

Convención Americana

sobre

Derechos Humanos

comentada

Coordinadores

Christian Steiner

Patricia Uribe

Con contribuciones de:

Federico Andreu
Thomas Antkowiak
Carlos Ayala
Mary Beloff
Eduardo Bertoni
José Luis Caballero
Jesús María Casal
Cristián Correa
Christian Courtis
Gina Donoso
Ariel Dulitzky
Pilar Elizalde
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Alejandra Gonza
Marco Huaco

Juana María Ibáñez
Leonardo Martins
Javier Mujica
Claudio Nash
Alejandra Nuño
Carlos Pelayo
Miguel Rábago
María Rivero
Gabriela Rodríguez
Oswaldo Ruiz
Néstor Sagüés
Luz María Sánchez
Liliana Tojo
Rodrigo Uprimny
Carlos J. Zelada



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Jurisprudencia más relevante

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Resolución No. 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982.

Resolución No.18/83, Caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

Resolución No. 3/84, Caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984;

Resolución No. 4/84, Caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984

Resolución No. 5/84, Caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 11/85, caso No. 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

Resolución No. 20/88, Caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988, párr. 10.

Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

Informe Anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994.

Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos *et al.* vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

Informe n° 49/99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999.

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

Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 octubre 2002, OEA/Ser.L/V/II.116.

Informe no. 84/09, Caso 12.525, fondo. Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador, 6 de agosto de 2009.

Comité de Derechos Humanos

Observación General No 27, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de noviembre de 1999.

Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986.

Caso Celepli contra Suecia. Comunicación No. 456/1991, decisión de 2 de agosto de 1994 (51° periodo de sesiones).

Caso Karker vs Francia. Comunicación No. 833/1998, decisión de 30 de octubre de 2000 (70° periodo de sesiones).

Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay, Comunicación No.R.13/57, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 157, 1982.

Comité contra la Tortura

Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela, Comunicación No 110/1988.

Artículos y publicaciones académicas

O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Capítulo 8 El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo, 2004.

Índice

<i>Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia</i>	531
I. Introducción	533
II. Contenido y alcances	535
1. Libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado	535
a. Restricciones legítimas	536
b. Restricciones de facto: el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado	538
2. El derecho a salir libremente de un país	541
3. El derecho a buscar y recibir asilo	542
4. Garantías frente a la expulsión	547
a. La prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país	547
b. Límites a la expulsión de los extranjeros	548

I. Introducción

El derecho de circulación y residencia establece aparentemente algo muy simple: que toda persona puede circular libremente en el territorio del país en donde vive y que puede establecer su residencia en el lugar que quiera. Pero esa simplicidad es solo aparente, pues este derecho es más complejo de lo que parece a primera vista, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, porque comprende múltiples aspectos, como la libertad de poder salir de cualquier país o la garantía a los extranjeros de que no serán expulsados arbitrariamente, por solo mencionar dos elementos de su contenido. De otro lado, por cuanto su alcance depende, en parte, de la división del mundo en distintos Estados nacionales, pues este derecho otorga protecciones diversas a nacionales y extranjeros. Esto explica que el derecho de circulación y residencia suscite discusiones jurídicas y políticas complejas en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, en donde se eliminan las fronteras para la circulación de los bienes y servicios, mientras que se intensifican los controles a las migraciones de personas, en especial de los países pobres a las naciones más desarrolladas. El derecho de circulación y residencia tiene una importancia obvia en una democracia, pues se encuentra asociado al ejercicio mismo de la libertad y de la autonomía de las personas, ya que éstas deben poder definir en dónde residir y deben poder desplazarse, sin restricciones, de un lugar a otro, para poder desarrollar, en forma plena e igualitaria, el proyecto de vida que han escogido. Por ello tiene razón el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando señala que la garantía de este derecho es “una condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona”¹ y que, además, su protección se encuentra asociada a la efectividad de otros derechos humanos. Por ejemplo, si una persona, por medio de amenazas, es forzada a abandonar el lugar en donde vive y trabaja, de suerte que debe buscar un refugio precario en otro país o en otro lugar del territorio, no sólo le han desconocido su derecho de circulación y residencia, sino que además le han afectado otro conjunto de derechos y libertades, como el derecho al trabajo y a la inviolabilidad de su domicilio, por ejemplo.

El derecho de circulación y residencia es entonces una libertad trascendental; sin embargo, como ya lo señalamos, estamos frente a uno de esos derechos humanos cuya universalidad se encuentra parcialmente limitada por razones de soberanía nacional. Esto significa que no todos los habitantes de un Estado específico gozan de ese derecho de la misma manera.

Para comprender esta situación, es necesario recordar que el régimen internacional de protección de derechos humanos, que se desarrolla a partir de la Carta de las Naciones Unidas y como reacción contra las atrocidades de los Estados totalitarios y de la Segunda Guerra Mundial, es una expresión de un equilibrio entre dos principios contrapuestos: de un lado, la Carta de las Naciones Unidas no establece un Estado mundial sino que mantiene un orden internacional, en donde coexisten Estados independientes y soberanos. Este sistema internacional es herencia del llamado mundo “westfaliano”, pues se encuentra ligado a la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales derivada del Tratado de Westfalia de 1648, que reconoció no sólo la existencia de Estados territorialmente soberanos, sino además el principio de no injerencia, como presupuesto de la paz entre las naciones. Pero de otro lado, esa soberanía se encuentra ahora mucho más limitada que en el pasado, pues la Carta de Naciones Unidas impone nuevas obligaciones a los Estados, entre las cuales se encuentra precisamente el respeto de la dignidad de la persona humana.

El tema de los derechos humanos y de la dignidad humana ya no hace parte entonces de la soberanía de los Estados, sino que se vuelve un asunto internacional pues hace parte del orden público internacional. Si se lee la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco, se puede observar que ella, a pesar de que reconoce la igualdad soberana de los Estados (arts 2 y 79), es muy cuidadosa en no señalar que los Estados gozan de soberanía, sino que habla de materias que hacen parte de la “jurisdicción interna

¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General No 27, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, en 202, 2 de noviembre de 1999. Ese aspecto ha sido también resaltado por la Corte IDH en todos los casos en donde ha abordado el estudio de este derecho. Ver por ejemplo, Sentencia del 1 de julio de 2006. *Masacres de Ituango vs Colombia*, párr. 206.

de los Estados” (art. 2.7). Es decir que, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen dominio sobre ciertos asuntos, pero no gozan de soberanía, como ésta era entendida en el siglo XIX y a principios del siglo XX. Y no tienen una soberanía plena porque hay asuntos que son una preocupación legítima de la comunidad internacional, y uno de los fundamentales es la protección de los derechos de la persona. Estos derechos son entonces un límite a la soberanía de los Estados, o dicho de otro modo, los Estados, dentro de su dominio reservado o jurisdicción interna, no tienen la potestad de violarlos.

Esta obligación internacional de los Estados de amparar los derechos humanos hace que en principio sea deber de las autoridades nacionales respetar y garantizar los derechos no sólo de los nacionales, sino de todas las personas residentes en su territorio y sujetas a su jurisdicción, como inequívocamente lo establece el artículo 1 de la Convención. Por ejemplo, no podría un Estado torturar a una persona o asesinarla, con el argumento de que se trata de un extranjero, pues las autoridades tienen el deber de respetar el derecho a la vida y a la integridad personal de todas las personas, y no sólo de sus nacionales. Sin embargo, por razones de soberanía, ciertos derechos humanos admiten restricciones vinculadas a la nacionalidad de las personas, lo cual muestra que los derechos humanos, a pesar de reconocerse teóricamente como universales, siguen parcialmente enmarcados en el paradigma westfaliano de un sistema internacional en donde coexisten Estados soberanos, con lo cual el goce efectivo de los derechos humanos sigue siendo desigual y asimétrico, pues depende en gran parte de la nacionalidad de la persona.²

Así, es posible sistematizar los distintos componentes o contenidos protegidos o derechos específicos derivados del derecho de circulación y residencia tomando en cuenta la nacionalidad de sus titulares,³ de la siguiente manera: ciertos componentes son universales pues se predicen de toda persona, por lo cual no están condicionados a la nacionalidad de su titular; otros contenidos protegidos, por el contrario, dependen directamente de la nacionalidad, pues la Convención permite un trato distinto entre nacionales y extranjeros; finalmente, estos tratados establecen una titularidad si se quiere intermedia, pues en ciertos eventos la garantía de ciertos derechos específicos depende de que se trate de una persona –no obligatoriamente un nacional–, pero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado específico, con lo cual esa garantía no se extiende a toda persona.

Existen en la Convención dos componentes del derecho de circulación y residencia que no dependen directamente de la nacionalidad: el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país y el derecho a buscar asilo, pues cuando la Convención habla de esas garantías, se refiere a “toda persona”. El derecho cuyo alcance se encuentra claramente vinculado a la nacionalidad de la persona es el relativo a la posibilidad de entrar libremente a un determinado país y fijar su residencia en él. En efecto, conforme a la Convención, sólo los nacionales tienen derecho a entrar a su propio país. Este derecho es entonces el que se encuentra más estrictamente ligado a la preservación de la soberanía de los Estados pues implica que si bien toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, únicamente los nacionales tienen derecho a entrar al país del cual son nacionales. Directamente ligado a lo anterior, la Convención establece regulaciones distintas relativas al problema de la expulsión de una persona de un determinado país. Así, el nacional de un país no puede ser expulsado del mismo, mientras que los extranjeros sí pueden serlo, pero dentro de ciertas condiciones y limitaciones. El último tipo de componentes específicos derivados del derecho de circulación y residencia hace referencia a un sujeto especial, que es la persona que se halle legalmente en un Estado, la cual tiene el derecho a circular y residir libremente en el territorio de ese país.

Los distintos componentes mencionados revelan la complejidad del derecho de circulación y residencia. Al contenido y alcance de cada uno de estos nos referiremos a continuación. En primer lugar, el lector

² Esto explica la importancia de llevar ciertas discusiones de la justicia y la democracia más allá de los Estados nacionales, precisamente para superar esas desigualdades y asimetrías. Ver por ejemplo: Fraser, Nancy. “*Reinventar la justicia en un mundo globalizado*” en *New Left Review*, No 36, 2006.

³ Sobre el derecho a la nacionalidad y el derecho a circular, residir y salir del territorio, véase también el comentario al artículo 20, de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.

encontrará la explicación del componente relativo a la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado. En este punto se hará alusión a las restricciones legítimas a este derecho, así como al derecho a no ser desplazado forzosamente que, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hace parte de este componente del derecho. En segundo lugar, se presenta al lector el contenido y alcance del derecho a salir libremente de cualquier país. En tercer lugar, se exponen las características particulares del derecho a buscar y recibir asilo. Y finalmente, se ofrece una descripción de las distintas garantías que comporta el derecho de libertad de circulación y residencia en relación con la expulsión tanto de nacionales, como de extranjeros.

II. Contenido y alcances

El artículo 22 de la Convención contiene nueve incisos que se refieren a los distintos componentes del derecho de circulación y residencia, los cuales se pueden agrupar en cuatro categorías. En primer lugar, se encuentra la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado, a la cual se refieren los incisos 1, 3 y 4. En segundo lugar, el derecho a salir libremente de un país, que está enunciado en el inciso 2, pero al cual también se refiere el inciso 3 que regula las restricciones legítimas. En tercer lugar, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en el inciso 7. Y finalmente, las garantías frente a la expulsión de un territorio, tanto de nacionales como de extranjeros, las cuales están establecidas en los incisos 5, 6, 8 y 9. En los siguientes apartados abordaremos cada uno de estos componentes del derecho de circulación y residencia.

1. Libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado

El primer inciso del artículo 22 de la Convención establece que “[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, con criterios que ha acogido plenamente la Corte IDH, este componente del derecho de circulación y residencia implica la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección, sin que la persona deba indicar un motivo en particular para circular o permanecer en un sitio específico.⁴ Sin embargo, este componente del derecho *no es una garantía universal* establecida para todas las personas, sino únicamente para aquellas que *se hallen legalmente en el Estado en cuestión*.

Es claro que, como regla general, todo nacional goza de ese derecho de circulación y residencia libre, pues todo nacional puede estar legalmente en su propio Estado. En cuanto a los extranjeros, los Estados tienen la potestad de decidir a quiénes admiten en su territorio, pero una vez estos han ingresado y permanecido en el Estado, conforme a las regulaciones previstas por el ordenamiento nacional, se encuentran legalmente en un Estado y gozan por tanto de la libertad de circulación y residencia, en principio en condiciones semejantes a los nacionales. El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 12 del PIDCP que contiene una regulación semejante a la del artículo 22 de la Convención,⁵ ha indicado que es necesario justificar las diferencias de trato entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros, en cuanto al ejercicio del derecho en cuestión.⁶

⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General. No 27, párr. 5. Este criterio es acogido por la Corte Interamericana. Ver, por ejemplo, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia 31 agosto de 2004. Párr. 115.

⁵ El artículo 12 del Pacto dispone: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. // 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. // 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. // 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

⁶ Comité de Derechos Humanos. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 8.

De otro lado, aunque la Convención no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado,⁷ y los Estados tienen una enorme discrecionalidad para negar la entrada a los extranjeros, esta prerrogativa no es absoluta pues se encuentra limitada por ciertos estándares de derechos humanos, en especial “cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de familia”.⁸ Así por ejemplo, en virtud de la prohibición de discriminación dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención, un Estado no podría, en principio, permitir únicamente el ingreso de extranjeros de determinada raza o negar la entrada a una persona por el solo hecho de ser mujer o de tener una nacionalidad en particular. Igualmente, tal como lo mostraremos en detalle en el último apartado de este comentario, tampoco es admisible impedir el ingreso cuando esto puede poner en peligro la vida o la libertad personal de un extranjero que busca refugio por fuera de su país de origen.

a. Restricciones legítimas

Una vez una persona se halla legalmente en el territorio de un Estado, este sólo puede limitar su derecho a la libertad de circulación y residencia bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, las cuales están establecidas en el inciso 3 del artículo 22. De conformidad con esta disposición, el ejercicio de este derecho “no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

La primera condición para que la restricción sea legítima es que ésta se establezca mediante una ley. Este requisito formal es en sí mismo de gran importancia pues ampara a los ciudadanos contra limitaciones a sus derechos humanos por parte de autoridades administrativas. Debe ser la ley, expresión del principio democrático y garantía de seguridad jurídica, la que defina con claridad los casos en los cuales cabe restringir la libertad de circular por un territorio y escoger libremente el lugar de residencia. Según la Corte IDH, sólo mediante esta *reserva de ley* se evita que los encargados de aplicar la restricción “actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad”.⁹

De otro lado, la restricción también debe satisfacer ciertos *requisitos sustantivos*. La Corte IDH, en el *Caso Ricardo Canese contra Paraguay*, en el cual analizó en detalle las condiciones para que las restricciones al derecho a la libertad de circulación y residencia sea legítima, precisó que estas no deben sólo *perseguir los propósitos autorizados por la Convención* –la protección de seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, sino además ser *necesarias en una sociedad democrática* para alcanzar tales propósitos, lo cual remite a un análisis de proporcionalidad, que ha tenido un amplio desarrollo tanto en derecho constitucional como en la labor de las instancias de protección de derechos humanos. Este análisis de *proporcionalidad* supone que la restricción debe cumplir tres requisitos, que son recordados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 sobre la libertad de circulación, a saber: i) la restricción debe ser adecuada para alcanzar tal propósito, ii) debe ser además necesaria o indispensable, en el sentido de que no debe existir una medida que logre el mismo propósito con una menor restricción del derecho de circulación y residencia y iii) debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, que el beneficio obtenido en la satisfacción del propósito justifique la restricción del derecho de circulación

⁷ Tal como lo mostraremos adelante, la Convención únicamente reconoce a los nacionales el derecho de ingresar a su propio país. En efecto, el inciso 5 del artículo 22 establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 5.

⁹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 125.

y residencia.¹⁰ Adicionalmente, en el citado *Caso Ricardo Canese*, la Corte IDH retoma la idea de que las restricciones no deben afectar la esencia del derecho, esto es, deben respetar, siguiendo alguna terminología del derecho constitucional, su contenido esencial.¹¹

En síntesis, según lo desarrollado por la Corte IDH en el *Caso Canese*, y en sintonía con la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia, depende del cumplimiento de cuatro condiciones, a saber, i) la legalidad de la medida, ii) la legitimidad de los propósitos buscados, iii) la necesidad y proporcionalidad y iv) el respeto del contenido esencial del derecho.¹²

Como lo veremos adelante, la Corte IDH ha analizado en detalle el alcance de estas restricciones en relación con el derecho a salir libremente del país, pero no en relación con el derecho a circular libremente y a escoger residencia en el territorio de un Estado.¹³ Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos sí ha estudiado a algunos casos relacionados con restricciones impuestas a este segundo componente del derecho, los cuales resultan de utilidad para ilustrar el alcance de estas restricciones. El Comité se ha referido básicamente a restricciones impuestas a extranjeros sobre los cuales se cernía la sospecha de tener vínculos con organizaciones terroristas, pero cuya expulsión no era permitida o no era considerada conveniente por el Estado de acogida.¹⁴ Así por ejemplo, en el *Caso Karker contra Francia*, el Comité se pronunció sobre la situación de un tunecino que residía en Francia en calidad de refugiado político, pero que luego de vivir por cinco años en este país, fue confinado en un departamento de Francia al ser considerado sospechoso de apoyar activamente un movimiento terrorista. El gobierno francés inicialmente dispuso su expulsión, pero conmutó esta orden por el confinamiento, dada su condición de refugiado político. El Estado argumentó que la restricción a su libertad de circulación y residencia era necesaria por razones de seguridad nacional; como sustento de esto aportó pruebas de que el peticionario era partidario activo de un movimiento que preconizaba la acción violenta. En virtud de esto, y bajo la idea de que el peticionario fue confinado en una zona relativamente amplia y que además sólo había impugnado judicialmente la restricción inicial a su derecho, pero no las posteriores, el Comité determinó que el Estado francés no había violado en este caso el derecho de circulación y residencia.

Al contrastar los hechos de este caso con los criterios que se desprenden del inciso 3 del artículo 22 de la Convención, se advierte que la restricción tenía fundamento en una ley que disponía la posibilidad de confinar en una zona al extranjero que no pudiera ser expulsado. Igualmente, la restricción obedecía a un propósito legítimo, a saber, salvaguardar la seguridad nacional. En lo que respecta a la necesidad y proporcionalidad de la restricción, aunque el Comité no efectuó un análisis expreso sobre este aspecto, de su comunicación se puede inferir que la necesidad se da por sentada a partir de las pruebas aportadas por el Estado que señalaban que el peticionario era un partidario activo de una organización que preconizaba el uso de la violencia. Por su parte, para el análisis de la proporcionalidad, el Comité parece tener en cuenta la posibilidad que tenía el peticionario de solicitar el levantamiento de la medida y de impugnar judicialmente una decisión negativa, así como el hecho de que la zona de confinamiento era relativamente amplia.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 27, párr. 14.

¹¹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párr. 124.

¹² Cabe destacar que la Corte IDH, al retomar la doctrina del Comité de Derechos Humanos, alude al respeto del contenido esencial como parte de la legalidad de la medida. En esta exposición hemos decidido separarlo con el objetivo de destacar esta dimensión sustantiva de la legalidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia.

¹³ Los órganos del sistema interamericano no se han ocupado del análisis de restricciones impuestas a la libertad de circular y residir en el territorio de un país por decisión directa del Estado, sino a restricciones de facto derivadas de la ausencia de garantías para moverse libremente, como sucede por ejemplo en contextos de violencia.

¹⁴ Al respecto, ver: Comité de Derechos Humanos. *Caso Celepli contra Suecia*. Comunicación No. 456/1991, decisión de 2 de agosto de 1994 (51º periodo de sesiones). *Caso Karker vs Francia*. Comunicación No. 833/1998, decisión de 30 de octubre de 2000 (70º periodo de sesiones).

Cabe destacar que uno de los puntos de análisis que puede resultar más problemático cuando se invocan fines como la seguridad nacional o la moral pública, que por su generalidad fácilmente pueden ser utilizados por algunos gobiernos para tratar de justificar violaciones a los derechos, es precisamente el que atañe a la necesidad de la restricción. En este aspecto es preciso efectuar un análisis detallado y estricto para determinar que existe una relación de adecuación entre la restricción y el fin perseguido y que no hay una medida menos gravosa para cumplir el propósito. Así por ejemplo, en casos como el decidido por el Comité, debe ser posible inferir razonablemente que la restricción a la libertad de circulación y residencia puede evitar que la persona sometida a ella cometa o contribuya a la comisión de atentados violentos que afecten la seguridad pública. De no ser así, la restricción se torna ilegítima.

Además de las ya mencionadas condiciones generales para restringir legítimamente la libertad de circular y residir en un territorio, el inciso 4 del artículo 22 de la Convención establece que este derecho “puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público”. Un ejemplo de este tipo de restricción es aquella que opera en ciertas zonas en las que es necesario controlar la densidad de la población por tratarse de lugares de especial interés ecológico. En todo caso, por tratarse de una restricción a un derecho humano, también deben satisfacerse la condición de legalidad –a la que alude expresamente la disposición citada–, así como las de necesidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho.

b. Restricciones de facto: el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado

Las restricciones a la libertad de circular en el territorio de un Estado y de escoger libremente el lugar de residencia no necesariamente se reducen a aquellas que se fundan en una decisión directa adoptada por las autoridades estatales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, las restricciones a este derecho también pueden darse de *facto*, lo cual ocurre cuando las personas se ven obligadas a *abandonar su lugar de residencia* con ocasión de una *situación de inseguridad o violencia*. En tales casos, a pesar de que no existe ninguna disposición legal o administrativa que impida a las personas fijar su residencia en el lugar de su elección o circular libremente, el derecho en cuestión es vulnerado ante la ausencia de garantías para transitar y residir libremente en el territorio de un Estado. En palabras de la Corte IDH, “el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de *facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo”.¹⁵

La Corte IDH ha determinado en varias ocasiones que las restricciones de *facto* constituyen una vulneración al derecho a la libertad de circulación y residencia. De hecho, el mayor número de pronunciamientos de la Corte IDH en relación con este derecho se ha dado precisamente en relación con esta problemática. En efecto, cinco de los seis casos en los cuales la Corte IDH ha declarado hasta la fecha la violación del derecho a la libertad de circulación y residencia corresponden a personas que han tenido que abandonar sus lugares de residencia y no han podido retornar a ellos a causa de la existencia de una situación generalizada de violencia, o de amenazas y hostigamientos particulares. Se trata de los *Casos Comunidad Moiwana vs. Surinam*,¹⁶ *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*,¹⁷ *Masacres de*

¹⁵ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 139. Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 119 y 120; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148, párr. 210, y Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 170.

¹⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

¹⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Ituango vs. Colombia,¹⁸ *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*¹⁹ y *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*.²⁰

El primero de estos se refiere a una masacre cometida en 1986 por las Fuerzas Armadas de Surinam, que ocasionó un desplazamiento masivo. Los casos colombianos de Mapiripán e Ituango hacen referencia a la actuación de grupos paramilitares que, con la complicidad de la Fuerza Pública, perpetraron masacres, que ocasionaron a su vez el desplazamiento de centenares de personas. Por su parte, los dos últimos casos no se refieren a *desplazamientos masivos a causa de una violencia generalizada*, sino que, involucran afectaciones del derecho a grupos familiares a causa de *amenazas y hostigamientos* dirigidos específicamente contra ellos. Así, el caso Valle Jaramillo se refiere a la situación de una familia que tuvo que abandonar su lugar de vivienda luego de que uno de sus integrantes rindiera declaraciones en un proceso penal sobre acciones conjuntas adelantadas por militares y paramilitares en Colombia. Y el caso Chitay tiene que ver con el desplazamiento forzado de una familia que, después de la desaparición forzada de uno de sus integrantes, se vio obligada a huir de su lugar de residencia y trasladarse a otra ciudad.

En las sentencias referidas, la Corte IDH constató que aunque no existía una restricción formal al derecho de circulación y residencia, este había sido vulnerado por cuanto las personas se habían visto forzadas a abandonar sus lugares de residencia y además los Estados no habían “establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a [los peticionarios] regresar de forma segura y con dignidad”²¹ al lugar que se vieron obligados a abandonar. En tales circunstancias, la responsabilidad internacional de los Estados surge por su omisión en proveer “las garantías necesarias, para que [una persona] pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales”.²² La Corte ha especificado que tales garantías incluyen “no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración”.²³

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 22 de la Convención y “de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–”,²⁴ la Corte ha establecido que el derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado “protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte”.²⁵ Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH reiteró y fortaleció la idea de que hay artículos de la Convención que, en determinadas circunstancias, deben ser interpretados a la luz no sólo de la Convención y de otros tratados internacionales de derechos humanos, sino también de otras fuentes no convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como los documentos de *soft law*, que según la Corte IDH, pueden formar parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. De conformidad con este criterio, la Corte IDH acudió a los Principios Rectores de

¹⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2005. Serie C No. 148.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

²⁰ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

²¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párr. 120 y Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 150.

²² Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 142. Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, párr. 139.

²³ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 149.

²⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Párr. 188.

²⁵ *Ibidem*. Este criterio ha sido reafirmado en decisiones posteriores de la Corte: Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 207. Corte IDH. *Caso ChitayNech y otros vs. Guatemala*, párr. 139. Cfr.. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 207. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 139. (Resaltado añadido).

los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998 (también llamados Principios Deng, en honor al Relator de las Naciones Unidas que los redactó) para fijar el sentido y alcance del artículo 22 en relación con las situaciones de desplazamiento forzado interno.²⁶

Los *Principios Deng*²⁷ definen a los desplazados internos como “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.²⁸ Igualmente explicitan que la condición de desplazamiento forzado no sólo vulnera el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos; y ponen en cabeza de los Estados la obligación de prevenir el desplazamiento forzado, de brindar asistencia y de garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquel tenga lugar.

En consonancia con estos Principios, y en particular con la constatación de las múltiples afectaciones a los derechos humanos que genera el desplazamiento forzado, la Corte IDH ha resaltado que los desplazados generalmente se encuentran en “circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión”, razón por la cual “su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección”.²⁹ Según la Corte, en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación, “la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares”.³⁰ En este sentido, el caso de los desplazados internos pone en evidencia, aunque lamentablemente de un modo dramático, de qué modo la protección del derecho a la libertad de circulación y residencia se

²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párr. 111. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 171. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 209. La remisión a estos principios para interpretar el alcance del artículo 22 implica la incorporación de este documento de soft law al corpus iuris de los derechos humanos. La aplicación de estos principios por parte de la Corte IDH sin duda resulta fundamental, dada la gran importancia del *corpus iuris* como herramienta de interpretación en general, y dada la importancia particular de los Principios Deng para el análisis de la situación de las víctimas del desplazamiento forzado interno –que resultaría limitado si sólo se hiciera remisión a la Convención–. Sin embargo, resulta fundamental que la Corte IDH justifique de manera amplia y rigurosa los criterios con base en los cuales incorpora documentos de soft law a sus decisiones, puesto que, en principio, dichos documentos no son fuentes del derecho internacional de los derechos humanos con un carácter vinculante, ni fuentes con base en las cuales –de conformidad con la Convención– la Corte debe decidir. En particular, la Corte IDH debería explicar las razones por las cuales incorpora a algunos de esos documentos y no otros, ya que el soft law se caracteriza por su heterogeneidad y, en esa medida, permite establecer distinciones entre los diferentes documentos que lo conforman, en lo que se refiere a su obligatoriedad, a su pertenencia al corpus iuris, etc.

²⁷ Cfr. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, /CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

²⁸ Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, párr. 2.

²⁹ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 141. Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 177. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 210.

³⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 179. Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 141. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en relación con el grave y masivo desplazamiento forzado que se ha vivido en esta país con ocasión de la situación de violencia generalizada asociada al conflicto armado interno. En la sentencia T-025 de 2004 la Corte colombiana se refirió de manera comprensiva a este fenómeno, declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en virtud de la masiva violación de derechos humanos ocasionada por el desplazamiento forzado e instó a las autoridades públicas a adoptar todas las medidas necesarias para superar dicho estado. En relación con la situación especial de vulnerabilidad de las personas desplazadas advirtió: “[...] por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas [...] que se ven obligadas ‘a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional’ para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004, Apartado 5.2.

encuentra ligada a la efectividad de otros derechos humanos y en qué medida constituye una condición indispensable para la garantía de una vida digna.

2. El derecho a salir libremente de un país

Otro de los componentes del derecho a la libertad de circulación, consagrado en el inciso 2 del artículo 22 de la Convención, es el derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. Se trata de un derecho del cual es titular toda persona, y que es oponible incluso frente al Estado del cual uno es nacional.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General sobre el artículo 12 del PIDCP –que consagra el derecho a salir libremente de un país en términos idénticos a los de la Convención–,³¹ ha indicado que “la libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país”.³² En este sentido, el derecho incluye tanto la *garantía de viajar temporalmente al exterior*, como la de *emigrar permanentemente a otro país*. En ambos casos, la persona tiene derecho a determinar el Estado de destino.³³ Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de facilitar a las personas la obtención, en un plazo razonable, de los documentos necesarios para viajar.³⁴ De conformidad con esto, en el *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*,³⁵ el Comité concluyó que Uruguay había violado el derecho de la peticionaria a salir de cualquier país pues, sin ninguna justificación, se había negado durante varios años a expedirle un pasaporte. En el mismo sentido, la Comisión IDH determinó que el Estado uruguayo había violado el derecho de residencia y tránsito consagrado en el artículo VIII de la DADDH,³⁶ al negarse a renovar el pasaporte de uno de sus ciudadanos.³⁷ En su decisión, la Comisión indicó que el *derecho al pasaporte* es una “consecuencia lógica del derecho a salir del país natal y regresar a él” y puntualizó que su denegatoria “en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una *capitis diminutio*, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esa circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello”.³⁸

Pero el derecho a salir del país no sólo implica la obligación para los Estados de otorgar a las personas un documento de viaje, sino que estos también deben eliminar las trabas burocráticas que obstaculizan y en muchos casos incluso impiden el acceso a estos documentos, entre las cuales se cuentan, entre otras, la ausencia de información clara sobre los requisitos para realizar el trámite, el cobro de tasas elevadas y la exigencia de certificados innecesarios.³⁹

³¹ PIDCP, “Artículo 12. ... 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”.

³² Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 27, párr. 8.

³³ *Ibidem*. Estos criterios son retomados por la Corte en su fallo sobre el caso Canese contra Paraguay. Cfr.: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párr. 116.

³⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación 27, párr. 9.

³⁵ Comité de Derechos Humanos. *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguay*, Comunicación No.R.13/57, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 157, 1982.

³⁶ El artículo VIII de la Declaración Americana dispone: “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

³⁷ Comisión IDH. Resolución No.18/83, Caso 2711, Uruguay, 30 de junio de 1983.

³⁸ *Ibidem*, Considerando, párr. 4.

³⁹ El Comité de Derechos Humanos ha identificado algunas de las normas y prácticas que obstaculizan el libre ejercicio del derecho a salir del país, entre las que figuran: “la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la

De otro lado, al igual que el derecho a circular libremente en el territorio de un Estado y a elegir el lugar de residencia, el derecho a salir de cualquier país *sólo puede ser restringido legítimamente de conformidad con las condiciones establecidas en el inciso 3 del artículo 22*, es decir, fijarse expresamente por ley, estar destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática. En este punto resulta de particular relevancia el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* pues en este la Corte IDH analizó en detalle estas condiciones en relación precisamente con el derecho a salir de un país. En efecto, la Corte se refirió a la restricción que Paraguay impuso al señor Ricardo Canese de no abandonar el país sin permiso judicial previo mientras se adelantaba un proceso penal en su contra por presuntamente haber cometido calumnia contra los directores de una empresa pública.

El punto de partida del análisis de la Corte IDH es que en principio el señor Canese tenía derecho a salir de Paraguay, pues uno de los contenidos amparados por el derecho de circulación y residencia es la posibilidad que tiene toda persona de salir del país en donde se encuentre. Esto significa que la prohibición a Canese de que saliera de Paraguay, sin permiso previo, constituía una restricción al derecho de circulación y residencia, por lo que la obvia pregunta que se planteó la sentencia es si dicha restricción era o no legítima. Para responder esta cuestión, la Corte acudió a los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, a los cuales hicimos referencia en el anterior apartado.

En relación con la reserva de ley, la Corte constató que el Estado paraguayo incumplió con el requisito de legalidad, en tanto no existía ninguna disposición legal que consagrara la prohibición de salir del país sin autorización como medida cautelar en un proceso penal.⁴⁰ En cuanto a la necesidad de la restricción impuesta al señor Canese, la Corte destacó el carácter excepcional de las medidas cautelares que afectan la libertad y advirtió que en relación con el señor Canese no existía evidencia de que esta medida fuera necesaria para alcanzar un fin legítimo, como sería en este caso, el de evitar la fuga de aquel.⁴¹ Finalmente, respecto a la proporcionalidad, la Corte IDH determinó que “la restricción al derecho a salir del país impuesta al señor Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas”.⁴²

3. El derecho a buscar y recibir asilo

Un tercer componente del derecho a la libertad de circulación y residencia es el derecho a buscar y recibir asilo,⁴³ el cual se encuentra consagrado en el inciso 7 del artículo 22, que dice: “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

Este derecho ha sido una de las contribuciones importantes del derecho latinoamericano al derecho internacional, pues fue una figura que se desarrolló esencialmente en nuestra región y que ha recibido ulteriormente aceptación universal.⁴⁴ La práctica del asilo diplomático en los países de la región a lo

negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país”. Comité de Derechos Humanos, Observación 27, párr. 17.

⁴⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, párrs. 126 – 128.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 129, 131.

⁴² *Ibidem*, párr. 133.

⁴³ Sobre derecho a buscar y recibir asilo, véase también el comentario al artículo 20 de Mary Beloff, el cual forma parte de esta obra.

⁴⁴ Al respecto ver: Yepes, Jesús María. “*El derecho de asilo. Síntesis histórica, jurídica, política y filosófica*” en Universitas, No 15, Bogotá, 1958. Igualmente ver: Yepes de Uprimny, Inés. Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano. Bogotá, Temis, 1980, capítulo V, pp 67 y ss. Ver también: Cançado, Antônio. “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en Cançado, Antônio y Martínez, Alfredo. *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, tomo I, Corte IDH. San José, 2003, p. 47.

largo del siglo XX alcanzó su concreción durante el siglo XX en varios instrumentos interamericanos, a saber, la Convención de La Habana de 1928, la de Montevideo de 1933 y la de Caracas de 1954. En todas estas se hace referencia al asilo de los perseguidos por razones políticas, *aunque más como una potestad del Estado que como un derecho de la persona perseguida*.⁴⁵ Así, en la Convención de la Habana se definen las condiciones bajo las cuales es lícita la concesión del asilo por parte de un Estado. Y en la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, que es el instrumento más detallado al respecto, se establece que “[t]odo Estado tiene derecho, de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente” (Art. 1), que “[t]odo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega” (Art. 2) y que “[n]ingún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos” (Art. 3).

El reconocimiento expreso del asilo como un derecho de las personas data de 1948, con la aprobación de la DADDH⁴⁶ y de la DUDH.⁴⁷ De conformidad con estos instrumentos y con la Convención Americana, el derecho a buscar y recibir asilo es un derecho que se predica de toda persona que se encuentre perseguida, salvo cuando la persecución sea motivada por la comisión de delitos comunes. Sin embargo, la estipulación de la Convención es aún más restringida que la de las dos Declaraciones, en tanto establece que el derecho opera en casos “de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos”, mientras que en el texto de las dos Declaraciones no hay una mención expresa a los delitos políticos y la alusión a los delitos comunes se realiza para fijar un límite al derecho de asilo, pero no como elemento definitorio de su alcance. Por esta razón, la Comisión IDH ha advertido que “la Convención reconoce en su artículo 22 un derecho de asilo más limitado que el de la Declaración” ya que “[e]l mismo se limita al derecho de asilo a personas perseguidas ‘por delitos políticos o delitos comunes conexos’, con lo que excluye a una amplia categoría de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución”.⁴⁸

Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho a buscar y recibir asilo cobija únicamente a quienes estén siendo perseguidos por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos. De conformidad con las normas de interpretación de la Convención establecidas en el artículo 29 de la misma, “[n]inguna disposición... puede ser interpretada en el sentido de: ... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. En este sentido, considerando que la Declaración reconoce en su artículo XXVII el derecho de asilo “en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común”, debe entenderse que el derecho *abarca en sentido amplio a los perseguidos y no solo a los que tienen la calidad de delincuentes políticos*. Un argumento *a fortiori* refuerza esta interpretación. En efecto, si la Convención reconoce el derecho de asilo a quien ha cometido un delito político, con mayor razón ampara a quien no habiendo incurrido en un delito de esta naturaleza, sea perseguido en razón de sus opiniones o de su actividad política. Piénsese por ejemplo en el caso de un periodista crítico del régimen político de su país que es acusado de cometer el delito de injuria. Este delito no encaja propiamente dentro de la noción de delito político,⁴⁹ pero si la persecución penal por un delito común tiene sustento

⁴⁵ O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 599.

⁴⁶ Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁴⁷ Artículo 14. 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. // 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

⁴⁸ Comisión IDH. Informe anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994.

⁴⁹ En los instrumentos internacionales no existe una definición de delito político, la cual encuentra su mayor desarrollo en la doctrina del derecho penal. A grandes rasgos, es posible identificar dos teorías acerca del contenido y alcance del delito político. La primera es la teoría subjetiva según la cual lo que distingue a un delito político de un delito común es el fin perseguido por el delincuente. Según uno de los mayores exponentes de esta teoría, “[s]i es un fin altruista de mejora

en razones políticas, el derecho a buscar y recibir asilo también opera en este caso.

Ahora bien, los Estados tienen cierto grado de discrecionalidad en la definición de los casos de procedencia del asilo para los perseguidos políticos. De hecho, la Convención sobre asilo político adoptada en Montevideo en 1933 determina que “La calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo” (Art. 2). Sin embargo, la discrecionalidad de los Estados no es ilimitada. La principal restricción se deriva de la *negación del derecho de asilo a quienes están perseguidos por delitos contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conductas constitutivas de terrorismo*. Así lo dispone la Declaración sobre asilo territorial⁵⁰ según la cual “no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos” (Art. 1, num. 2). Igualmente, la Convención Interamericana contra el terrorismo⁵¹ dispone que “Cada Estado Parte adoptará las medidas que corresponda, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, a fin de asegurar que el asilo no se otorgue a las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para considerar que han cometido un delito establecido en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención” (Art. 13). Los instrumentos internacionales a los que alude el artículo son los que reprimen conductas asociadas al terrorismo y que han sido ratificados por los Estados.⁵²

colectiva, el delito será político-social; será común si el delincuente obró por motivos egoístas de personal provecho” Ferri, Enrico Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925, p. 78. En este sentido, un mismo delito podrá ser político o común de acuerdo con el móvil de quien lo cometa. La segunda es la teoría objetiva que caracteriza una conducta como delito político en virtud del bien jurídico atacado, con independencia del móvil del autor. De acuerdo con uno de sus representantes, “para que un delito pueda incluirse dentro del cuadro de las infracciones políticas es condición precisa que esté caracterizado por un ataque dirigido contra uno cualquiera de los elementos integrantes de la organización política del país, o contra cualquiera de las actividades de sus poderes políticos” Ferri, Enrico, *op. cit.*, p. 78. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, al referirse a la noción de delito político se acerca a la teoría subjetiva, pero la califica con un elemento relativo a la proporcionalidad de los medios empleados: “[p]ara determinar si un delito es ‘común’ o, por el contrario, ‘político’, debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1992). Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, párr. 152. Cabe destacar que en un fallo de 1949 sobre la disputa entre Colombia y Perú en relación con la concesión de asilo por parte del primero a un ciudadano peruano acusado de instigar y dirigir una rebelión militar, la Corte Internacional de Justicia señaló que este delito no era de derecho común y, por esta razón, rechazó la petición de Perú en el sentido de declarar que el asilado no era perseguido por delitos políticos. *Cfr.* Corte Internacional de Justicia, Caso Haya de La Torre, Colombia vs. Perú, Fallo del 20 de noviembre de 1950.

⁵⁰ Declaración sobre asilo territorial, adoptada el 14 de diciembre de 1967 por la Asamblea General de la ONU [Resolución 2312 (XXII)].

⁵¹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02).

⁵² Se trata de los siguientes instrumentos: “a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.

Sin embargo, aunque de las disposiciones citadas se derivan compromisos para los Estados tendientes a enfrentar el terrorismo, es preciso resaltar que estas “no pueden interpretarse o aplicarse de una manera incongruente con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos”.⁵³ Es una realidad innegable que la lucha global contra el terrorismo constituye una fuente de vulneraciones a los derechos humanos que opera especialmente a partir de una suspensión selectiva de las garantías fundamentales en contra de quienes se consideran como sospechosos de terrorismo. En relación con el tema que nos ocupa, la Comisión Interamericana ha constatado que “[l]os inmigrantes, los que buscan asilo y otros extranjeros son especialmente vulnerables a la discriminación en situaciones de emergencia resultantes de la violencia terrorista. Este es particularmente el caso cuando se considera que la violencia terrorista emana de fuentes extranjeras y en que, en consecuencia, se puede percibir que el asilo y otras medidas de protección de los no nacionales ofrecen un refugio para terroristas”.⁵⁴

Si bien los Estados que han ratificado los convenios mencionados tienen la obligación de no conceder asilo a las personas perseguidas por conductas constitutivas de terrorismo, por otro lado también tienen la obligación de *ofrecer las garantías necesarias* a quienes han sido *tildados como terroristas y buscan asilo*. Al respecto, la Comisión IDH ha indicado que “[l]as medidas encaminadas a la detención automática de las personas que buscan asilo no están, por lo tanto, permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, de acuerdo con las características de las personas afectadas por algunas de estas restricciones, como posiblemente discriminatorias de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos”.⁵⁵ Igualmente ha señalado que “[d]ada la gravedad de las posibles consecuencias de la exclusión del *status* de refugiado, toda determinación que señale que una persona queda comprendida en una de esas categorías, debe ser efectuada mediante procedimientos imparciales y adecuados”.⁵⁶ De acuerdo con esto, incluso cuando existe la sospecha de que quien busca asilo puede constituir una amenaza para la seguridad por su presunta implicación en actividades terroristas, los Estados tienen la obligación de ofrecer todas las garantías que implica el derecho a buscar asilo.

Ahora bien, en lo que respecta al contenido del derecho de asilo es importante destacar que la figura del asilo tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de una potestad de los Estados, tal como se desprende de las Convenciones de la Habana, Montevideo y Caracas. Por otro lado, se trata de un *derecho de toda persona perseguida por razones distintas a la comisión de un delito común*. En virtud de estas dos dimensiones, resulta que el derecho a buscar y recibir asilo no comporta una obligación correlativa de los Estados de concederlo a quien lo requiera. La Comisión IDH, al referirse al derecho de asilo reconocido en el artículo XXVII de la Declaración Americana, ha indicado que este “*no implica garantía alguna de que éste será otorgado*”,⁵⁷ conclusión que se puede predicar también del inciso 2 del artículo 22 que consagra este derecho en términos muy similares a la Declaración. Igualmente, tanto la Declaración como la Convención establecen que “*toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero... de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales*”. Según la Comisión IDH, esta disposición contiene dos criterios que son acumulativos y que deben por tanto ser satisfechos para que surja el derecho de asilo. El primero es que el derecho debe estar de acuerdo con la legislación de cada Estado y el segundo es que debe estarlo con los convenios internacionales.⁵⁸ La Comisión ha concluido que “[l]a naturaleza acumulativa de los dos criterios expresados en el artículo

j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999”. Convención Interamericana contra el Terrorismo, artículo 1.

⁵³ Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 octubre 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, párr. 375.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 411.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 380.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 391.

⁵⁷ Comisión CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 60.

⁵⁸ *Cfr.* Comisión CIDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 151.

XXVII resulta en que, si el derecho se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración”.⁵⁹

Sin embargo, el que los Estados no estén obligados a otorgar el asilo no significa que carezcan de obligaciones en relación con este derecho. La principal obligación a este respecto es proporcionar un marco procesal adecuado para el trámite de las solicitudes de asilo. De acuerdo con la Comisión IDH, “[e]l derecho de buscar asilo necesariamente requiere que los solicitantes de asilo tengan la oportunidad de presentar su solicitud eficazmente ante una instancia plenamente competente para tomar decisiones”.⁶⁰ La Comisión ha recomendado que esta instancia esté constituida por “quienes están mejor capacitados para formular las determinaciones de la elegibilidad”.⁶¹ que a su juicio serían “los encargados de interpretar y aplicar la legislación y la política sobre refugiados”.⁶² Adicionalmente, un marco procesal adecuado debe contemplar la posibilidad de revisión de la decisión sobre la concesión del asilo. Al respecto, la Comisión ha indicado que:

En los casos en que los hechos de la situación de un individuo están en disputa, el marco procesal efectivo debe contemplar su revisión. En vista de que hasta la más idónea de las autoridades encargadas de la toma de decisiones puede errar al emitir un fallo y dado el riesgo potencial para la vida que podría derivarse de un error de esta índole, una apelación en méritos del caso de una determinación negativa constituye un elemento necesario de la protección internacional.⁶³

Y ha señalado además que esta revisión “requeriría del establecimiento de una autoridad independiente designada para la toma de decisiones, con acceso a conocimientos especializados y medios para tomar decisiones fundamentadas”.⁶⁴ Tomando en consideración estos criterios, en su informe sobre el *Caso del Comité Haitiano de Derechos Humanos vs. Estados Unidos*, la Comisión IDH declaró que el gobierno estadounidense había violado el derecho a buscar y recibir asilo consagrado en el artículo XXVII de la Declaración Americana, al haber interceptado en el mar y devuelto a su país de origen a los haitianos que masivamente estaban huyendo para buscar refugio en el exterior. La Comisión determinó que aunque este acto estaba de acuerdo con la legislación estadounidense, la cual admitía el derecho a buscar asilo a los que hubiesen logrado llegar a sus costas y establecía que los haitianos que buscaran asilo en los Estados Unidos deberían hacerlo a través de su embajada en Puerto Príncipe, constituía una violación del derecho en cuestión. Según la Comisión, el gobierno de Estados Unidos no realizó un examen adecuado de la situación de los haitianos que interceptó en el mar, ni les concedió una entrevista para determinar si reunían los requisitos de ‘refugiados’;⁶⁵ y además con la interceptación en el mar impidió que los haitianos buscaran asilo en otros países.

Es importante advertir que la Comisión IDH ha entendido que la alusión a los convenios internacionales contenida tanto en la Declaración como en la Convención, remite a la *Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre la situación de los refugiados*.⁶⁶ De este modo, la Comisión ha interpretado el derecho a pedir asilo a la luz de las protecciones establecidas en estos instrumentos en materia del derecho de los refugiados. De hecho, como lo explicaremos en el siguiente apartado, en la decisión en el caso de Haití sobre la concesión de asilo, jugó un papel determinante el principio de no devolución, propio del derecho de los refugiados. Esta situación permite advertir cómo *el derecho de asilo se ha visto en cierta forma absorbido por el llamado derecho de los refugiados*, que se ha desarrollado ampliamente a nivel

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 153.

⁶⁰ Comisión CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 68.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibidem*, párr. 109.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 112.

⁶⁵ Comisión IDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 163.

⁶⁶ *Cfr. ibidem*, párr. 155.

internacional a partir precisamente de la Convención de 1951. Así, aunque en sentido estricto es posible establecer distinciones entre un asilado –que es un concepto más estrictamente ligado a persecuciones políticas– y un refugiado –que admite una visión más amplia de la idea de persecución–, en la práctica contemporánea los dos conceptos han tendido a asimilarse.

4. Garantías frente a la expulsión

El último componente del derecho a la libertad de circulación y residencia está constituido por una serie de garantías frente a la expulsión del territorio de un Estado. Tales garantías están consagradas en los incisos 5, 6, 8 y 9 del artículo 22, que se refieren, respectivamente, a la prohibición de expulsión de los nacionales de su propio Estado, a las condiciones para la expulsión de un extranjero que se halle legalmente dentro de un Estado, al principio de no devolución propio del derecho de los refugiados y a la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.

a. La prohibición de expulsión de los nacionales y el derecho a ingresar al propio país

El inciso 5 del artículo 22 establece que “[n]adie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”. En primer lugar, esta garantía consagra una *prohibición absoluta de expulsar a los nacionales de su propio Estado*. La garantía no contempla limitaciones de ningún tipo en tanto abarca a todo nacional y no admite caso alguno en el que se pueda justificar la expulsión. En palabras de la Comisión IDH, “[s]i hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama ‘atributo de la personalidad’”.⁶⁷ En segundo lugar, el inciso 5 del artículo 22 establece que nadie puede ser privado del derecho a ingresar al territorio del Estado del cual es nacional, el cual incluye tanto el *derecho a regresar al país* después de haber salido de él, como el de *ingresar por primera vez cuando se ha nacido por fuera de él*.⁶⁸

En la mayoría de los pronunciamientos sobre expulsión de nacionales en el sistema interamericano, la Comisión IDH evaluó la situación a la luz de la Declaración Americana y no de la Convención –pues los Estados acusados no habían ratificado la Convención–. Se trata principalmente de las resoluciones adoptadas por la Comisión IDH a mediados de la década de los ochentas en relación con las expulsiones de nacionales por parte de los Estados de Paraguay y Chile, motivadas por razones políticas. En el caso de Chile, la propia Constitución contenía una disposición transitoria que facultaba al Presidente para que, en vigencia del estado de emergencia, expulsara del país a los activistas comunistas y “a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyen un peligro para la paz interior”.⁶⁹ En todos estos casos, y pese a que la Declaración Americana no contiene una prohibición tan tajante como la incluida en el artículo 22 en relación con la expulsión de nacionales⁷⁰, la Comisión IDH declaró sin excepción que los Estados en cuestión habían violado el derecho de circulación y residencia. Por

⁶⁷ Comisión IDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, capítulo VI, párr. 5.

⁶⁸ Al respecto ver: Comité de Derechos Humanos. Observación General No 27, párr. 19. El Comité de Derechos Humanos en el párrafo 20 de esta Observación hace una distinción sutil y señala que conforme al lenguaje del PIDCP, que en este aspecto es diverso a la Convención, ese derecho no es exclusivo de los nacionales, pues el artículo 12 habla de que nadie puede ser privado del derecho a entrar a su “propio país”, que sería un concepto más amplio. En efecto, según el Comité DH, puede haber personas no nacionales pero que tengan vínculos tan estrechos con un determinado país, que pueda entenderse que dicho país es su país y por ende no pueda restringirse su entrada al mismo.

⁶⁹ Al respecto ver: Comisión I.D.H. Resolución N° 24/82, Exiliados, Chile, 8 de marzo de 1982; Resolución No. 3/84, Caso 4563, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 4/84, Caso 7848, Paraguay, 17 de mayo de 1984 Resolución No. 5/84, Caso 8027, Paraguay, 17 de mayo de 1984; Resolución No. 11/85, caso No. 9269, Chile, 5 de marzo de 1985.

⁷⁰ La Declaración Americana dispone en su Artículo VIII que “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. La garantía frente a la expulsión deriva en este instrumento del derecho a no abandonar, sino por la propia voluntad, el territorio del Estado del cual se es nacional. Si se compara esta formulación con la prohibición absoluta contenida en el inciso 5 del artículo 22 de la Convención, se puede advertir con claridad que esta última es mucho más contundente que la primera.

su parte, en el *Caso Serrano Sáenz vs. Ecuador*, la Comisión IDH evaluó a la luz de la Convención la situación de un ecuatoriano que fue deportado a los Estados Unidos en virtud de una orden de arresto por un delito de homicidio cometido en este último país. El ciudadano ecuatoriano había vivido en los Estados Unidos de América y había adquirido la nacionalidad estadounidense por naturalización, pero regresó a su país de origen y fijó en este su residencia. La Comisión IDH advirtió que las autoridades ecuatorianas “no podían deportar a un ecuatoriano”⁷¹ en tanto el derecho a permanecer en el territorio del que se es nacional y no ser deportado es un “derecho elemental inherente a la nacionalidad”.⁷² En virtud de esto, sumado a la arbitrariedad con la cual se llevó a cabo el procedimiento de deportación en el que ni siquiera se aplicaron las normas sobre extradición de extranjeros, la Comisión IDH determinó que el Estado de Ecuador violó el derecho de circulación y residencia. De este modo, no queda duda que *la prohibición de expulsión de nacionales no admite excepciones*.

En este punto es sin embargo necesario distinguir entre la expulsión de nacionales y su extradición. Esta última es una figura que permite la colaboración entre países en la lucha contra el crimen y que, si se somete a un procedimiento que respete las garantías procesales del nacional cuya extradición se pretende, no constituye un desconocimiento de la prohibición de expulsión de nacionales. De hecho, tal como lo ha advertido la Corte IDH, tratándose de las violaciones de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de “adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”.⁷³ En este sentido, la Corte ha valorado positivamente los esfuerzos realizados por los Estados para extraditar a presuntos responsables de tales violaciones.⁷⁴

De otro lado, aunque la definición acerca de quién tiene la calidad de nacional hace parte de la discrecionalidad de los Estados, estos no pueden aplicar arbitrariamente sus propias disposiciones para eludir la prohibición absoluta de expulsión de nacionales. Por ejemplo, la Comisión IDH, en su informe anual de 1991, indicó que el Estado dominicano había violado el inciso 5 del artículo 22 con ocasión de la expulsión masiva de personas de ascendencia haitiana que habían nacido en República Dominicana. En esa oportunidad, el Estado alegó que los expulsados no eran nacionales, pues a pesar de que habían nacido en el territorio dominicano, eran hijos de extranjeros ilegales. Al respecto, la Comisión IDH constató que las excepciones al *ius soli* previstas en la Constitución de República Dominicana únicamente se referían a “a los hijos legítimos de extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén en tránsito en él” y advirtió que los expulsados no encajaban en ninguna de estas hipótesis pues se trataba de hijos de haitianos que no estaban de tránsito en el país.⁷⁵ Así, a pesar de que el Estado dominicano pretendió justificar las expulsiones a partir de una tergiversación de sus propias disposiciones sobre la nacionalidad, resultaba claro que los expulsados eran nacionales y que, por tal razón, el Estado había violado la prohibición absoluta de expulsarlos.

b. Límites a la expulsión de los extranjeros

Finalmente, el derecho a la libertad de circulación y residencia comporta una serie de garantías en relación con la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado. Un primer límite a la expulsión de extranjeros se encuentra consagrado en el inciso 6 del artículo 22, el cual dispone que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Comisión IDH. Informe no. 84/09, caso 12.525, fondo. Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador, 6 de agosto de 2009, párr. 67.

⁷³ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160.

⁷⁴ *Cfr.* Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párr. 159. En este caso la Corte reconoció los esfuerzos realizados por el Estado peruano para lograr la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, primero desde Japón y luego desde Chile.

⁷⁵ Comisión IDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. La adopción de la decisión de expulsión conforme a la ley implica que, para que sea válida, esta debe respetar un “mínimo de debido proceso”⁷⁶ a fin de impedir las expulsiones discriminatorias o arbitrarias.⁷⁷ No se trata pues de un mero requisito formal que se agota con la simple *existencia de una ley que autorice la expulsión*, sino que es preciso que la regulación contemple unas *garantías procesales mínimas* y, en general, que sus disposiciones sean compatibles con la Convención. Según la Comisión IDH, estas garantías deben incluir “el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formul[en], y en consecuencia para defenderse ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas”.⁷⁸

De conformidad con lo anterior, en el *Caso Loren Laroye Riebe y otros*, la Comisión IDH determinó que el Estado mexicano había violado el inciso 6 del artículo 22 por haber expulsado a tres sacerdotes extranjeros que según el Gobierno estaban realizando proselitismo a favor del EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) e incitando a los campesinos e indígenas de la región de Chiapas a ejecutar actos en contra de las autoridades y los particulares. En este caso, la Comisión IDH constató que ninguna de las garantías señaladas se cumplió, pues el procedimiento administrativo que condujo a la expulsión “se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de la Ciudad de México”.⁷⁹ Del mismo modo, la Comisión IDH determinó que el Estado de Haití había violado el artículo 22 de la Convención, al expulsar del país a un ciudadano estadounidense a quien “no se le dio audiencia ni administrativa ni judicial a fin de que pudiera defenderse de los cargos que motivaban su expulsión por el Gobierno”⁸⁰ y quien además fue expulsado por razones políticas.⁸¹

Aunque la garantía consagrada en el inciso 6 del artículo 22 se refiere a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, esto no significa que quienes hayan ingresado al país ilegalmente o permanezcan en él más allá del tiempo permitido no gocen de ningún tipo de garantía frente a la expulsión. Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que los *migrantes indocumentados o irregulares* se encuentran en una situación de vulnerabilidad pues están más expuestos a violaciones a sus derechos.⁸² Considerando esta situación, la Corte ha interpretado que al adoptar medidas que afecten a esta población, “los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce... sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.⁸³ De conformidad con esto, ha señalado que los “mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio... deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”.⁸⁴ En este sentido, en la expulsión de extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado también deben respetarse las

⁷⁶ O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, p. 591.

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General No 15, Párr. 10.

⁷⁸ Comisión IDH. Informe n° 49/99, caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999, párr. 71.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 59.

⁸⁰ Comisión IDH. Resolución No. 20/88, Caso 9855, Haití, 24 de marzo de 1988, párr. 10.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 11.

⁸² Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 98. La Asamblea General de las Naciones Unidas también se ha referido a esta condición de los migrantes irregulares: “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre “Protección de los migrantes”, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo, párr. quinto.

⁸³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 100.

⁸⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 119. Cfr. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 100.

garantías procesales mínimas ya mencionadas. De acuerdo con la Comisión IDH, en los procedimientos de deportación contra extranjeros “las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa”.⁸⁵ La Comisión IDH ha especificado que “[s]i bien esto puede no exigir la presencia de todas las garantías requeridas para un juicio justo en la esfera penal, debe otorgarse un umbral mínimo de garantías del debido proceso”,⁸⁶ el cual incluye “el derecho a la asistencia de un abogado, si así lo desean, o de un representante en el que confíen, con suficiente tiempo para determinar los cargos que se le imputan, un plazo razonable para preparar y formalizar una respuesta y procurar y aducir pruebas en su defensa”.⁸⁷

Directamente ligada a esa *interdicción de procedimientos arbitrarios*, el inciso 9 del artículo 22 establece un segundo límite al *prohibir la expulsión colectiva de extranjeros*, la cual opera con independencia del estatus migratorio de estos. Según el Comité de Derechos Humanos, la proscripción de la arbitrariedad de las expulsiones “no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas”,⁸⁸ en la medida en que en este tipo de casos es claro que no existe una evaluación de la condición particular de cada extranjero. Al respecto, la Comisión IDH ha destacado que “una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso”.⁸⁹ En este sentido, el carácter colectivo de la expulsión no se determina en función de la cantidad de personas expulsadas, sino de la ausencia de un procedimiento que tenga en consideración la situación particular de cada extranjero. En tanto en este tipo de casos la expulsión se da por el hecho de pertenecer a un grupo, no operan las garantías procesales mínimas que evitan la arbitrariedad, y por el contrario cabe presumir la existencia de un trato discriminatorio.

En el ámbito regional, un ejemplo de estas expulsiones colectivas proscritas por el artículo 22 es precisamente el de las repatriaciones de haitianos residentes en República Dominicana a las cuales se refirió la Comisión IDH en su informe anual de 1991. Durante el año 1991, mediante un decreto presidencial se ordenó la repatriación de extranjeros menores de 16 años de edad y mayores de 60 años de edad que hubieran ingresado a la República Dominicana para trabajar en la industria azucarera. La Comisión IDH determinó que la aplicación de este decreto “impuso una expulsión colectiva” pues el mismo desató “una persecución indiscriminada contra los haitianos y sus descendientes, nacidos o no en República Dominicana, para sacarlos del país”.⁹⁰ En efecto, la Comisión IDH constató que la primera etapa del procedimiento de repatriación consistía en una redada dirigida “sólo a las personas que físicamente parecían ser haitianos sin solicitar documentación para comprobar en realidad si eran haitianos o dominicanos”.⁹¹ Igualmente, la Comisión IDH verificó que en el proceso de repatriación no se concedió a los afectados “una audiencia formal con garantías mínimas para alegar su derecho a permanecer en el país, ya sea por tener el derecho a la ciudadanía, o por estar habilitado a obtener permiso de residencia temporal o permanente, o por tener de algún modo derecho a regularizar su presencia en el país”.⁹² La Comisión IDH determinó que estos hechos comportaban una violación del derecho a la libertad de circulación y residencia, en la medida en que se produjo una expulsión colectiva de haitianos que comportaba en sí misma un procedimiento arbitrario proscrito por el inciso 9 del artículo 22.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 22 consagra un tercer límite a la expulsión de extranjeros al disponer que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza,

⁸⁵ Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 403.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación General No 15, Párr. 10.

⁸⁹ Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 404. *Cfr.* CIDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

⁹⁰ Comisión IDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Se trata del llamado *principio de “no devolución”*, usualmente conocido por su expresión francesa de *non refoulement*, el cual se encuentra previsto en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados⁹³ y en las Convenciones contra la tortura, tanto de Naciones Unidas como del sistema interamericano.⁹⁴ Este principio prohíbe expulsar incluso a los extranjeros en situación irregular, si la devolución se hace a un país en donde corre riesgo su vida, su libertad personal debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos para creer que pueden ser sometidos a tortura. En este sentido, la Comisión IDH ha resaltado que la obligación de no devolución “es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado”.⁹⁵ Del mismo modo, el Comité contra la tortura ha indicado que esta obligación opera incluso frente a aquellas personas que no reúnen los requisitos para ser refugiados o que pudieron haber cometido delitos en el pasado. Así por ejemplo, en el *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela*, el Comité contra la Tortura determinó que el Estado venezolano había violado el principio de no devolución pues había extraditado al Perú a la peticionaria, a pesar de que esta había objetado su extradición, por cuanto en ese momento podía ser torturada en ese país debido a que se consideraba que pertenecía al grupo guerrillero Sendero Luminoso.⁹⁶

En el ámbito interamericano, en el caso sobre la interceptación de haitianos en alta mar, la Comisión IDH interpretó el alcance del derecho a buscar y recibir asilo consagrado en la Declaración Americana a la luz del principio de no devolución establecido en la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. De conformidad con este, concluyó que este principio “no reconoce limitaciones geográficas”⁹⁷ y por tanto se aplica también cuando la persona es devuelta de alta mar al territorio del cual huyó, es decir, incluso cuando no ha pisado aún el territorio del Estado al cual pretende llegar para buscar refugio.

⁹³ “Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

⁹⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3. “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. “Artículo 13. ... No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.

⁹⁵ Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos, párr. 394.

⁹⁶ Comité contra la Tortura. Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana contra Venezuela, Comunicación No 110/1988.

⁹⁷ Comisión IDH. Informe No. 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 157.