oxford, septiembre de 2008, pp. 281-299.

ticia u otra dimensión de moralidad. Para Dworkin, los principios proporcionan razones que orientan la decisión jurídica (sobre todo la judicial) en un sentido u otro, pero no necesariamente la determinan; de forma similar; para Alexy los principios funcionan como máximas de optimización en el sistema, es decir, se exige su cumplimiento en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, pero por abordarse en el terreno de la posibilidad, los principios admiten distintos grados de cumplimiento. Para decidir qué principio debe prevalecer sobre otro en cierta situación, Alexy propone el método de la 'ponderación' que permite evaluar cuál principio tiene mayor peso en el caso concreto⁴.

Según la argumentación de Alexy, los principios se reflejan a través de los derechos fundamentales contemplados en un sistema jurídico. Para él los derechos humanos pueden entenderse como "derechos morales", y los derechos constitucionales como "derechos

⁴ Para una descripción de su propia teoría sobre principios y reglas y una comparación con la de Dworkin, véase Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", traducción de Manuel Atienza, en *Doxa*, núm. 5, 1998, pp. 139-151. Así lo expresa Alexy recientemente en la versión más desarrollada de esta idea, en "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182. Véase también el texto original de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, así como la edición más reciente de dicha obra en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Para este trabajo se consultó la versión en inglés de esta obra, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.

positivos"⁵. En este sentido, cuando los derechos humanos están 'positivizados' como en el caso de las normas internacionales en la materia (que por supuesto pueden coincidir con derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional), la distinción entre principios y reglas puede volverse muy tenue⁶.

⁵ Así lo expresa Alexy recientemente en la versión más desarrollada de esta idea, en "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182. Véase también el texto original de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, así como la edición más reciente de dicha obra en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁶ En este contexto, pueden encontrarse algunas críticas a la diferenciación de Alexy entre reglas y principios cuando se aplica al tema de derechos humanos, sobre todo por lo que toca a los métodos de interpretación del contenido de los derechos y la resolución de conflictos entre éstos. De acuerdo con su propuesta, los derechos fundamentales y, por consiguiente, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, constituirían principios. Para Jürgen Habermas, ello contribuye a 'diluir' los derechos fundamentales, pues se les caracteriza como meros criterios abstractos, o como objetivos, valores o políticas que pueden ser medidos unos contra otros, lo cual puede resultar en privar a algún derecho concreto de contenido normativo absolutamente obligatorio a través de una 'ponderación irracional'; véase Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996, pp. 254-259. Véase también la respuesta de Alexy a esta crítica en "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", en *Ratio Juris*, vol. 6, 2003, pp. 131-140. Asimismo, se ha indicado que definir los derechos humanos esencialmente como principios, abre la peligrosa avenida de considerarlos, por lo tanto, sujetos a la 'ponderación' para su interpretación y aplicación, en especial, por órganos de revisión constitucional. Al no contemplar a los derechos humanos a la vez como reglas de aplicabilidad categórica que no admiten excepción ni ponderación —por lo menos en el caso de algunos derechos humanos—, se da pie a la posibilidad de una interpretación que puede afectar ne-

Por tanto, realizar un ejercicio de identificación entre los principios y reglas de la rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), constituye un reto interesante, en el entendido de que, según la teoría expuesta, tales derechos materializan en sí mismos los principios del sistema jurídico. Sin embargo, si se analiza la normatividad internacional de derechos humanos, puede observarse que varios de estos derechos constituyen principios y a la vez reglas, pues además de encerrar criterios morales fundamentales, también se expresan a través de normas jurídicas que contienen obligaciones concretas correspondientes a la efectiva realización de cada uno de tales derechos.

Ahora bien, no por ello la distinción se vuelve superflua, dado que la diferenciación entre principios y reglas contribuye a hacer visibles las posibles tensiones o incluso contradicciones del sistema internacional de derechos humanos, así como aquéllas que se presentan en su interrelación con los sistemas jurídicos naciona-

gativamente ciertos derechos, un punto especialmente grave si se trata de derechos humanos insuspendibles como el derecho a la integridad personal y la respectiva norma internacional de prohibición absoluta de la tortura. Esta interpretación se ha producido ya en algunos fallos judiciales de tribunales constitucionales como en el caso de Canadá, que han utilizado el método de la ponderación de derechos (*balancing*) entre el derecho (interés colectivo) a la seguridad y el derecho a la integridad personal para el análisis de casos de lucha contra el terrorismo, con resultados poco alentadores para la reafirmación del derecho insuspendible a la integridad personal; véase Scheinin, Martin, "Terrorism and the Pull of 'Balancing' in the Name of Security", en Scheinin, Martin et al., *Law and Security-Facing the Dilemmas*, EUI Working Paper Law 2009/11, European University Institute, 2009, pp. 55-63.

les. Al tomar los principios —así calificados por la propia normatividad en la materia—, como parámetros de evaluación, puede revelarse que algunos de ellos no se reflejan plenamente en ciertas reglas, o bien, que al momento de implementar las normas internacionales en el ámbito nacional, esta aplicación se queda corta, o incluso va en contra del sentido y espíritu del principio.

Por ello, este artículo se basa en la idea, trabajada también por Dworkin y por Alexy, de que algunas normas pueden a la vez ser principios y ser reglas⁷, y que este es el caso precisamente de los derechos humanos que materializan criterios morales orientadores y al mismo tiempo constituyen reglas específicas de observancia plenamente obligatoria. Con base en este punto de partida, se busca aplicar la teoría de los principios y reglas al DIDH, como una distinción útil y necesaria para analizar el contenido normativo de esta fuente del derecho y las implicaciones jurídicas que esta revisión arroja para la práctica jurídica.

Para realizar este ejercicio, se toma como estudio de caso el tema de los derechos humanos de las personas migrantes en el DIDH, pues esta cuestión ilustra de forma paradigmática la interacción de principios y reglas que entran en juego con los derechos humanos reconocidos, construidos e interpretados internacionalmente y su aplicación en sistemas jurídicos nacionales, territorialmente delimitados. Es en este tema particularmen-

⁷ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 79; y Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., pp. 44-45 y "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", op. cit., pp. 132-133.

te debatido en el que puede identificarse de forma más clara la distinción e interrelación entre los *principios* de universalidad de los derechos humanos, igualdad y no discriminación y las *reglas* contenidas en distintas disposiciones que concretizan (o no) dichos principios al ser aplicados a la situación concreta de las personas migrantes.

II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PERSONAS MIGRANTES: CONTEXTO DE UN TEMA EN MOVIMIENTO

En la realidad fuertemente pluricultural de las sociedades contemporáneas, los Estados se enfrentan cada vez más con el reto de crear condiciones para la convivencia pacífica y el acomodo de diferentes y en ocasiones contrastantes necesidades e intereses de diversos individuos y grupos.

En este contexto, la situación de las personas migrantes presenta un campo particularmente importante para la reflexión de los principios y reglas jurídicos. Al analizar el DIDH, puede observarse que la diversidad lingüística, la diferencia cultural y la variedad religiosa se han tratado en cierta medida a través de normas generales y de la jurisprudencia, y por lo tanto las preguntas sobre cuáles derechos les deben ser reconocidos a los miembros de minorías étnicas, culturales y religiosas, y de qué manera, pueden encontrar en esas normas y jurisprudencia una guía para la creación legislativa y la política pública.

Sin embargo, el marco jurídico de los derechos de los migrantes, en relación con su condición de migrantes como tal, y especialmente los migrantes irregulares, no está plena ni coherentemente desarrollado. Aunque los migrantes pueden tener identidades superpuestas, en su carácter solamente de migrantes quedan fuera de otras categorías jurídicas, como la de pueblos indígenas, personas refugiadas, solicitantes de asilo o desplazadas internas y, por lo tanto, sufren de falta de protección debido a las lagunas existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia⁸. Sin embargo, como se desarrolla en el presente artículo, este vacío pudiera llenarse en parte a través de la aplicación de los principios de universalidad, igualdad y no discriminación que alimentan todo el DIDH, a las reglas de las que por diferentes vías son destinatarias las personas migrantes.

Para definir claramente el escenario que tenemos enfrente, debe hacerse notar que hay más de 175 millones de personas que viven y trabajan en un país distinto del de su nacimiento o ciudadanía. Muchos de ellos son trabajadores migrantes⁹. Como se ha destacado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "la migración es principalmente una cuestión de tra-

⁸ En este sentido, véase Edwards, Alice y Carla Fertsman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010, p. 24.

⁹ Comité de Trabajadores Migratorios, Preguntas más frecuentes sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmwf/faqs.htm>.

bajo. Se refiere a la circulación de los trabajadores que cruzan fronteras para encontrar un empleo, así como a la necesidad de igualdad de trato, buenas condiciones laborales y los derechos de estos trabajadores"¹⁰. Esta concepción parece estar en consonancia con el enfoque adoptado por el principal instrumento de derechos humanos de las Naciones Unidas referido a las personas migrantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM). No existe hasta el momento una definición jurídica internacional de los migrantes, sino más bien de "trabajador migrante", que ha sido descrito por la CDTM en su artículo 2, párrafo 1, como "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional".

En el presente trabajo se estudian las normas internacionales aplicables a las personas migrantes, así como la forma en que los derechos humanos generales se han entendido e interpretado por los organismos

¹⁰ En este contexto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió recientemente un manual "para guiar la participación de los movimientos sindicales en el diseño de las políticas migratorias mediante la promoción de buenas prácticas en materia de migración laboral y el acercamiento a las y los trabajadores migratorios. Busca asegurar que la migración beneficie a los países de origen, así como a los países de destino, y tanto a los trabajadores migratorios como a los no-migratorios". Véase OIT, *En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: un manual para sindicalistas*, Ginebra, 2009. Véase también OIT, *Proteger los derechos de los trabajadores migrantes: Una responsabilidad compartida*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

internacionales en la materia, en relación específicamente con los migrantes. A través de esta revisión, se delimitan los principios y reglas que pueden derivarse de la normatividad existente, así como la interrelación entre ellos y su posible proyección a futuro.

III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: PRINCIPIOS Y REGLAS

1. *Sistema de Naciones Unidas*

A pesar de que el marco jurídico actual tiene diversas lagunas y deficiencias en lo que respecta a las personas migrantes, algunas afirmaciones importantes se pueden extraer como puntos de partida a tener en cuenta y como base para un mayor desarrollo jurídico en este campo.

1) De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con base en las normas sobre igualdad y no discriminación, en principio, las personas migrantes tienen los mismos derechos que cualquier otra persona bajo la jurisdicción del Estado, dado que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales deben ser universalmente promovidos y respetados por los Estados, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (arts. 1, 3 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas).

Estas disposiciones generales, que toman la forma de *principios* para constituir criterios morales funda-

mentales, se han reforzado a través de la reafirmación post-Guerra Fría de que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí" (art. 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993).

El carácter de universalidad de los derechos humanos, y por ello aplicables a todas las personas, y la prohibición de la discriminación, especialmente la que se basa en la raza, parecería tener relación directa con la situación de las personas migrantes y su disfrute de derechos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue un paso más allá de la Carta de las Naciones Unidas (ONU) y mencionó específicamente el *origen nacional* como uno de los motivos prohibidos de discriminación, cuando estableció en el artículo 2: "Toda persona tiene derecho a todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo, como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, *origen nacional* o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", de tal modo que prohibió a los Estados hacer diferenciaciones en el reconocimiento de los derechos sobre esta base, en la cual directamente se incluiría la protección de las personas migrantes.

La necesidad de reafirmar esta idea se expresó en 1985 a través de la adopción por la ONU de la Declaración de los Derechos Humanos de las personas que no son nacionales del país en que viven, que reconoce los derechos del Estado a promulgar leyes en materia de nacionalidad y ciudadanía, pero subraya en el artículo 1: "Las leyes y reglamentos no pueden ser incompa-

tibles con las obligaciones jurídicas internacionales de ese Estado, incluidas aquéllas en la esfera de los derechos humanos". Confirma que los derechos humanos deben reconocerse a todos los extranjeros, a pesar de admitir una diferenciación en cuanto a los extranjeros legalmente en el territorio del Estado receptor en lo que respecta principalmente al derecho de voto y el derecho a la reagrupación familiar.

En términos generales, la norma establecida en dicha Declaración se desarrolla en los instrumentos analizados a continuación y ha alcanzado, en la actualidad, un nivel progresivo y más alto de protección.

Sin embargo, el avance jurídico y en especial la realización práctica de las normas en materia de derechos humanos de los migrantes, han sido temas de acaloradas disputas en el escenario de un mundo en el que, a pesar de los modelos más avanzados de integración económica y política entre los Estados, como la Unión Europea, el Estado nacional todavía conserva como parte de su soberanía, el derecho primario a decidir quién entra en su territorio y las condiciones de tal entrada y permanencia.

2) Derivado de los *principios* de igualdad y no discriminación, un marco general para la regulación de la situación de las minorías en la sociedad más amplia, se puede encontrar en la *regla* contenida en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP):

En los Estados en que existan las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las personas pertenecientes a esas

minorías *no se les negará* el derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

La misma *regla* se incluye en el artículo 30 de otro tratado internacional vinculante, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, por lo que respecta a las niñas y niños miembros de estas minorías.

En relación con la interpretación del artículo 27 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de interpretar el Pacto, adoptó en 1994 una interpretación extensiva y aclaró en su Observación General núm. 23, *Los derechos de las minorías (artículo 27)*, que estos derechos se aplican también a los trabajadores migrantes:

5.2. El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a minorías que "existan" en un Estado parte. Dada la naturaleza y alcance de los derechos previstos en dicho artículo, no es relevante para determinar el grado de permanencia de la expresión "que existan". Esos derechos se refieren sencillamente a que a las personas pertenecientes a esas minorías no se les debe negar el derecho, en común con los miembros de su grupo, a tener su propia cultura, practicar su religión y a emplear su propio idioma. Así como no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, tampoco necesitan ser residentes permanentes. Por lo tanto, incluso los visitantes o *trabajadores migratorios* en un Estado Parte que constituyen esas minorías tienen derecho a no negar el ejercicio de esos derechos.

Como cualquier otra persona en el territorio del Estado Parte, que sería, también para este fin, tiene los derechos en general, por ejemplo, *a la libertad de asociación, de reunión y de expresión*. La existencia de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en un Estado Parte no depende de una decisión de ese Estado Parte, sino que requiere que se establezca por criterios objetivos.

Por lo tanto, existe una regla de aplicación categórica respecto de las personas migrantes que a la vez son miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en el sentido de que se les deben garantizar los derechos *al disfrute de la cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*. Sin embargo, esta regla se refiere a derechos que no son derechos individuales, sino que deben ejercerse colectivamente, *en comunidad con los demás miembros del grupo* de la persona. También hay que tener en cuenta que la redacción de este artículo establece una obligación negativa muy amplia del Estado en el sentido solamente de no poner obstáculos a la realización de estos derechos. Si a este artículo muy general le sumamos el hecho de que los migrantes irregulares suelen no disfrutar de algún tipo de *status* como miembros de una minoría reconocida, entonces se puede observar que con frecuencia estos derechos tienen poco o ningún efecto sobre la situación de los migrantes en el suelo. Esta realidad de millones de personas que viven en Estados de todos los niveles de desarrollo y de ingreso, tiene consecuencias en términos de integración social y diversidad cultural, dado el hecho de que, debido a estas vulnerabilidades

jurídicas, los migrantes irregulares a menudo tienen dificultades en autoadscribirse de forma explícita como miembros de una comunidad y disfrutar de su propia cultura libre y abiertamente.

3) Específicamente con respecto a las personas migrantes, existen interpretaciones más recientes, probablemente influenciadas por la entrada en vigor de la CDTM en 2003, que reafirman que los principios de igualdad y no-discriminación (que a la vez constituyen derechos), deben entenderse como aplicables a las personas migrantes en relación con todos los derechos humanos, y que también proporcionan criterios sobre la forma de llevar a efecto estos principios en el ejercicio de la soberanía territorial. Si bien se reconoce que en virtud de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, es posible hacer distinciones legales entre los ciudadanos y no ciudadanos, también se destacó por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité de ERD), en su Observación General núm. 30, *La Discriminación contra los no ciudadanos*, de 2004, que esta distinción "debe interpretarse en el sentido de evitar socavar la prohibición básica de la discriminación, por lo que no debe interpretarse que desvirtúa de modo alguno los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (párrafo 2). El Comité también dejó claro en los párrafos 3 y 4 de la misma observación, que:

El artículo 5 de la Convención [sobre la Eliminación de la Discriminación Racial] incorpora la obligación de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Aunque algunos de estos derechos, tales como el derecho a participar en las elecciones, a votar y a ser votado en las elecciones, pueden circunscribirse a los ciudadanos, los derechos humanos son, en principio, para ser disfrutados por todas las personas. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de estos derechos en la medida reconocida por el derecho internacional.

Bajo la Convención, el trato diferenciado basado en la ciudadanía o el estatus migratorio constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican en virtud de un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este objetivo.

Otro desarrollo reciente, posiblemente detonado por la CDTM, se puede encontrar en la Observación General núm. 6 del Comité sobre los Derechos de la Niñez, *El tratamiento de menores no acompañados y fuera de su país de origen*, de 2005, que puso especial atención en las reglas relativas a los derechos de las niñas y los niños migrantes y también proporciona criterios para una mejor comprensión del *principio de no-discriminación*. El Comité ha indicado que:

12. Las obligaciones del Estado en el marco del Convenio se aplican a cada niño sujeto al territorio del Estado, así como a todos los niños sujetos a su jurisdicción (art. 2).

Por otra parte, las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican dentro de las fronteras de un Estado, incluso con respecto a los niños que están bajo la jurisdicción del Estado y al mismo tiempo intentando entrar en el territorio. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no se limita a los niños que son ciudadanos de un Estado Parte y por lo tanto debe, si no se indica expresamente lo contrario en la Convención, también estar disponible para todos los niños –incluidos los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes– independientemente de su nacionalidad, estatus migratorio o apatridia.

[...]

18. El *principio de no discriminación*, en todas sus facetas, se aplica con respecto a todas las relaciones con los niños separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación por razón de la situación de un menor no acompañado o separado, o como refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio, bien entendido, no impide –e incluso puede exigir–, la diferenciación sobre la base de la protección de diferentes necesidades, tales como aquellas derivadas de la edad y/o del género. También deben tomarse medidas para hacer frente a posibles errores de percepción y a la estigmatización de niños no acompañados o separados dentro de la sociedad. Las medidas policiales u otras medidas relativas al orden público que involucren a niños no acompañados o separados, sólo son admisibles si tales medidas se basan en la ley, implican evaluación individual y no colectiva, cumplen con el principio de proporcionalidad y representan la opción menos invasiva. Con el fin de no violar la prohibición de no discriminación, esas medidas no pueden nunca, por lo tanto, aplicarse a un grupo o de forma colectiva.

En la misma línea, el Comité de EDR especifica que en virtud de la Convención, los Estados Partes deben “velar por que las instituciones educativas estén abiertas a los no ciudadanos y a los hijos de migrantes indocumentados que residen en el territorio de un Estado Parte” (párrafo 30 de la Observación General núm. 30).

4) De toda la estructura normativa de derechos humanos en Naciones Unidas, uno de los nueve tratados fundamentales se refiere a las personas migrantes, especialmente a los trabajadores migratorios y sus familias, a través de la mencionada Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada en 1990 y en vigor desde 2003. Como se puede observar, este instrumento se refiere a los derechos de todas y todos los trabajadores migratorios, es decir, los documentados e indocumentados. La Convención fue redactada sobre la base de dos instrumentos anteriores, el Convenio de Migración para el Trabajo de 1949 (núm. 97) y el Convenio de la OIT sobre Trabajadores Migratorios (Disposiciones Complementarias) de 1975 (núm. 143), que en conjunto constituyen lo que se ha llamado la Carta Internacional sobre Migración, proporcionando un marco normativo amplio que abarca el tratamiento y los derechos de los migrantes, así como la cooperación inter-estatal en la regulación de la migración.¹¹

¹¹ Taran, Patrick A., “Clashing worlds: imperative for a rights-based approach to labour migration in the age of globalization”, en *Mondia-*

Siguiendo los principios generales de igualdad y no discriminación, la CDTM establece en el artículo 7 una regla que constituye una especie de “obligación paraguas” de no discriminación en relación con todos los derechos humanos: “Los Estados Partes se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y a garantizar a todos los trabajadores migratorios y sus familias dentro de su territorio y que estén sujetos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción política o de otra índole, origen étnico, social o nacional, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

La CDTM ha sido ratificada por 42 Estados y siendo un instrumento que entró en vigor recientemente (2003), está abierta la posibilidad de nuevas adhesiones (la más reciente ratificación es apenas del 27 de julio de 2009 por Nigeria). Dentro de los Estados miembros de la CDTM, uno puede encontrar sobre todo países de origen, pero también algunos países de tránsito y/o de destino de un gran número de migrantes. Entre los Estados ratificantes, hay países de todas las regiones del mundo, excepto de la Unión Europea (UE). Sin embargo, 11 Estados miembros de la UE han ratificado

lisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question/ Globalization, migration and human rights: international law under review, vol. II, bajo la supervisión de Vincent Chetail, Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Bruylant, 2007, p. 421.

uno o los dos convenios de la OIT. El Parlamento Europeo ha llamado a los Estados miembros a ratificar la CDTM¹² y el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, en 2004 instó a los Estados de la UE a convertirse en Partes de la CDTM; como él hacía notar: "La integración es una calle de dos sentidos. Los inmigrantes deben adaptarse a sus nuevas sociedades, y las sociedades deben adaptarse también. La palabra "integrar" significa literalmente "hacer completo". Ese es el imperativo para la Europa de hoy. La integración de los inmigrantes que han llegado a ser miembros permanentes de las sociedades europeas es esencial para su productividad y su dignidad humana", y la CDTM proporciona las herramientas jurídicas para conseguir estos objetivos¹³.

Sin embargo, hasta el momento ningún Estado miembro de la UE ha ratificado ni firmado la CDTM. Pero hay que señalar que, por ejemplo, Italia, basó gran parte de su legislación nacional migratoria de 1998 en las disposiciones de la CDTM (aunque debe decirse que la situación hoy en día es diferente pues se ha adoptado una legislación mucho más restrictiva de los derechos de las personas migrantes). Asimismo, un estudio jurídico concluyó que la ley belga refleja una conformidad casi total con las disposiciones de esta Convención, lo

¹² Parlamento Europeo. 2006. *Resolución sobre el Desarrollo y la Migración*, Doc. P6_TA(2006)0319, 6 de julio de 2006.

¹³ Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, dirigido al Parlamento Europeo al recibir el Premio Andrei Sakharov por la Libertad de Pensamiento (Bruselas), 29 de enero de 2004, en http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_3178_en.htm.

cual implicaría pocos obstáculos para su ratificación. También debe tenerse en cuenta que Bélgica, junto con Italia, España y Portugal, han ratificado los dos convenios sobre trabajadores migrantes de la OIT, lo cual podría ofrecer posibles caminos para la ratificación de la CDTM¹⁴.

Siendo este tratado la encarnación del estándar de Naciones Unidas relativo a los derechos humanos de las personas migrantes y uno de los principales instrumentos universales de derechos humanos, la Convención es el más fuerte parámetro jurídico existente para evaluar las normas y políticas adoptadas por los Estados en materia de migración. En este sentido, las reglas específicas que se contienen en su articulado, materializaron principios ya construidos en la arquitectura normativa internacional por más de 40 años y que requerían de disposiciones obligatorias para aclarar y facilitar su campo de aplicación específicamente respecto de las personas migrantes.

Una reflexión interesante, que para efectos de este artículo sólo se deja mencionada, es aquella que se refiere a la pregunta sobre si existe un fundamento ético y jurídico, incluyendo dentro de las normas de derechos humanos, para argumentar a favor de un derecho a dejar el lugar de origen nacional o de residencia y entrar en otro país, basado en el derecho humano de libre circulación. A pesar de que quizá estemos lejos de pensar en un mundo sin fronteras, es interesante notar que ya desde 1986, el Comité de Derechos Humanos,

¹⁴ Véase referencias en Taran, Patrick A., *op. cit.*, p. 423.

órgano encargado de supervisar el cumplimiento del PIDCP, aclaró en el apartado 5 de su Observación General núm. 15 sobre la situación de los extranjeros de acuerdo con el Pacto, lo siguiente:

...mientras que el Pacto no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado Parte, un extranjero puede, en determinadas circunstancias, acogerse a la protección del Pacto, incluso en relación a la entrada o residencia, por ejemplo, cuando surgen consideraciones de no discriminación, prohibición de trato inhumano y respeto de la vida familiar.

Como se ha observado, esas circunstancias particulares a las que se refería el Comité de Derechos Humanos desde los años ochenta, se han ido definiendo y desarrollando no sólo a través de la creación de instrumentos en materia de derechos humanos que contemplan reglas relativas a las personas extranjeras y migrantes, sino también a través de la labor interpretativa de los mecanismos internacionales de protección que han ayudado a dotar de contenido y alcance normativo extensivo a los principios generales de derechos humanos.

2. Algunas reflexiones sobre principios y reglas en derechos económicos, sociales y culturales de las personas migrantes

Un punto digno de análisis se refiere a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Eco-

nómicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y los principios y reglas referidos a estos derechos humanos en relación con las personas migrantes.

Ello debido a que en este análisis confluyen dos de los debates más actuales en materia de derechos humanos. Uno, el que se ha expuesto antes sobre el principio de universalidad de los derechos humanos y las contradicciones y dificultades para su aplicación respecto de las personas migrantes, debido a la construcción conceptual del Estado territorial soberano y la existencia de normas de los derechos nacionales que son difícilmente compatibles con dicho principio de universalidad¹⁵. Y dos, aquél de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), referido a los retos para la posibilidad de exigir judicialmente (o a través de órganos quasi-jurisdiccionales) el cumplimiento de estos derechos. Sin embargo, con la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2008 del Protocolo al PIDESC, que establece un mecanismo de quejas individuales presentables ante el Comité DESC, se supera la distinción histórica entre derechos civiles y políticos (los cuales ya contaban desde 1966 con un mecanismo de quejas individuales), entendidos por algunos como jerárquicamente superiores, y los DESC, ya que al dotar a estos últimos de una vía internacional de justiciabilidad, se

¹⁵ Para un análisis crítico sobre el concepto de soberanía territorial y su relación con los derechos humanos en el contexto de la detención migratoria, véase Cornelisse, Galina, *Immigration and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 2010.

reconoce y se reafirma la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en el mismo nivel y grado de exigibilidad.

El artículo 2.2 del PIDESC se refiere también al principio de no discriminación antes citado. Este principio, que cruza de forma transversal todo el derecho internacional de los derechos humanos, permea también la regulación de los DESC y se convierte a la vez en una regla de exigibilidad inmediata, consistente en una obligación general de los Estados de no discriminar en la regulación y aplicación de estos derechos, independientemente de las obligaciones concretas que se contemplan para los Estados respecto de cada uno de los derechos en particular. Esta obligación base no es únicamente negativa (es decir, sólo un deber de no prohibir el derecho a determinado trabajo o el acceso a la salud o a la educación a personas con ciertas características, por ejemplo), sino que también encierra una obligación positiva, esto es, también una regla en el sentido expuesto por Dworkin y Alexy, que consiste en realizar acciones y tomar medidas para evitar la discriminación indirecta y hacer viable la realización práctica de la no discriminación, por ejemplo, a través de las llamadas medidas de acción afirmativa.

Al estudiar este bloque de los DESC de las personas migrantes a través de los principios de igualdad y no discriminación, el Comité de Naciones Unidas sobre DESC, órgano a cargo de la supervisión de cumplimiento y la interpretación del PIDESC, ha expresado su preocupación "por la discriminación contra los trabajadores migratorios en el ámbito de los derechos económicos,

sociales y culturales"¹⁶. En relación con la nacionalidad como base para un tratamiento distinto, el mismo Comité, en el párrafo 30 de su Observación General núm. 20, *La no discriminación respecto de los DESC (artículo 2, párr. 2)*, del 10 de junio de 2009, ha aclarado:

La razón de la *nacionalidad* no debe impedir el acceso a los derechos del Pacto, por ejemplo, todos los niños dentro de un Estado, incluyendo aquellos con un *estatus de indocumentados*, tienen derecho a recibir educación y el acceso a una alimentación adecuada y atención de salud asequible. Los derechos del Pacto se aplican a todos, incluyendo *los no nacionales*, como los refugiados, solicitantes de asilo, los apátridas, los *trabajadores migrantes* y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su situación legal y documentación.

El Convenio 143 de la OIT, que ya se ha mencionado como parte de la *Carta internacional de la migración*, establece en su artículo 10, referido a migrantes regulares o documentados, que "cada Miembro para el cual el Convenio está en vigor se obliga a formular y aplicar una política nacional destinada a promover y para garantizar, mediante métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de ... los derechos culturales y de las libertades individuales y colectivas para las personas que, como trabajadores migrantes o

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Recomendaciones de conclusión sobre Kuwait*, E/C.12/1/Add.98, 7 de junio de 2004, párrafo 13.

como miembros de sus familias que se encuentren *legalmente* en su territorio”.

También incluye una obligación positiva importante en el artículo 12 (f), al señalar: “Todo Miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales: ... *tomar todas las medidas para ayudar y alentar los esfuerzos de los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica y sus lazos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna*”, y en términos más amplios de los derechos sociales que puedan tener un impacto en la identidad cultural, que “en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, formular y aplicar una política social adecuada a las condiciones nacionales y práctica que permita a los trabajadores migrantes y sus familias compartir las ventajas concedidas a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin perjuicio del *principio de igualdad de oportunidades y de trato*, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta que se adapten a la sociedad del país de empleo”.

La CDTM también incluye en materia de DESC reglas específicas que materializan ese principio general de igualdad y no discriminación, y que crean obligaciones de aplicación categórica y exigibilidad inmediata, por ejemplo, el deber de *igualdad de trato* a los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias en relación a los nacionales del Estado de empleo, en el acceso a la participación en la vida cultural (artículos 43, 1, g., y 45, 1, d.). Al referirse a los miembros de las familias

de los trabajadores migratorios, el artículo 45, párrafos 2 y 3, específicamente indica: “Los Estados de empleo aplicarán una política, en su caso en colaboración con los Estados de origen, destinados a facilitar la *integración de los hijos* de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo que respecta a la enseñanza del *idioma local*. Los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de *su lengua y cultura maternas*, a este respecto, los Estados de origen deberán colaborar cuando proceda”.

En relación con la aplicación del derecho al trabajo de los trabajadores migratorios y sus familias, el Comité DESC, en su Observación General 18 sobre el derecho al trabajo, adoptada el 24 de noviembre de 2005, subraya en el párrafo 18: “[e]l principio de *no discriminación* establecido en el artículo 2.2 del Pacto, y en el artículo 7 de la Convención [de Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migratorios], debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo para los trabajadores migrantes y sus familias”.

3. Referencia a los principios y reglas sobre derechos humanos de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Hay varios puntos dignos de destacar en lo que respecta a los estándares desarrollados dentro del Sistema Interamericano en lo que respecta a los derechos de las personas migrantes.

1) La contribución principal del Sistema Interamericano a la comprensión jurídica general de los derechos de las personas migrantes es probablemente la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, de 2003, precisamente debido a su papel en clarificar las distinciones jurídicas, si las hay, en lo referente a los derechos humanos de las personas migrantes documentadas e indocumentadas, en particular, de las y los trabajadores migratorios. La OC 18/03 concluye en el punto 8:

...la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. 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. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Y en la opinión concurrente del juez Cancado Trindade, se señala firmemente:

El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana *erga omnes*, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (por ejemplo, los empleadores), en las

relaciones inter-individuales. El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por ser éste un principio de derecho internacional general, y del *jus cogens*, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados.

2) Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay un caso contencioso de dos años después de que dicho órgano emitiera la OC 18/03, en el cual la Corte reafirma la misma línea adoptada en tal opinión. En el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, de 2005, la Corte concluyó que República Dominicana violó el derecho a la nacionalidad de dos niñas de origen haitiano, hijas de migrantes indocumentados, dado que el Registro Civil se negó a expedir sus actas de nacimiento, aun cuando ellas gozaban de ese derecho según la propia legislación dominicana.

También afirma que el Estado violó sus derechos a la personalidad jurídica, al nombre y a la igualdad ante la ley (párrafos 136 y subsecuentes; y 173 y subsecuentes). Esto guarda una relación con la identidad cultural en el sentido de que una de las cualidades de la personalidad jurídica, y también un derecho humano fundamental, es la nacionalidad, que tiene un impacto directo en cómo las personas se identifican en relación con otras y en relación con el poder público, y los derechos a los cuales pueden tener acceso. Este caso se relaciona además con los derechos de la niñez

(la sentencia también menciona la OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*), y en concreto de las niñas, y destaca un punto importante en el sentido de la formación de la identidad en los primeros años de la vida y la situación doble de la vulnerabilidad de las víctimas, debido a la carencia de nacionalidad (párrafo 142) y debido a ser niñas (párrafo 134). De hecho, esto es coherente con el artículo 29 de la CDTM, que dispone específicamente el derecho del hijo o hija de una trabajadora o trabajador migratorio (documentado o no) a un nombre, al registro de su nacimiento y a la nacionalidad.

3) La Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana debe también mencionarse, dado que se refiere al derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del proceso debido, y reafirma que el derecho subjetivo a la información sobre asistencia consular debe ser respetado por el Estado de acogida en relación con todas las personas extranjeras en su país, es decir, con independencia de su condición migratoria regular o irregular.

IV. AGENDA A SEGUIR: POSIBLES RUTAS PARA EL ANÁLISIS DE REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se presenta de forma esquemática una lista no exhaustiva de las normas generales más importantes dentro del Derecho Internacional de los De-

rechos Humanos que pueden identificarse más con principios, por un lado, o bien con reglas, por otro, a manera de propuesta para análisis posteriores acerca del contenido y campo de aplicación de esta rama del derecho¹⁷.

Si bien la fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se presenta como el objeto más importante de revisión, también se toman en cuenta el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional y las disposiciones internacionales en materia de Asilo y Refugio, por ser ramas del derecho

¹⁷ Otro tema de estudio interesante sería contrastar la teoría sobre reglas y principios con la existencia del pluralismo jurídico —no en el sentido de la variedad de constituciones como se hace en el análisis del derecho comunitario europeo— sino en el debate acerca de fuentes de derecho distintas del Estado, por ejemplo, en relación con los sistemas normativos de derecho indígena. En este sentido, el reto epistemológico de distinguir entre reglas y principios en sistemas de derecho no escritos, de carácter más bien consuetudinario, se vuelve mayor. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece herramientas que pueden ser útiles para este análisis, con algunos instrumentos recientes como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, e igualmente pueden estudiarse estos fenómenos desde otras disciplinas como la antropología y la sociología jurídicas, o la historia del derecho. Sin embargo, el desafío se vuelve más difícil tratándose de sistemas jurídicos de comunidades pequeñas o tribales (no necesariamente indígenas) sobre todo en algunos países de Asia y África, que no cuentan con normas jurídicas de estructura formal, ni con un ordenamiento jurídico (entendido a la luz de las características descritas por la teoría positivista y no positivista del derecho) y que conciben el derecho de forma presumiblemente muy distinta de la occidental, a pesar de la afirmación del propio Alexy de que su concepto del derecho reúne las características esenciales del derecho “donde sea” y “en el tiempo que sea”.

internacional que de forma complementaria integran la esfera amplia de las normas protectoras de la persona humana.

Reglas	Principios
<ul style="list-style-type: none"> • Tratados internacionales de derechos humanos (Naciones Unidas y sistemas regionales: interamericano y europeo), en particular, aquellos artículos que se refieren a los derechos insuspendibles (Art. 3 común de los cuatro convenios de Ginebra), o bien, a los aspectos de algún derecho que no admiten derogación o suspensión, es decir, el núcleo inviolable (<i>core</i>) de cada derecho. • Prohibición absoluta de la tortura (Art. 2; y Arts. 4 y 5, respectivamente, de las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, prohibición reiterada por la jurisprudencia internacional y el derecho consuetudinario internacional). • Prohibición de la devolución o expulsión de personas solicitantes de refugio a su país de origen o a un tercer país, en caso de que corran peligro su vida o su libertad, por 	<ul style="list-style-type: none"> • Los derechos humanos reconocidos por varias constituciones nacionales –y por los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos– son para Alexy, el típico ejemplo de principios. Sin embargo, debe sostenerse que al mismo tiempo son también reglas siguiendo la definición de Dworkin y del propio Alexy). • Principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. • <i>Non refoulment</i> que, además de ser regla, es un principio no sólo aplicable en materia de personas refugiadas, sino por lo que respecta al riesgo de tortura, es aplicable también en otras materias como la migratoria, dado que contempla la protección de <i>cualquier persona</i> que se encuentre en este riesgo. • Respeto de crímenes internacionales (<i>stricto sensu</i>, es decir, genocidio, crímenes de guerra

Reglas	Principios
<p>causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas; así como la prohibición de 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: obligación de <i>non-refoulment</i> contenida en los Arts. 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y en los Arts. 3 y 13, respectivamente, de las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Previo agotamiento de recursos internos para tener legitimación procesal para tener acceso a mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. • Obligatoriedad de prevenir, investigar y sancionar los más graves crímenes internacionales, es decir, crímenes internacionales <i>stricto sensu</i> (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra: Arts. 5-8; y 19,8.c) del 	<p>y crímenes de lesa humanidad), opera el principio de extraditar o juzgar, <i>aut dedere, aut iudicare</i>, que a su vez es expresión del principio de jurisdicción universal (Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: Arts. 5-8; y 11-16, respectivamente, Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Genocidio: Arts. VI y VII, así como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario en los cuatro convenios de Ginebra: Arts. 50/51/130/147 de cada uno de los cuatro convenios y Arts. 11.4, 85 y 86 del Protocolo I a los convenios).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Privilegio de las personas como destinatarios de los tratados internacionales de derechos humanos y no la relación entre Estados como en el derecho internacional clásico. • Principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2.)

Reglas	Principios
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en algunos casos tortura como crimen individual: Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: Arts. 5-8; y 11-16, respectivamente.	<ul style="list-style-type: none"> • Principio <i>pro persona</i> desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (que contempla no sólo normas contenidas en tratados internacionales, sino también en el derecho internacional consuetudinario).

V. CONCLUSIONES

La distinción de la teoría no-positivista del derecho entre principios y reglas aplicada al DIDH, ayuda a identificar la narrativa de universalidad, igualdad y no discriminación que alimenta la axiología de los derechos humanos y que atraviesa de forma transversal toda la normatividad en la materia. Al mismo tiempo, contribuye a hacer visibles los retos que se enfrentan para la exigibilidad y cumplimiento de las reglas que reconocen derechos humanos concretos y establecen obligaciones correlativas para los Estados.

Uno de los debates más provocadores de la actualidad se refiere a la aplicabilidad del principio de universalidad de los derechos humanos, reconocido internacionalmente, a la situación de las personas migrantes, en particular, las indocumentadas, y a la posibilidad de dichas personas de ver realizados los derechos contenidos en las reglas que las contemplan.

Los derechos humanos universales son aplicables a todos los migrantes, tanto regulares como irregulares,

por lo que abarca también los derechos culturales y derechos afines a las dimensiones culturales de la vida de los migrantes.

El actual marco jurídico internacional se refiere principalmente a los trabajadores migratorios y de sus familias (y no a los migrantes en general), enfatizando así la consideración de la migración principalmente como una situación relacionada con el trabajo.

Aunque los migrantes pueden tener identidades superpuestas, en su carácter solamente de migrantes quedan fuera de otras categorías jurídicas, como la de pueblos indígenas, personas refugiadas, solicitantes de asilo o desplazadas internas y, por lo tanto, sufren de falta de protección debido a las lagunas existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia. Sin embargo, este vacío pudiera llenarse en parte a través de la aplicación de los principios de universalidad, igualdad y no discriminación que alimentan todo el DIDH, a las reglas de las que por diferentes vías son destinatarias las personas migrantes.

Los derechos de los migrantes, los trabajadores migratorios y de sus familias, en particular los derechos de los niños, han sido frecuentemente interpretados por diversos órganos de derechos humanos en términos de los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, existen también desarrollos jurídicos recientes, sobre todo con base en la CDTM de las Naciones Unidas y de manera complementaria a través de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen una serie de reglas que contienen obligaciones positivas de los Estados de acogida

en relación con los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias.

Teniendo en cuenta las obligaciones de los Estados, previstas en el marco jurídico actual, una evolución positiva se puede observar en lo que respecta a las normas legales de los trabajadores migrantes, con respecto a la establecida en 1966 en relación con los miembros de las minorías étnicas, lingüísticas y las minorías religiosas. Esto también representa un cambio en las concepciones y valores relacionados con la diversidad cultural dentro de la sociedad y el papel del Estado en relación con los derechos de las diferentes personas bajo su jurisdicción.

A través de la labor futura del Comité de Naciones Unidas de la CDTM en la interpretación de la Convención y la resolución de casos individuales, existe un escenario de posibilidades para el desarrollo progresivo de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias. En sus actividades, este Comité de Naciones Unidas puede aprovechar la experiencia y los casos tratados por otros comités de NU, principalmente el Comité de Derechos Humanos, el Comité de ERD, el Comité de DESC y el Comité sobre los Derechos del Niño, así como de la jurisprudencia y labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para los analistas, la comparación entre las posiciones de estos órganos también representa una oportunidad interesante para aportaciones constructivas.

Aun en los Estados democráticos de derecho, prevalecen espacios vacíos de normatividad referidos a la situación de las personas migrantes indocumentadas.

Dado que la teoría acerca de los principios y reglas se desarrolla respecto de sistemas jurídicos nacionales, en el contexto de Estados-nación con soberanía territorial, es un reto para el derecho contemporáneo definir la forma de aplicar e interpretar de manera coherente los principios internacionales de universalidad de los derechos humanos, igualdad y no discriminación, a las reglas previstas en relación con las personas migrantes, quienes diariamente enfrentan situaciones que exigen respuestas por parte del saber y la práctica jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", en *Ratio Juris*, vol. 6, 2003, pp. 131-140.
- _____, "On the Concept and the Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, Blackwell, Oxford, septiembre de 2008, pp. 281-299.
- _____, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-151.
- _____, "The Dual Nature of Law", en *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio de 2010, pp. 167-182.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 2005.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General núm. 15, *La situación de los extranjeros de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1986.

- _____, Observación General núm. 23, *Los derechos de las minorías* (artículo 27), 1994.
- Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migratorios. Preguntas más frecuentes sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/faqs.htm>.
- Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Recomendaciones de conclusión sobre Kuwait*, E/C.12/1/Add.98, 7 de junio de 2004.
- Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General núm. 30, *La Discriminación contra los no ciudadanos*, 2004.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Cornelisse, Galina, *Immigration and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Países Bajos, 2010.
- Declaración de los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.
- Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, dirigido al Parlamento Europeo al recibir el Premio Andrei Sakharov por la Libertad de Pensamiento (Bruselas), 29 de enero de 2004, en http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_3178_en.htm.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Ed. Duckworth, Londres, 1977.
- Edwards, Alicia y Carla Fertsman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge University Press, 2010.
- Habermas, Jurgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity, 1996.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2a. ed., 1994.
- Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1999.
- Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 2002.

- Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003.
- Organización Internacional del Trabajo, *En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: un manual para sindicalistas*, Ginebra, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo, *Proteger los derechos de los trabajadores migrantes: Una responsabilidad compartida*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Parlamento Europeo, *Resolución sobre el Desarrollo y la Migración*, Doc. P6_TA(2006)0319, 6 de julio de 2006.
- Scheinin, Martin, "Terrorism and the Pull of 'Balancing' in the Name of Security", en Scheinin, Martin et al., *Law and Security-Facing the Dilemmas*, EUI Working Paper Law 2009/11, European University Institute, 2009, pp. 55-63.
- Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper 77, marzo de 2007, University of Michigan Law School.

Taran, Patrick A., "Clashing worlds: imperative for a rights-based approach to labour migration in the age of globalization", en *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question/Globalization, migration and human rights: international law under review*, vol. II, bajo la supervisión de Vincent Chetail, Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Bruylant, 2007.