

# LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA MOVILIDAD HUMANA: ENTRE COSMOPOLITISMO Y HOSPITALIDAD\*

## INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND HUMAN MOBILITY: BETWEEN COSMOPOLITANISM AND HOSPITALITY

Constanza Núñez Donald\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objetivo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de movilidad humana bajo la óptica de la doctrina filosófica del cosmopolitismo. A partir del desarrollo de las principales características de esta doctrina en relación a la migración (tensión entre nacionalidad, ciudadanía y derechos, así como las perspectivas actuales de solidaridad global), se sostendrá que la jurisprudencia interamericana tiende hacia al cosmopolitismo.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to analyze the jurisprudence of the Inter - American Court of Human Rights in the field of human mobility from the perspective of the philosophical doctrine of cosmopolitanism. From the development of the main characteristics of this doctrine in relation to migration (conflict between nationality, citizenship and rights, as well as current perspectives of global solidarity), it will be argued that inter-American jurisprudence tends toward cosmopolitanism.*

**PALABRAS CLAVE:** cosmopolitismo, ciudadanía, migración, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**KEYWORDS:** *cosmopolitanism, citizenship, migration, Inter-American Court of Human Rights.*

**Fecha de recepción:** 08/06/2017

**Fecha de aceptación:** 28/06/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4019>

---

\* Agradezco al Dr. Óscar Pérez de la Fuente por sus comentarios a este texto y sus estimulantes debates en el Taller "Pluralismo cultural, minorías y cooperación solidaria" del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, que me instaron a realizar este trabajo. Trabajo realizado gracias al apoyo de Conicyt a través de su programa "Becas Chile" y de la Fundación Carolina.

\*\* Abogada por la Universidad de Chile. Docente instructora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente cursando el Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [cnunez@derecho.uchile.cl](mailto:cnunez@derecho.uchile.cl)

## 1.- INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que suscita más debate en la filosofía política y jurídica es la tensión entre soberanía y derechos. Una actualización de esta tensión en el contexto de la globalización queda de manifiesto en los fenómenos de la movilidad humana y las exigencias de universalidad de los derechos. Ciertamente, uno de los ámbitos donde los Estados siguen teniendo amplio margen de actuación y discrecionalidad, es en relación al resguardo de fronteras a través del desarrollo de políticas migratorias y de ciudadanía<sup>1</sup>. Como señala Javier de Lucas, pese a que la globalización ha supuesto derribar las fronteras, esto solo se ha dado respecto de los aspectos económicos, faltando aún una "globalización de los derechos"<sup>2</sup>.

En este sentido, el gran desafío de la globalización en relación a los derechos humanos es precisamente la garantía de universalidad de los mismos en todo contexto y lugar. Diversos autores/as se han preocupado de esta cuestión, destacando la tensión que existe entre las prácticas particularistas de los Estado-nación y las exigencias de universalidad<sup>3</sup>. Pérez de la Fuente, por ejemplo, explica que "la legitimidad de los valores en la esfera pública se ha afirmado en términos universalistas, aunque sustentada en prácticas particularistas respecto a la identidad nacional y los derechos de los nacionales"<sup>4</sup>. El problema, es que como destaca Benhabib, "mientras el terreno en el que viajamos, la sociedad mundial de Estados, ha cambiado, nuestro mapa normativo no lo ha hecho"<sup>5</sup>. El mapa normativo sigue manteniendo sujeta la garantía de los derechos a las condiciones de membresía política a la comunidad.

La tensión descrita trae como consecuencia que los no nacionales o no ciudadanos -en la práctica- carezcan de derechos, pues como están configurado el Estado-nación, son éstos los que en definitiva los garantizan dependiendo de las condiciones de membresía<sup>6</sup>. Arendt

<sup>1</sup> S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*. Gedisa, Madrid, 2005, p.16.

<sup>2</sup> J. DE LUCAS, "Las globalizaciones y los derechos". *Enrahonar*, núm. 40/41, 2008, pp. 55-66.

<sup>3</sup> Un estudio sobre diversas perspectivas de este problema, en: I. CAMPOY (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

<sup>4</sup> O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita". *Derechos y Libertades*, núm. 15, 2006, p. 75.

<sup>5</sup> S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.17.

<sup>6</sup> Esta constatación es la que permite a Arendt fundamentar su reconocida afirmación sobre el "derecho a tener derechos", véase: H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p.420.

refiriéndose a la situación de las personas apátridas explica de manera brillante las paradojas que presenta esta cuestión (y que actualmente podríamos extender también a las personas en situación administrativa migratoria irregular)<sup>7</sup>:

“Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir, será tratado como cualquier otro. Sólo como violador de ley puede obtener la protección de ésta. Mientras dure su proceso y su sentencia, estará a salvo de la norma policial arbitraria [...] el mismo hombre que ayer se hallaba en la cárcel por obra de su simple presencia en este mundo, que no tenía derecho alguno y que vivía bajo la amenaza de la deportación [...] podía convertirse en un ciudadano completo por obra de un pequeño robo [...] *ya no es la escoria de la tierra, sino lo suficientemente importante como para ser informado de todos los detalles de la ley conforme a la cual será procesado. Se ha convertido en persona respetable*”<sup>8</sup>.

Los tribunales internacionales de derechos humanos en los últimos años se han enfrentado a casos vinculados a esta tensión y que han puesto de manifiesto la dificultad de ofrecer respuestas que pongan en equilibrio la soberanía de los Estados y la garantía universal de los derechos. En este contexto, las propuestas de la doctrina filosófica del cosmopolitismo han surgido como una perspectiva para enfocar soluciones a esta tensión. El cosmopolitismo es un parámetro adecuado para analizar esta cuestión, pues siguiendo a Kant, en el derecho podemos distinguir tres niveles: uno está dado por el derecho de un Estado (derecho nacional), otro por el derecho de naciones (derecho internacional) y, en un tercer nivel se encontraría el derecho cosmopolita<sup>9</sup>. Este último es aquel que se refiere justamente a las relaciones de derecho entre personas y estados extranjeros. En la medida que el fenómeno de la migración exige respuestas normativas y jurisprudenciales respecto a la relación entre las personas y estados de los que no son nacionales, la perspectiva debe ser cosmopolita en relación al derecho<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> En efecto, como destaca Javier de Lucas, tal y como se han configurado las políticas migratorias contemporáneas, la situación administrativa irregular ya no representa solo una restricción al ejercicio de derechos, sino un verdadero vaciamiento del reconocimiento de la titularidad de derechos, véase: J. DE LUCAS “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”. En: I. CAMPOY, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, cit., p. 73.

<sup>8</sup> H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p.408.

<sup>9</sup> I. KANT, *La paz perpetua*. Editorial Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2014, pp.16-37.

<sup>10</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.29. El derecho entendido también como la consagración positiva de una determinada teoría de la justicia.

Por ello, lo que se propone este estudio, es analizar la respuesta jurisprudencial en materia de movilidad humana<sup>11</sup> de un tribunal internacional en particular (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, Corte IDH), desde la perspectiva del cosmopolitismo. En efecto, es posible analizar las respuestas normativas y jurisprudenciales de los Estados (y también de los tribunales internacionales) desde la perspectiva del análisis filosófico, en la medida en que las políticas migratorias y la determinación de su validez normativa desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (análisis que realiza un tribunal internacional), reflejan la aplicación de principios de justicia concretos<sup>12</sup>.

Frente a los desafíos que tiene nuestro mapa normativo frente a la exigencia de universalidad de los derechos y el fenómeno de las migraciones transnacionales, sostendré que la Corte IDH adopta una mirada que tiende hacia el cosmopolitismo, pues se interpretan las normas internacionales de manera de darles un contenido acorde a la exigencia de universalidad de los derechos. Esta mirada cosmopolita, sin embargo, aún se encuentra vinculada a una concepción kantiana de hospitalidad universal, pero es un punto de partida para el desarrollo de conceptos y argumentos que se adapten a las exigencias de la realidad y efectividad de los derechos.

Para desarrollar estas ideas, en primer término se explicará que significa asumir una mirada cosmopolita. Asimismo, se desarrollarán dos enfoques del cosmopolitismo que tienen una influencia directa en el análisis de la movilidad humana: la solidaridad global y la ciudadanía. En segundo lugar, desde estos referentes filosóficos, se analizará la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de movilidad humana en relación a dos aspectos en particular: la nacionalidad y apatridia, y los derechos de las personas en situación administrativa migratoria irregular. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones generales y se esbozarán algunos de los principales desafíos que, desde la perspectiva del cosmopolitismo, ponen de manifiesto los casos que llegan a los tribunales internacionales.

### **1.1.- La mirada cosmopolita**

El cosmopolitismo es una tradición filosófica que hunde sus raíces

---

<sup>11</sup> Me refiero a movilidad humana en general y no solo a migración, por ser un concepto más comprensivo de todo el fenómeno de movilidad internacional de personas (migración, refugio, desplazamiento, etc.).

<sup>12</sup> J.C VELASCO. "Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global". *Arbor*, núm. 744, 2010, p.586.

en la filosofía de los antiguos (estoicos)<sup>13</sup>, retomada y asentada por Kant en el siglo XVIII<sup>14</sup> y, reposicionada en la década de los 90' en el contexto de la globalización desde una perspectiva jurídica, moral y social. Calificando los cosmopolitismos, Pogge se refiere a la existencia de un cosmopolitismo ético, legal, de justicia social y monista<sup>15</sup>. Mientras que el cosmopolitismo legal se preocupa del diseño de instituciones cosmopolitas (es decir, que tengan como objetivo preeminente que todos los seres humanos tengan acceso al objeto de todos sus derechos humanos), el cosmopolitismo ético se preocupa de las responsabilidades que los agentes humanos tienen específicamente en relación a las instituciones sociales y otros seres humanos<sup>16</sup>.

A diferencia de otros *ismos*, el cosmopolitismo abarca primariamente perspectivas de cómo deberían ser las cosas, no solo de cómo son<sup>17</sup>. La idea central de estas evaluaciones y prescripciones es la de incluir a todos los seres humanos como iguales<sup>18</sup>. En este sentido, la propuesta cosmopolita coincide en que la perspectiva ética implica la consideración de que cada individuo tiene una importancia global como unidad última de incumbencia moral<sup>19</sup>.

Pese a las dificultades de caracterizar el cosmopolitismo como propuesta filosófica en atención a sus múltiples variantes y fundamentos<sup>20</sup>, expondré a grandes rasgos algunos aspectos comunes de las propuestas cosmopolitas, de manera de contar con un parámetro

---

<sup>13</sup> Los estudiosos de la materia sitúan a Diógenes, en la antigua Grecia, como el primer expositor de esta filosofía, quien criticando la contraposición entre "nosotros" y los "otros", indicó que lo que lo sustituía era el "cosmopolitismo", entendido como aquello que sobrepasa y mezcla fronteras, véase: U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*. Paidós, Barcelona, 2004, p.70.

<sup>14</sup> I. KANT. *Sobre la paz perpetua*, cit. Sobre el cosmopolitismo kantiano, puede consultarse: F. LLANO. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*. Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid", Madrid, 2002.

<sup>15</sup> Estos dos últimos son un desarrollo específico del cosmopolitismo ético en relación a las instituciones sociales, véase: T. POGGE. "Cosmopolitismo". *Precedente*, 2010, pp.143-169. Otra clasificación similar es propuesta por Beitz, quien distingue entre cosmopolitismo "institucional" (forma en que las instituciones políticas deben desarrollarse) y "moral" (base en que las instituciones cosmopolitas pueden ser justificadas), véase: C. BEITZ. "International liberalism and distributive justice. A survey of recent thought". *World Politics* vol. 51, núm. 2, 1999, pp.269-296.

<sup>16</sup> T. POGGE. "Cosmopolitismo", cit., p.145.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.143.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.144.

<sup>19</sup> R. SANTIAGO. "Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano". *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 9, 2009, p.14.

<sup>20</sup> Un análisis de los diversos "cosmopolitismos" y sus variantes se puede encontrar en: P. KLEINGELD. "Six Varieties of Cosmopolitanism in Late Eighteenth-Century Germany." *Journal of the History of Ideas*, núm. 60, 1999, pp.505-524.

de análisis respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH. Estos elementos son los que constituyen en definitiva, lo que Beck llama tener una "mirada cosmopolita"<sup>21</sup> o lo que Pérez de la Fuente califica como "virtud cosmopolita"<sup>22</sup>. En esta "mirada" o "virtud" podemos identificar dos características de la propuesta del cosmopolitismo ético: la igualdad moral de todos los individuos y la ética de la alteridad.

a) Igualdad moral de todos los individuos: Un elemento común a todas las definiciones del cosmopolitismo ético es el principio según el cual la vida, los intereses, las necesidades, las expectativas o las pretensiones de todos los seres humanos tendrían un mismo valor<sup>23</sup>. Como destaca Nussbaum, el ideal cosmopolita es aquel que considera que el compromiso moral de las personas abarca a toda la comunidad de seres humanos<sup>24</sup>. Pero la igualdad del valor moral de las personas no es algo propio de los cosmopolitas. Lo propio de los cosmopolitas es la aceptación de que este igual valor moral es el factor más relevante desde el punto de vista moral a la hora de tomar decisiones<sup>25</sup>. La defensa de los principios de igualdad moral de los individuos se defienden destacando que la cultura, la nacionalidad, la ciudadanía, etc. no pueden ser factores que contribuyan a otorgar preferencia moral a unos individuos por sobre otros<sup>26</sup>. Como veremos más adelante, la propuesta de Nussbaum desarrolla especialmente este argumento, rechazando que el alcance de los principios de la justicia pueda establecerse aceptando que las fronteras que delimitan a los grupos puedan tener valor moral.

---

<sup>21</sup> Para Beck la mirada cosmopolita implica "[...] sentido del mundo, sentido de la ausencia de fronteras. Quiere decir una mirada cotidiana, históricamente despierta y reflexiva, una mirada dialógica a las ambivalencias que existen en el entorno caracterizado por las diferenciaciones en el proceso de desaparición y las contradicciones culturales", véase: U. BECK. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Barcelona, 2015, p.12.

<sup>22</sup> Para Pérez de la Fuente, lo que caracteriza al cosmopolitismo es "un particular análisis que replantea las habituales connotaciones de los discursos identitarios y, en especial, de las visiones de la alteridad, defendiendo como horizonte moral relevante a la Humanidad en su conjunto", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, pp. 70-71. La virtud cosmopolita, en este sentido, "comprende una serie de prácticas y disposiciones morales que sirven para negar como fundamentación moral válida al etnocentrismo y, a la vez, negar la fundamentación moral válida al relativismo", en: *Ibídem*, p.71.

<sup>23</sup> F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p.34.

<sup>24</sup> M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo". En: VV.AA. *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía cosmopolita"*. Paidós, Barcelona, 2013, p.14.

<sup>25</sup> F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, *cit.*, p.36.

<sup>26</sup> *Ídem*.



b) Ética de la alteridad: La propuesta cosmopolita supone asumir una ética de la alteridad<sup>27</sup> en el sentido de considerar la importancia del otro, no rechazando la otredad de los otros, sino reconociéndola en un horizonte de igualdad asumida<sup>28</sup>. Como destaca Beck, la pregunta central del cosmopolitismo se vincula a responder ¿qué piensas de la otredad de los otros?<sup>29</sup>. La valoración del otro se logra a través de una distancia irónica de la propia tradición, lo que supone valorar al otro sin abandonar la propia identidad<sup>30</sup>. En este sentido, Nussbaum desmitificando las críticas dirigidas hacia el cosmopolitismo referidas a su incompatibilidad con la idea de "identidades" y, refiriéndose a los estoicos, indica que asumir el cosmopolitismo no implica renunciar a las identificaciones locales, por el contrario, significa pensarnos como seres rodeados de "una serie de círculos concéntricos", donde estaría el yo, la familia, los grupos locales, los conciudadanos, los compatriotas, etc. Alrededor de estos círculos estaría el mayor de todos, que es la humanidad completa<sup>31</sup>.

## 1.2.- Mirada cosmopolita y movilidad humana

En torno a la migración, la mirada cosmopolita desarrolla dos debates que resultan relevantes. Por una parte, la tensión que existe entre ciudadanía, nacionalidad y derechos y, por otra, releva el papel de la solidaridad en relación a los no nacionales.

### 1.2.1- Nacionalidad, ciudadanía y derechos

En cuanto a la primera cuestión que vincula la filosofía del cosmopolitismo y la migración, encontramos propuestas que se refieren a la tensión que existe entre la ciudadanía asociada a la nacionalidad y la garantía universal de los derechos humanos. Respecto de esta problemática me referiré a las propuestas que realizan Martha Nussbaum, Seyla Benhabib y Jürgen Habermas. Aunque los tres

---

<sup>27</sup> Ética de la alteridad entendida como otorgar "valor moral genuino en el ejercicio de la sensibilización, reflexibilidad y aprendizaje a partir de la visión del otro", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.86. Esto supone, desde la perspectiva cosmopolita, "alejarse tanto de los excesos del etnocentrismo como de los excesos del relativismo, en tanto sitúa al otro en el momento genuinamente ético mediando el elemento de la reciprocidad", véase: *Ibidem*, pp.87-88.

<sup>28</sup> U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.72.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.70.

<sup>30</sup> O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.82.

<sup>31</sup> M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, pp.27-28.

abordan la problemática desde diversas perspectivas<sup>32</sup>, Nussbaum en relación a la disyuntiva entre cosmopolitismo y patriotismo<sup>33</sup>, Benhabib analizando la universalidad de los derechos<sup>34</sup> y Habermas estudiando la crisis del Estado-nación<sup>35</sup>, estos tres autores dan cuenta de la paradoja entre la exigencia de derechos universales y la definición de los Estados-soberanos de criterios de pertenencia a la comunidad política, con el consecuente desarrollo de privilegios, o "entre los principios expansivo e inclusivo del universalismo moral y político, anclado en los derechos humanos universales y las concepciones particularistas y excluyentes del cierre democrático"<sup>36</sup>.

Martha Nussbaum en su ensayo sobre "Patriotismo y cosmopolitismo" desarrolla un concepto de "ciudadanía cosmopolita"<sup>37</sup>, que consistiría en aquel concepto que entiende que la ciudadanía no puede fundarse en la nacionalidad como vínculo de pertenencia a una comunidad política, sino que "en la medida en que se basa en la titularidad de unos derechos inalienables ejercidos en el espacio público, los derechos ciudadanos deben extenderse a todos aquellos que comparten dicho espacio"<sup>38</sup>. Los fundamentos de esta ciudadanía cosmopolita se encontrarían en la afirmación de Nussbaum que postula la irrelevancia moral de las fronteras: "el accidente de donde se ha nacido no es más que esto, un accidente; todo ser humano ha nacido en alguna nación. Una vez admitido esto [...] no debemos permitir que las diferencias de nacionalidad, clase, de pertenencia étnica o incluso de género erijan fronteras entre nosotros y ante sus semejantes"<sup>39</sup>. Siguiendo con esta argumentación la autora plantea que a las fronteras se les ha dado un "falso aire de gloria y peso moral"<sup>40</sup>. Lo que merece

<sup>32</sup> Y también desde diferentes posiciones, mientras que Nussbaum y Habermas serían liberales deudores de la tradición kantiana (globalismo liberal), Benhabib es caracterizada como una autora representante de un cosmopolitismo alternativo y dialógico, véase: F. ARCOS. "El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2013, pp.255-290.

<sup>33</sup> M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*

<sup>34</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*

<sup>35</sup> J. HABERMAS. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Paidós, Barcelona, 2000.

<sup>36</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*, p.24.

<sup>37</sup> M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, p.26.

<sup>38</sup> N. MILLÁN. "Una doctrina cosmopolita para un mundo interdependiente". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013, p.19.

<sup>39</sup> M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, p.28.

<sup>40</sup> *Ibídem*, p.30. Esta propuesta no implica, como destaca Beck una propuesta postmoderna de negación de la existencia de fronteras, sino más bien, se plantea cómo "construir fronteras de otra clase, específicas según el contexto, variables, plurales, teniendo en cuenta que la soberanía del Estado pierde su univocidad", véase: U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.87.



respeto es la humanidad en su conjunto. Esto no significa la negación de las identidades ni de su importancia, pues como vimos a propósito de la igualdad moral de los sujetos, Nussbaum indica que nos debemos pensar como seres rodeados de una serie de círculos concéntricos (de lo local a lo global), donde el círculo mayor está conformado por la humanidad entera<sup>41</sup>. El reconocimiento del igual valor moral de las personas en la explicación de Nussbaum tiene consecuencias prácticas en la forma en que se reacciona frente a lo diferente.

Por su parte, Benhabib, tomando los planteamientos de Hannah Arendt<sup>42</sup>, reivindica el derecho de todo ser humano a “tener derechos”, es decir, ser una persona *legal*, con ciertos derechos inalienables, no importando cual sea su condición de membresía política<sup>43</sup>. La perspectiva de Benhabib se vincula con una determinada ética discursiva y su planteamiento respecto de la integración en los discursos<sup>44</sup>.

Siendo crítica del planteamiento kantiano que se limita a las condiciones de hospitalidad universal en relación a los residentes temporarios, la autora plantea que el derecho del residente a ser miembro de la comunidad política debe verse como un derecho humano<sup>45</sup>. Para Benhabib, la solución a la tensión planteada inicialmente pasa por incorporar los derechos de ciudadanía a un régimen universal de derechos humanos. Para la autora esto seguiría sujeto a ciertas condiciones “los términos y condiciones bajo los cuales puede otorgarse la condición de miembro a largo plazo siguen siendo prerrogativa del soberano republicano. Pero aquí también deben respetarse las condicionantes que imponen los derechos humanos, tales como la no discriminación y el derecho del inmigrante a un debido proceso”<sup>46</sup>. En este punto Benhabib también es crítica con Arendt, pues plantea que su desarrollo conceptual del “derecho a tener derechos” deja inconclusa la tensión que se presenta cuando ese derecho se entiende en el marco del

---

<sup>41</sup> M. NUSSBAUM. “Patriotismo y cosmopolitismo”, *cit.*, p.29. Asimismo, plantea que el énfasis en lo común no entraña la eliminación de la diversidad ni la preocupación moral por los parientes o los cercanos. Una cuestión es que nos preocupemos de lo local porque es una forma sensata de hacer el bien y otra es que pensemos que lo local es *per sé* mejor, véase: M. NUSSBAUM. “Réplica”. En: VV.AA *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, *cit.*, p.172.

<sup>42</sup> H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, *cit.*

<sup>43</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*, p.15.

<sup>44</sup> “Cada persona y todo agente moral que tiene intereses y a quienes mis acciones y las consecuencias de mis acciones puede impactar y afectar de una manera u otra, es potencialmente participante en la conversación moral conmigo: tengo la obligación moral de justificar mis acciones con razones ante este individuo o los representantes de este ser”, *Ibidem*, p.21.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>46</sup> *Ídem*.

Estado-nación<sup>47</sup>. Al igual que Kant, Benhabib destaca que Arendt no repara en el hecho de que cualquier decisión de la comunidad política generará criterios de exclusión pues la paradoja de la autodeterminación democrática "lleva al soberano democrático a la autoconstitución así como a la exclusión"<sup>48</sup>.

¿Cómo escapa Benhabib a estos dilemas? La autora plantea que el tránsito desde una soberanía autoreferencial hacia una soberanía relacional está dada por considerar que en el contexto de la comunidad mundial la interacción entre estados e individuos exige negociaciones a través de iteraciones democráticas, que en definitiva permitan que las distinciones entre "ciudadanos" y "extranjeros", "nosotros" y el "otro", sean fluidas y negociables. Esta negociación permanente permite avanzar hacia una sociedad donde todos los seres humanos –solo por su humanidad– están bajo la red de derechos universales, reduciéndose poco a poco los privilegios excluyentes de la membresía<sup>49</sup>. La autora no niega la existencia de la soberanía estatal, sino que establece que ésta es relacional y, por tanto, exige negociación<sup>50</sup>.

La membresía, desde la perspectiva de la autora, es un derecho que se puede argumentar desde una justificación de los derechos basada en las libertades comunicativas. Benhabib lo explica de la siguiente manera: "Si usted y yo entramos en un diálogo moral y yo soy miembro de un Estado del cual usted busca ser miembro y no lo es, entonces debo poder mostrarle con buen fundamento, con un fundamento que sería aceptable para ambos igualmente, por qué no puede nunca pertenecer a nuestra asociación y convertirse en uno de nosotros. Deben ser fundamentos que usted aceptaría si estuviera en mi situación y yo en la suya. Nuestras razones deben ser recíprocamente aceptables; deben aplicarse por igual a cada uno de nosotros"<sup>51</sup>. ¿Hay tal fundamento? La autora plantea que no, pues al aceptar algún

<sup>47</sup> *Ibídem*, p.56.

<sup>48</sup> *Ibídem*, p.57. Pérez de la Fuente también se refiere a la paradoja democrática en relación a la migración: "La paradoja democrática supone afirmar que existe un déficit de representación entre la comunidad social y la comunidad política de ciudadanos", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes". En: I. CAMPOY. (ed). *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la migración*, cit., p.253.

<sup>49</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.26.

<sup>50</sup> La autora utiliza el concepto de "iteración democrática" para entender estos contextos de negociación. Las iteraciones democráticas son "procesos complejos de argumentación, deliberación e intercambio público a través de los cuales se cuestionan, contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derechos universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil", en: S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.130.

<sup>51</sup> *Ibídem*, p.103.

fundamento se estaría reduciendo la capacidad de ejercer la libertad comunicativa a aquellas características que le fueron dadas a las personas por accidente y que no fueron elegidas (como la raza, género, religión, etnicidad, etc.)<sup>52</sup>.

Introduciéndose en el debate del nacionalismo, la autora entra en diálogo con Walzer<sup>53</sup> y critica su visión relativa a la importancia del "cierre" como determinante para mantener la distintividad de grupos y culturas y las consecuencias que esta determinación tiene para las políticas de migración (es decir, no existiría ninguna obligación moral de facilitar la naturalización). Indica que no es correcto plantear el debate en términos de sostener que entre el dualismo entre los principios universales de derechos humanos y las exigencias de autodeterminación soberana se debería inclinar siempre la balanza a favor de la autodeterminación colectiva (como lo plantearía Walzer), sino que más bien hay que observar que en las sociedades actuales las tradiciones culturales consisten en narrativas de interpretación, reinterpretación, apropiación y subversión<sup>54</sup>. El error consistiría en confundir el *ethnos* con el *demos*.

Finalmente, Habermas, aborda la problemática que tratamos en el contexto de su análisis de la crisis del Estado-nación y lo que el llama la "constelación posnacional"<sup>55</sup>. El autor plantea que frente a la globalización se han desarrollado dos retóricas "la imagen del señor territorial al que se le escapa de las manos el control de sus fronteras ha hecho entrar en liza estrategias retóricas contrapuestas"<sup>56</sup>. Por una parte, una retórica defensiva que parte de la función de protección que resulta del monopolio de la fuerza que tiene el Estado para poder mantener la ley y el orden en su territorio (voluntad política de cierre). Esta retórica defiende una pasión proteccionista que se opone a las amenazas externas, que se asocian no solo al terrorismo o la economía, sino también a todo lo extranjero, los emigrantes y las oleadas de refugiados<sup>57</sup>. Por otra, la pasión libertaria saluda la apertura de las fronteras, tanto las territoriales como las sociales, abogando por una liberación de los sometidos a la autoridad normalizadora de las regulaciones estatales<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> *Ídem*. Este argumento es similar al planteado por Nussbaum que vimos anteriormente y que se refiere a la arbitrariedad moral de las fronteras.

<sup>53</sup> M. WALZER. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

<sup>54</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.91.

<sup>55</sup> J. HABERMAS. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, cit., pp. 59-166.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p.108.

<sup>57</sup> *Ídem*.

<sup>58</sup> *Ídem*.

En la disyuntiva entre estas alternativas, el autor propone una política transnacional que amarre y limite las redes globales. La globalización fuerza al Estado-nación a abrirse, en su interior, a una pluralidad de formas de vidas culturales nuevas o extrañas y, al mismo tiempo, restringe la capacidad de acción de los gobiernos nacionales ya que fuerza a los Estados soberanos a abrirse a otros Estados<sup>59</sup>. En cuanto al trinomio nacionalidad-ciudadanía-derechos, Habermas destaca que tal y como se ha construido el Estado moderno, el concepto de identidad nacional, asociada a la idea de pueblo como una comunidad política que genera lazos comunes a partir de una historia común, decanta jurídicamente en la noción de ciudadano/a, y son los ciudadanos/as quienes configuran las leyes que los gobiernan y, en ese entendido, generan lazos de solidaridad conjunta y obediencia al derecho. En este sentido, la auto-conciencia nacional, se ha construido en base a la igualdad de los ciudadanos/as en el Estado democrático<sup>60</sup>. El planteo cosmopolita, sin embargo, intenta superar estas cuestiones planteando, entre otros fundamentos, que la identidad nacional explicada en el sentido anterior es una construcción artificial favorecida por el derecho y la cultura de masas y, por ello, "son precisamente las artificiales condiciones de la aparición de la conciencia nacional las que hablan en contra del supuesto derrotista de que la solidaridad entre ciudadanos extraños solo puede producirse dentro de las fronteras de una nación"<sup>61</sup>.

Habermas sostiene que la solidaridad es un proceso de aprendizaje que puede ser favorecida por la autocomprensión normativa de la modernidad asociada a un universalismo igualitario, pero esta vez no vinculada a la noción de ciudadano asociada a un Estado-nación determinado<sup>62</sup>. La auto-conciencia común no podría estar vinculada a la ética y política tomada de otras tradiciones, sino que requiere de una autocomprensión jurídico-moral<sup>63</sup>, que en el marco normativo, son los derechos humanos. En relación al disfrute de los derechos, esto supondría para Habermas plantearse dos opciones: "Podemos representarnos la extensión universal de los derechos humanos de la siguiente forma: todos los Estados existentes transforman sus Estados democráticos de derecho –no sólo nominalmente-, mientras a cada individuo se le concede el derecho a elegir una nacionalidad. Evidentemente, estamos muy lejos de alcanzar este objetivo. Una

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.112.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.133.

<sup>61</sup> *Ídem*.

<sup>62</sup> Como señala Habermas, "esta autocomprensión ético-política de los ciudadanos de una determinada comunidad política es la que le falta a una comunidad de ciudadanos del mundo inclusiva", véase: *Ibidem*, p.140.

<sup>63</sup> *Ídem*, p.140.

alternativa podría consistir en que cada uno, como ciudadano del mundo, alcanzara un directo y efectivo disfrute de los derechos humanos<sup>64</sup>. Para el autor, en este sentido, frente a la tensión que representa la construcción actual de la ciudadanía, la propuesta estaría basada en la construcción de una ciudadanía cosmopolita. La plasmación de estos conceptos en la materia que trata este estudio, lleva entonces a reconsiderar el modelo de ciudadanía vigente que se fundamenta sobre el concepto de Estado nación de tal forma que los derechos y deberes se encuentran asociados a la pertenencia a un Estado.

En definitiva, como hemos visto en el planteamiento de los/as autores/as referidos/as, la crítica cosmopolita al planteamiento tradicional de la relación entre ciudadanía-nacionalidad-derechos, pasa por la necesidad de hacer efectiva la garantía de los derechos con independencia de la membresía política de las personas. Aunque esto se fundamenta de diversas maneras (irrelevancia moral de las fronteras, ampliación del *demos* o la universalidad de los derechos humanos), lo cierto es que la crítica cosmopolita exige priorizar el análisis del alcance de aquellas propuestas de redefinición de los privilegios de la ciudadanía o la nacionalidad<sup>65</sup>.

### 1.2.2- Solidaridad global

La perspectiva de la solidaridad global es otra materia de la que se ocupa la mirada cosmopolita. Como destaca Pérez de la Fuente, el cosmopolitismo como virtud moral desarrolla la "ética de la alteridad, una distancia irónica de la propia tradición, el diálogo y la crítica transcultural, un compromiso con la paz y , también, un replanteamiento los habituales enfoques sobre la solidaridad humana"<sup>66</sup>.

La solidaridad cosmopolita intenta justificar porqué tenemos obligaciones respecto de otros que no son nuestros connacionales, es decir, justifica obligaciones que atraviesan las fronteras. Permite responder a las preguntas ¿cuáles son los deberes de un Estado frente a inmigrantes y refugiados? La virtud cosmopolita redefine los lazos de solidaridad y el comportamiento virtuoso en este contexto, lo que se manifiesta en ciertos deberes positivos respecto de las alteridades, más allá del círculo del nosotros<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p.153.

<sup>65</sup> J. DE LUCAS. "Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde Principia Iuris de L. Ferrajoli". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013, pp.101-124.

<sup>66</sup> O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.97.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp.97-100.

El punto de partida de esta perspectiva la encontramos en Kant y su postulado de la hospitalidad universal<sup>68</sup>. Para Kant ésta no debe entenderse como una virtud de generosidad, sino como un derecho que pertenece a todos los seres humanos en la medida que los veamos como participantes de la república mundial<sup>69</sup>. Este derecho implicaría el no recibir un trato hostil por el mero hecho de llegar al territorio del otro y sería un derecho que se encontraría en el sitio intermedio entre derechos humanos universales y derechos civiles asociados a la condición de ciudadano/a. Para Kant este derecho sería para aquellos residentes temporarios, sin embargo, no permitiría fundamentar la extensión de esta calidad hacia una de pertenencia definitiva a la comunidad política. Esto último seguiría siendo prerrogativa legal del Estado soberano. Benhabib destaca que el planteamiento kantiano de hospitalidad universal correspondería a un deber moral imperfecto de ayudar y ofrecer refugio<sup>70</sup>.

Esta perspectiva kantiana ha sido revisada en el desarrollo del concepto de la solidaridad cosmopolita y se plantea que el cosmopolitismo de Kant, en este sentido, sería "light" no siendo compatible con derechos humanos universales<sup>71</sup>. A partir de esta consideración, las teorías contemporáneas que revisan el planteamiento kantiano van más allá de la noción de hospitalidad y se fundamentan en la constatación de redes de interdependencia extensas que trascienden el Estado céntrico delimitado territorialmente<sup>72</sup>. En efecto, las teorías neokantianas y sus análisis en relación a la migración se basan en teorías redistributivas a nivel global. La agenda del cosmopolitismo moral contemporáneo viene incluyendo no sólo la defensa de la universalidad de los derechos civiles y políticos, sino también la de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>73</sup>. Fiss, aterrizando la problemática planteada, indica que el problema con la migración y los derechos se da principalmente por las distinciones que realizan los Estados en relación al disfrute de derechos sociales y que conllevan una especie de "discapacidad social", al establecer prohibiciones para trabajar, o negaciones de servicios médicos. Todas estas exclusiones

---

<sup>68</sup> El tercer artículo definitivo para la paz perpetua se expresa de la siguiente manera: "El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de una hospitalidad general", véase: I. KANT. *La paz perpetua*, cit., p.32.

<sup>69</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.30.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.36.

<sup>71</sup> R. SANTIAGO. "Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano", cit., p.14.

<sup>72</sup> S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.37.

<sup>73</sup> F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.19.



generan la creación de “castas” de población en relación a las instituciones sociales y los inmigrantes corren el riesgo de convertirse en “parias”<sup>74</sup>.

En las propuestas contemporáneas de cosmopolitismo que desarrollan la solidaridad global podemos encontrar el cosmopolitismo de Pogge y Singer<sup>75</sup>. En general estas posiciones se oponen a aquellas que consideran que si bien la igualdad es una exigencia fundamental de la justicia, los deberes que derivan de esta sólo imperan en las relaciones entre conciudadanos o compatriotas<sup>76</sup>.

Singer, desarrolla una ética vinculada a los deberes para con la humanidad, entendidas como exigencias independientes de cualquier vínculo o interacción especial entre las personas. Es decir, surgen de la preocupación “que hemos de tener por las necesidades básicas de todas las personas por el mero hecho de serlo”<sup>77</sup>. La tesis central de Singer consiste en sostener que “los intereses de todas las personas deben contar por igual y que la localización geográfica y la ciudadanía no tienen valor por sí mismos a la hora de determinar los derechos y las obligaciones de los individuos”<sup>78</sup>. La propuesta del autor implica la ampliación de nuestro círculo moral, basado en un universalismo imparcial, es decir, la motivación para expandir el círculo se basa en la razón. Pero la propuesta de Singer no implica una obligación de ayudar sin límites, por una parte estaría el límite de la satisfacción de las propias necesidades básicas y la de los parientes<sup>79</sup> y, por otra, la de la equivalencia del sacrificio (cuando el sacrificio es moralmente comparable al mal que podemos evitar ayudando). Aplicando estas perspectivas a la temática de la migración, en su “Ética práctica”<sup>80</sup>, Singer dedica un título a la migración y el refugio. En este capítulo el

<sup>74</sup> O. FISS. “El inmigrante como paria”. En: *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. Fontamara, México D.F., 2008, pp.29-44.

<sup>75</sup> Aunque ambos autores pueden ser distinguidos como representantes de diversos cosmopolitismos (cosmopolitismo de la “justicia” y cosmopolitismo de la “humanidad”, sobre esta distinción, véase: Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., pp.43-49), a efectos del análisis del cosmopolitismo en relación con la migración, en ambos perspectivas podemos encontrar fundamentos para sostener deberes en relación a los no nacionales.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.44.

<sup>78</sup> P. SINGER. “Poverty, Facts and Philosophies. A response to more than charity”. *Ethics & International Affairs* vol. 16, núm. 2, 2002, p.121.

<sup>79</sup> Aunque la justificación de esto sería solo un medio para conseguir el mejor resultado imparcialmente considerado, estableciendo un sistema de responsabilidades que de otro modo sería imposible de lograr, véase: Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.99.

<sup>80</sup> P. SINGER. *Ética Práctica*. Cambridge University Press, 2ª edición en español, Gran Bretaña, 1995.

autor destaca que el tema del refugio<sup>81</sup> es un ámbito donde se pueden poner en práctica las discusiones acerca de los límites de nuestra comunidad moral. Frente a esta cuestión Singer se pregunta, ¿es éticamente justificable la diferencia de trato a los residentes y no residentes?<sup>82</sup> En atención a su posición respecto de la existencia de deberes hacia la humanidad que hemos explicado, Singer argumenta que bajo la consideración de la igualdad de intereses entre quienes solicitan la entrada a un país y los miembros de la comunidad, existiría una obligación de aceptar el ingreso de personas hasta que el sacrificio de la comunidad pueda ser ciertamente (y no especulativamente) similar al daño que se quiere evitar con la no aceptación de refugiados e inmigrantes<sup>83</sup>.

Pogge frente a la pregunta de ¿qué le debemos a los otros? Parte por fundamentar que el origen de las obligaciones se basa en constatar que estamos relacionados con los otros no solo por nuestra pertenencia común a la "humanidad", sino también porque somos "sostenedores y beneficiarios de un orden institucional global que contribuye sustancialmente a su empobrecimiento"<sup>84</sup>. A diferencia de Singer (cosmopolita de los "deberes de humanidad"), Pogge desarrolla su fundamentación basado en "deberes de justicia" derivados de responsabilidades comunes. En este sentido, siguiendo la línea kantiana, este tipo de cosmopolitismo basa los deberes en el resultado de las interacciones y la interdependencia de los individuos<sup>85</sup>. La propuesta de Pogge se enmarca también en lo que el cosmopolitismo explica como la existencia de una "globalidad de espacios de la experiencia", es decir, la existencia de espacios comunes de interacción que nos afectan a todos/as de manera igualitaria (por ejemplo, el cambio climático), lo que implica la adopción de respuestas comunes que trasciendan las fronteras. Como destaca Beck, la globalidad de los espacios de la experiencia surge de la infracción de normas que aseguran la

---

<sup>81</sup> Aunque Singer trata el tema del refugio y no específicamente el de la migración irregular, sus reflexiones también pueden ser aplicables a estos casos, pues el mismo autor desarrolla una argumentación que destaca la inconveniencia de distinguir entre refugio tal y como ha sido definido en el ámbito de Naciones Unidas y las migraciones que se producen, por ejemplo, por motivos económicos o ambientales, véase: *Ibídem*, p.312.

<sup>82</sup> *Ibídem*, p.315.

<sup>83</sup> *Ibídem*, p. 326.

<sup>84</sup> "But the debate ignores that we are also and much more significantly related to them as supporters of, and beneficiaries from, a global institutional order that substantially contributes to their destitution", véase: T. POGGE. "Moral universalism and global economic justice". *Politics, philosophy & economics*, núm. 1, 2002, p.50.

<sup>85</sup> Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.121.

supervivencia moral de todos y de la percepción de que las consecuencias lo son para todos<sup>86</sup>.

En relación a las migraciones, Pogge desarrolla estas ideas sosteniendo que "las terribles condiciones de vida en el extranjero están causadas –mayoritariamente– por la exclusión económica de los pobres globales practicada por los ciudadanos y los gobernantes de los países ricos"<sup>87</sup>. Para la gestión de esta problemática –desde la perspectiva de la eficiencia– Pogge sostiene que la mejor manera de colaborar en la superación de la pobreza global sería la cooperación con países pobres (antes que políticas de apertura de fronteras)<sup>88</sup>, sin que ello implique que respecto de los inmigrantes que ya se encuentran en los países no se tenga una especial consideración (por la responsabilidad moral que se tendría hacia los extranjeros necesitados), que considere mayor admisión de extranjeros y la igualdad de ciudadanía para los que ya están<sup>89</sup>.

En definitiva, las propuestas del cosmopolitismo que buscan redefinir los contornos de la solidaridad global, tienen implicancias directas en temas de movilidad humana, pues se argumenta sobre la base de la apertura de las fronteras de nuestra comunidad moral.

## **2.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Sobre movilidad humana la Corte IDH se ha pronunciado tanto a través de su jurisprudencia contenciosa, como en opiniones consultivas<sup>90</sup>. En este trabajo en particular, y con el objeto de analizar la perspectiva que asume la Corte IDH frente a la protección de los derechos humanos por parte de los Estados en relación a no nacionales, analizaré dos situaciones: a) nacionalidad y apatridia y b) derechos de los inmigrantes en situación administrativa irregular.

### **2.1- Nacionalidad y apatridia**

Sobre la cuestión de la nacionalidad, la apatridia y su vinculación con el goce y ejercicio de derechos humanos encontramos dos

---

<sup>86</sup> U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global, cit.*, p.77.

<sup>87</sup> T. POGGE. "Migraciones y pobreza". *Arbor*, núm. 744, 2010, p. 580.

<sup>88</sup> Para Pogge los esfuerzos deberían estar destinados a la creación de un programa de erradicación de la pobreza global, véase: *Ibídem*, p.572.

<sup>89</sup> *Ibídem*, p.571.

<sup>90</sup> Una compilación de la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH en materia de migración puede ser consultada en: Corte IDH. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Migrantes*. San José: Corte IDH, 2015. Disponible en:

<<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>>

pronunciamientos relevantes de la Corte IDH: el caso "niñas Yean y Bosico"<sup>91</sup> y el caso de "personas haitianas y dominicanas expulsadas"<sup>92</sup>, ambos contra República Dominicana.

Sin embargo, un primer antecedente sobre estas materias en el seno de la Corte IDH lo encontramos en la Opinión Consultiva N°4 sobre naturalización solicitada por Costa Rica<sup>93</sup>. En dicha oportunidad el Gobierno de Costa Rica consulta a la Corte IDH sobre la compatibilidad de una propuesta de reforma a las normas de naturalización y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). Para dilucidar la cuestión la Corte IDH parte por plantear su perspectiva en relación al derecho a la nacionalidad e indica:

"La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos"<sup>94</sup>.

En esta primera aproximación la Corte IDH es cauta y solo establece como potenciales violaciones al derecho a la nacionalidad la privación arbitraria de la misma<sup>95</sup>, pero no se refiere ni entra en el debate en cuanto a los requisitos para su obtención. En esto, deja amplio margen de apreciación a los Estados. En este amplio margen de apreciación la Corte IDH considera como válidos requisitos tales como la adhesión a los valores sociales:

"En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado *con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente*. En

---

<sup>91</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

<sup>92</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

<sup>93</sup> Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párr. 32.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párr.42.

tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, *aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense*<sup>96</sup>.

Para la Corte IDH la adhesión a principios y valores estatales puede justificar políticas que establezcan requisitos menos estrictos de membresía para aquellos que compartan lazos históricos comunes:

"A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar"<sup>97</sup>.

Esta perspectiva inicial que asume la Corte IDH ciertamente se encuentra lejos de la perspectiva cosmopolita que hemos analizado. Si bien la mirada cosmopolita no niega un margen de soberanía para los Estados para la concesión de la nacionalidad, plantea como virtud la consideración de otras culturas y la necesaria distancia de la propia tradición y pone en el centro el valor de las personas como parte de la humanidad en su conjunto<sup>98</sup>. Como veíamos a propósito de la perspectiva de Beck, la mirada cosmopolita supone incorporar la otredad<sup>99</sup>. Esta mirada inicial de la Corte IDH parece acercarse más a una perspectiva que convalida el cierre sistémico aludiendo a la importancia de la cohesión social en torno a determinados valores comunes y compartidos<sup>100</sup>. Es lo que Benhabib llama la confusión del

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr.59. El destacado es propio.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párr.60.

<sup>98</sup> O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.71. En efecto, la virtud cosmopolita supone una ética de la alteridad que no supone renunciar a las propias creencias, pero si una "actitud abierta y crítica frente a los valores", véase *Ibidem*, p.92.

<sup>99</sup> U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.72.

<sup>100</sup> Como señala Walzer es legítimo que la restricción se base en "defender la libertad y el bienestar, las políticas y cultura de un grupo de gente comprometida entre sí y con su propia vida en común", véase: M. WALZER *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, *cit.*, p.51.

*demos* con el *ethnos*<sup>101</sup> y es lo que Nussbaum critica a propósito del patriotismo<sup>102</sup>.

Sin embargo, como veremos en los casos contra República Dominicana más recientes, la Corte IDH se vuelve más exigente, adiciona límites a la discrecionalidad y, en definitiva, va asumiendo una mirada más cosmopolita. Antes de analizar en concreto las consideraciones de la Corte IDH en los casos dominicanos, es necesario realizar algunas explicaciones del contexto en que se dan estos casos.

La migración haitiana hacia República Dominicana inicia a comienzos de la década de 1920 con grandes desplazamientos de población para trabajar en los campos azucareros. Los migrantes haitianos se asentaron en República Dominicana de manera permanente y constituyeron familia con hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos con ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en República Dominicana<sup>103</sup>. La mayoría de estas personas vive en condiciones de extrema pobreza en zonas conocidas como “bateyes”, con limitado acceso a servicios públicos. La Corte IDH en estos casos constata además que la población de origen haitiano sufre de una discriminación estructural basada en su color de piel y en el origen nacional<sup>104</sup>.

Uno de los mayores problemas –y es en el que se centran los casos que analizaré– son los referidos al acceso a documentación de identificación y prácticas de expulsiones masivas del país. Esto se da porque los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana –en su mayoría– recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos/as nacidos, considerando que las madres dan a luz en el hogar y por el temor a ser deportados al estar en presencia de funcionarios del hospital o la policía<sup>105</sup>.

En el caso de las niñas Yean y Bosico, ambas nacieron en República Dominicana y tenían ascendencia haitiana por parte de padre y abuelo materno. Sus madres iniciaron el proceso de inscripción tardía

<sup>101</sup> Cuando Benhabib nos plantea, ¿es posible encontrar una justificación razonable para ambas partes para la negación de la membresía basada en circunstancias que no hemos elegido (como la raza o la etnia)? Se refería precisamente a este tipo de situaciones. La perspectiva cosmopolita de Benhabib no permite una justificación moralmente válida basada en circunstancias arbitrarias como la que plantea la Corte IDH en este caso.

<sup>102</sup> Nussbaum, Martha. “Patriotismo y cosmopolitismo”, *cit.*

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 109.1.

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.159.

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 109.10.



en el registro de nacimiento en el año 1998 y solo en el año 2001 –por medidas solicitadas por la CIDH- se les otorgó el acta de nacimiento. En República Dominicana (a la fecha de los hechos del caso) la nacionalidad se rige por el principio de *ius solis*, con la excepción de hijos/as de personas en representación diplomática y personas transeúntes<sup>106</sup>. En el caso de las niñas, la nacionalidad fue denegada por considerar a sus padres -trabajadores migratorios haitianos- como transeúntes.

A propósito de este caso, la Corte IDH vuelve sobre el estándar que había fijado en el la Opinión Consultiva respecto de Costa Rica, pero adiciona otros elementos limitativos a la discrecionalidad del Estado respecto de la concesión del estatuto de nacionalidad. Señala la Corte:

“La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una *protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación* y, por otro lado, por su deber de *prevenir, evitar y reducir la apatridia*”<sup>107</sup>.

“Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia

---

<sup>106</sup> En el año 2010 se publicó una reforma constitucional que estableció que “[s]on dominicanas y dominicanos [...] las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros [...] que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas”. De esta manera, además de la categoría “transeúnte” que fue aquella utilizada para extender la prohibición de obtención de la nacionalidad a hijos/as de personas en situación migratoria administrativa irregular, se agrega expresamente como causal la irregularidad migratoria de los padres.

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr.140. El destacado es propio. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.256.

imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”<sup>108</sup>.

Respecto de esta argumentación de la Corte IDH hay dos elementos que resultan interesantes a la luz de las cuestiones que hemos desarrollado a propósito de la perspectiva cosmopolita. En primer lugar, en línea similar al concepto desarrollado por Hannah Arendt respecto al “derecho a tener derechos”, la Corte IDH reconoce la importancia que tiene la nacionalidad para el goce de derechos y la situación de vulnerabilidad que genera su ausencia. Como nos recordara Arendt –en la práctica- la pérdida de los derechos nacionales implica la pérdida de los derechos humanos<sup>109</sup>. Como señala la Corte IDH, la vulnerabilidad derivada de la apatridia compromete el libre desarrollo de la personalidad, “ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares [las niñas] se vio imposibilitado”<sup>110</sup>.

La relación directa entre la existencia de una nacionalidad y la posibilidad real de ejercer derechos humanos queda de manifiesto cuando la Corte IDH constata que la situación de la apatridia trajo consigo, por ejemplo, la imposibilidad de estudiar para una de las niñas. Al respecto, la Corte IDH concluye que “la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad”<sup>111</sup>.

En segundo lugar, la proscripción de la apatridia en concepto del tribunal interamericano, no solo se vincula a la posibilidad de que una persona pueda tener formalmente una nacionalidad, sino que efectivamente pueda hacerla práctica. Una garantía efectiva de los derechos humanos –asociada a la obtención de la nacionalidad- pasa por considerar los factores reales de ejercicio de los derechos. En este sentido, esta interpretación de la Corte IDH considera a la persona y las condiciones reales de ejercicio de sus derechos, más allá de las consideraciones soberanas. Hay un reconocimiento implícito de que no se puede otorgar valor moral (y jurídico) a la circunstancia de no poder acceder a otra nacionalidad, cuestión –que como destacara Nussbaum- sería un mero accidente<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> *Ibidem*, párr.142. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.257.

<sup>109</sup> H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p.424.

<sup>110</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 167.

<sup>111</sup> *Ibidem*, párr.186.

<sup>112</sup> M. NUSSBAUM. “Patriotismo y cosmopolitismo”, cit., p.28.

Asimismo, la Corte IDH considera que tampoco se puede considerar como un factor la condición migratoria de los padres para denegar la nacionalidad a sus hijos/as:

“De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, *ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*

b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y

c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”<sup>113</sup>.

La condición migratoria de los padres, como circunstancia para denegar la nacionalidad a las niñas en este caso también sería un argumento que no puede ser utilizado desde una perspectiva cosmopolita. Además de ser un “accidente”, no es un argumento aceptable para denegar la membresía si aplicamos la “regla de oro” que utiliza Benhabib cuando argumenta a favor de este derecho: no sería una razón aceptable para una persona si estuviera también en dicha circunstancia. Cuando la Corte IDH señala además que la condición migratoria no puede ser una excusa para privar del goce y ejercicio de los derechos, el tribunal interamericano asume nuevamente una perspectiva comprometida con la universalidad de los mismos. El “derecho a tener derechos” –que en la práctica se asimila a tener una nacionalidad- es entendido como universal y es garantizado por el tribunal.

Esta cuestión es profundizada y argumentada con mayor detalle en el “caso de las personas haitianas y dominicanas expulsadas” del año 2014<sup>114</sup>. En efecto, en este caso la Corte IDH avanza un paso más allá

---

<sup>113</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156. El destacado es propio. La Corte IDH reconoce además que la situación de apatridia genera una vulneración del derecho a la personalidad jurídica, lo que significa en definitiva una lesión a la dignidad humana, ya que “niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”, véase: *Ibidem*, párr.179.

<sup>114</sup> Los hechos del presente caso se insertaron en un contexto en que, en República Dominicana, la población haitiana y las personas nacidas en territorio dominicano de

del que había dado en el caso de las niñas Yean y Bosico y, superando las limitaciones que había percatado Benhabib en las propuestas de Kant y Arendt relativas a la autodeterminación colectiva de los criterios de pertenencia, la Corte IDH argumenta a favor de una noción relacional de la soberanía de los Estados, ya que además del establecimiento de limitaciones a las prerrogativas soberanas de concesión de la nacionalidad basadas en el principio de no discriminación y en la garantía de los derechos humanos, exige que los Estados tomen sus decisiones también observando las condiciones *reales* en las que se desenvuelven las personas en relación a sus interacciones con la comunidad internacional.

En efecto, para llegar a tal conclusión la Corte IDH se apoya en la interpretación que ha realizado el Comité sobre Derechos del Niño<sup>115</sup> y el ACNUR<sup>116</sup> en relación a la nacionalidad, e indica:

“El artículo 20.2 de la Convención Americana señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado ‘si no tiene derecho a otra’. Este precepto

---

ascendencia haitiana comúnmente se encontraban en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. Dicha situación se vincula con la dificultad de quienes integran la referida población para obtener documentos personales de identificación. En ese contexto, autoridades dominicanas detuvieron a grupos de familias de origen y ascendencia haitiana y los llevaron hacia puntos de acopio en la frontera, para luego ser trasladados a territorio haitiano. En muchos casos, sus documentos personales, como registros de nacimiento y cédulas de identidad fueron declaradas nulos. La Corte verificó que, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, en República Dominicana existía un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria.

<sup>115</sup> “[L]os Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”, véase: Observación General No. 17 sobre el art. 24 PIDCP (derechos del niño), párr. 8. Esta fue también la interpretación seguida por el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on Behalf of Children of Nubian Descent in Kenya vs Kenya*, de 22 de marzo de 2011, párr. 42: “a purposive reading and interpretation of the relevant provision strongly suggests that, as much as possible, children should have a nationality beginning from birth”. Todo citado en: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, nota 293.

<sup>116</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, *Directriz sobre la Apatridia no. 4* de 21 de diciembre de 2012, párr. 25. Todo citado en: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, nota 295.

*debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos,* establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació<sup>117</sup>.

“Ahora bien, si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2 de la Convención Americana. Esta obligación se aplica también en el supuesto de que los padres no puedan (por la existencia de obstáculos *de facto*) registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad<sup>118</sup>.

En este sentido, la perspectiva de la Corte IDH avanza hacia una mirada cosmopolita en la medida en que no hay una visión autoreferencial de la soberanía de los Estados (que sería aquella que consideraría solo el contexto nacional), sino que se tiene una perspectiva más amplia basada en la consideración de los derechos de la persona y se analizan las consecuencias que para las personas apátridas implica no gozar de membresía. Esta perspectiva relacional de la soberanía se manifiesta en la consideración de la posibilidad de existencia de obstáculos de facto para la obtención de la nacionalidad, ya sea por aplicación de facultades discrecionales por parte de otro Estado o bien por la imposibilidad material de los padres de acceder a las autoridades del otro Estado (se considera aquí el caso de padres refugiados, por ejemplo)<sup>119</sup>.

Esta perspectiva de la Corte IDH es complementada con la dictación de medidas de reparación que suponen la modificación de la legislación en materia de nacionalidad en República Dominicana:

“[...] Por lo tanto, de acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad

---

<sup>117</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.259. El destacado es propio.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párr.261, el destacado es original de la sentencia.

<sup>119</sup> *Ibidem*, notas 295 y 298.

dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana”<sup>120</sup>.

“Además de lo anterior, con el fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan, este Tribunal estima pertinente disponer que el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres”<sup>121</sup>.

La perspectiva cosmopolita de la Corte IDH es pragmática en el sentido de que la interpretación que realiza de las normas le permite adecuarse al nuevo “terreno” al que se enfrentan los Estados frente a las migraciones transnacionales y la generación de situaciones de apatridia. Decíamos en un comienzo, siguiendo a Benhabib, que caminamos en una sociedad globalizada con el mismo mapa normativo construido en momentos diferentes y para necesidades diferentes. La Corte IDH, con el mismo mapa normativo, lo interpreta y lo adapta para garantizar la universalidad de los derechos en el contexto de la globalización. Como vimos, se deja atrás una interpretación estricta de las obligaciones del Estado en relación a los requisitos para la naturalización y la prevención de la apatridia y se avanza hacia una perspectiva más relacional, que considera el contexto actual de las limitaciones para la obtención de la nacionalidad que se pueden dar tanto por limitaciones normativas, como de *facto*.

## **2.2- Derechos de los inmigrantes en situación administrativa irregular**

Otra de las materias donde es posible analizar la perspectiva que asume la Corte IDH en relación a la migración en la perspectiva del cosmopolitismo, es la situación de las personas migrantes en situación administrativa irregular. Sobre esta cuestión la Corte IDH desarrolló sus parámetros generales –y que luego serán desarrollados con mayor profundidad en casos concretos- en la Opinión Consultiva N°18 del año 2003<sup>122</sup>. Para iniciar su análisis, la Corte IDH asume una perspectiva cosmopolita en el sentido de explicar que la vulnerabilidad de las

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, párr. 469.

<sup>121</sup> *Ibidem*, párr.470.

<sup>122</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.



personas migrantes está dada por la existencia de factores estructurales de discriminación que les afectan:

“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

“Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”<sup>123</sup>.

Es una perspectiva que se acerca a ciertos postulados estudiados, por ejemplo, la característica de la virtud cosmopolita de incorporar la otredad (reconocimiento de que esa vulnerabilidad se da a causa de la existencia de prejuicios) y, asimismo, a posiciones como las de Pogge, pues es explicativa de las situaciones de vulnerabilidad utilizando la lógica de las responsabilidades compartidas. Pero además de contextualizar la migración como una situación de vulnerabilidad en relación al goce de los derechos humanos, la Corte IDH establece un principio general y que será la base para todos sus análisis posteriores: el principio de igualdad y no discriminación:

“Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos *y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio*. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados *respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna* por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”<sup>124</sup>.

La primera aproximación de la Corte IDH es clara en cuanto a establecer que las políticas migratorias de los Estados encuentran una

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, párrs. 112 y 113.

<sup>124</sup> *Ibidem*, párr. 118. El destacado es propio.

limitación a su discrecionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la prohibición de discriminación. De esta manera, la Corte IDH asume la perspectiva de la igualdad para el tratamiento de la gestión migratoria. En el mismo sentido que los fundamentos cosmopolitas, la idea está en la consideración del valor de las personas con independencia de su nacionalidad y también estancia – regular o irregular- en el país.

Sin embargo, la Corte IDH también reconoce la posibilidad de establecer distinciones, utilizando para ello el criterio general de restricción de derechos que se aplica en la teoría de los derechos humanos:

"Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este *trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana"<sup>125</sup>.

La diferenciación se podría justificar entonces en criterios razonables, objetivos, proporcionales y que no lesionen derechos humanos. ¿Es compatible esta perspectiva con el cosmopolitismo que hemos estudiado? Hay quienes sostienen que no, que el criterio introducido por la Corte IDH es ambiguo y deja la puerta abierta para la realización de distinciones que no sean coherentes con una teoría de la justicia distributiva global como la de Pogge. Sostiene, Vázquez que "la opinión consultiva no brinda más parámetros o criterios materiales o estructurales –de corrección- para poder determinar si una regulación en materia discriminatoria o no"<sup>126</sup>. El autor referido plantea que en este caso era necesario que la Opinión Consultiva asumiera una determinada teoría de la justicia (proponiendo en concreto la de Pogge), de manera de brindar parámetros concretos<sup>127</sup>.

A este respecto, debemos considerar que ningún derecho es absoluto (tampoco para los nacionales) y, en este sentido, el criterio para justificar distinciones que realiza la Corte IDH es aquel que se

<sup>125</sup> *Ibidem*, párr.119. El destacado es propio.

<sup>126</sup> S.J. VÁZQUEZ. "Derechos humanos de los migrantes: Perspectiva global desde la dimensión de la pobreza." *Revista IIDH*, núm. 48, 2008, p.313.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 316.

utiliza en cualquier examen de restricciones de derechos. Por ello, a partir de esta opinión consultiva no es posible sostener *a priori* que dicha postura es incompatible con el cosmopolitismo, o que la Corte IDH no se compromete con una determinada teoría de la justicia. Este criterio abstracto podría permitir, por ejemplo, la inclusión de una perspectiva como la de Singer, que consideraría que el único criterio objetivo, razonable y proporcional sería el de la equivalencia del daño.

En este sentido, la Opinión Consultiva solo establece parámetros generales que pueden ser analizados solo en su aplicación en casos concretos. Por ello, a continuación me referiré a un caso que nos permitirá determinar –en concreto– cuan cerca está la Corte IDH del cosmopolitismo en relación a las personas en situación administrativa migratoria irregular.

El caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana<sup>128</sup> del año 2012, trata sobre la muerte violenta y falta de atención médica a personas de origen haitiano que intentaron cruzar la frontera de República Dominicana en el año 2000<sup>129</sup>. En este caso la Corte IDH analizó estándares referidos a la proporcionalidad en el uso de la fuerza, el derecho al debido proceso y la atención médica. En relación a la regulación de las políticas migratorias, la Corte IDH recordó su estándar general referido a los límites de la discrecionalidad estatal respecto a la gestión migratoria:

“En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que *ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos*. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de

<sup>128</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

<sup>129</sup> Los hechos del presente caso se iniciaron cuando, el 16 de junio de 2000, 30 nacionales haitianos, entre ellos un menor de edad y una mujer embarazada ingresaron a territorio dominicano. El camión en el que se encontraban pasó por dos puestos de control. En el segundo, cuatro militares abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo que no se había detenido. Los militares realizaron numerosos disparos con sus armas en dirección al camión. Durante el tiroteo, fue herido de muerte el acompañante del conductor, cuyo cuerpo salió expulsado del camión. Los militares que se encontraban en persecución observaron el cuerpo del señor Espinal caer del vehículo, sin embargo continuaron su marcha sin detenerse. Posteriormente, el camión se volcó a orillas de la carretera, y algunas personas quedaron atrapadas bajo el vehículo. Un grupo de personas fallecieron producto del accidente y por los disparos de los militares luego de la volcadura del camión. Posteriormente, algunas personas sobrevivientes fueron trasladadas a un hospital. Sin embargo, el tratamiento recibido fue precario.

migrantes, pero siempre asegurando el *debido proceso* y la *dignidad humana* independientemente de su condición migratoria”<sup>130</sup>.

En atención a lo anterior, uno de los derechos que se desarrolla en términos genuinamente universales (en el sentido de no establecerse exclusiones por nacionalidad o situación migratoria), es el debido proceso. Además de constituirse como un derecho que debe ser garantizado cualquiera sea la situación migratoria de la persona, la Corte IDH hace un desarrollo extenso de su contenido mínimo. A efectos de este estudio, cabe resaltar cómo la Corte IDH desarrolla la configuración universal del derecho:

“En materia migratoria, por tanto, la Corte considera que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, ya que ‘[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna’. Lo anterior quiere decir que ‘el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio’, con el objetivo de que los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”<sup>131</sup>.

Otro aspecto que la Corte IDH trata es la consideración de la dignidad humana como límite ante cualquier tipo de distinción entre migrantes en situación regular o irregular en el Estado. Una manifestación de este límite, es que en el caso concreto la Corte IDH constata que las personas haitianas heridas (que eran personas en situación administrativa migratoria irregular), no recibieron atención médica:

“La Corte ha observado que luego de la persecución y volcadura del camión, los agentes militares requirieron a los sobrevivientes levantar el vehículo, sacar y separar a los muertos y heridos, así como subirlos a la ambulancia [...] Algunos de los sobrevivientes fueron trasladados a un hospital. De acuerdo con las declaraciones ofrecidas, los heridos no fueron atendidos debidamente ni registrados al momento de ingresar al Hospital [...]

Josier Maxime señaló que “[mientras] estaba en el hospital, [...] no [les] dieron ninguna atención. [Los] colocaron en un vehículo con un militar y [los] deportaron” [...]

La Corte advierte que *la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación*

---

<sup>130</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 233. El destacado es propio.

<sup>131</sup> *Ibidem*, párr.259.

*irregular*, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, *el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos*, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención<sup>132</sup>.

De acuerdo a este análisis de la Corte IDH, frente a la pregunta ¿qué le debemos a los otros? que se plantea el cosmopolitismo, la respuesta inicial es sostener que se debe un trato compatible con la dignidad humana y, ante una situación como la planteada (atención médica de urgencia), no sería admisible realizar distinciones basadas en la situación migratoria de una persona. Pese a que la Corte IDH –acto seguido– plantea que “El Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos”, pudiendo derivarse de ello un planteamiento cosmopolita en relación a la justificación de deberes universales, lo cierto es que en el caso concreto solo se plantea la atención de urgencia (el caso se sitúa en esa hipótesis).

En este sentido, respecto a los postulados de solidaridad global, podemos sostener que el primer acercamiento de la Corte IDH sería utilizando una noción similar a la de “hospitalidad” que plantea Kant. En efecto, recordemos que este plantea el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por haber llegado al territorio del otro<sup>133</sup>. Esto implica el derecho a poder presentarse ante otra sociedad y a no ser expulsado de ella si esto puede implicar la ruina de este<sup>134</sup>. Esto ha sido interpretado para justificar deberes tales como la protección frente al hambre o enfermedades fatales<sup>135</sup>. Pero la hospitalidad kantiana sería solo esto y no permitiría justificar deberes universales más amplios frente a quienes no pertenecen a la comunidad política<sup>136</sup>. La atención de urgencia que señala la Corte IDH como derecho –sin discriminación– sería una manifestación de esta concepción de la hospitalidad.

Para poder sostener que la Corte IDH tiene un planteamiento genuinamente cosmopolita que justifica deberes universales hacia los más marginados (como ya lo insinúa la Corte IDH, pero sin desarrollarlo extensamente) habrá que ver desarrollos posteriores en la jurisprudencia interamericana, con el objetivo de determinar que alcances concretos otorga el tribunal a la afirmación de la “garantía

<sup>132</sup> *Ibidem*, párrs. 106 a 108. El destacado es propio.

<sup>133</sup> I. KANT. *La paz perpetua*, cit., p.33.

<sup>134</sup> *Ídem*.

<sup>135</sup> P. KLEINGELD “Kant’s Cosmopolitan law: world citizenship for a global order”. *Kantian Review* vol. 2, núm. 1, 1998, p. 76.

<sup>136</sup> Santiago Juárez, Rodrigo. “Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano”, cit., p. 14 y F. REQUEJO. “Justicia cosmopolita y minorías nacionales. Kant de nuevo pero diferente”. *Claves de la razón práctica*, núm. 171, 2007, p. 37.

universal” enunciada en este caso. Pese a ello, esta primera aproximación ya permite situar al tribunal interamericano, en la senda del cosmopolitismo.

Los derechos civiles, como sería el caso del debido proceso en este caso, no presentan mayores problemas en cuanto a su garantía universal. En efecto, los desafíos actuales del cosmopolitismo no están vinculados a justificar la garantía universal de estos, sino que como vimos en las propuestas de Pogge y Singer, el debate está centrado en los derechos económicos, sociales y culturales.

### 3.- CONCLUSIONES

El cosmopolitismo es una filosofía que plantea posiciones especialmente exigentes para el derecho en el marco de la globalización. Una de las materias donde se plantean mayores tensiones con la exigencia de universalidad de los derechos es en relación a los fenómenos de movilidad humana transnacional. La tensión se da porque pese a que los derechos se han configurado teóricamente en términos universales, las condiciones para su realización y garantía se han desarrollado con criterios particularistas basados en criterios de pertenencia al Estado-nación. Frente a esta disyuntiva, las propuestas cosmopolitas -tanto desde la perspectiva de la solidaridad global como desde la óptica de la relación entre nacionalidad, ciudadanía y derechos- plantean la necesidad de considerar a la humanidad como referente moral básico, cuestionando la relevancia moral de las fronteras y de los criterios de exclusión basados en la nacionalidad. En este sentido, estas propuestas llevan a justificar deberes morales hacia la humanidad o una ética de las responsabilidades compartidas (perspectiva de la solidaridad global), y la redefinición del concepto clásico de ciudadanía asociado hacia la nacionalidad, para avanzar hacia un concepto de ciudadanía cosmopolita.

Los tribunales internacionales por su parte, se enfrentan al desafío de plantear soluciones que tienen un fuerte componente moral y que deben poner en la balanza las exigencias de garantía y universalidad de los derechos y las pretensiones de autodeterminación soberana de los Estados en relación a la gestión de las fronteras. Frente a ese desafío, la Corte IDH ha optado por la superación del nacionalismo metodológico<sup>137</sup> y se ha acercado a la senda del cosmopolitismo. En relación a los criterios de pertenencia a la comunidad política, ha indicado que éstos tienen como límite el goce de los derechos humanos, determinando la necesaria flexibilización de los criterios de naturalización frente a las exigencias de la realidad, adoptando implícitamente la consideración de

---

<sup>137</sup> U. BECK, *Poder y contrapoder en la era global*, cit., pp.82-90.



la irrelevancia de las circunstancias personales del nacimiento. Sin embargo, en relación a la situación de los derechos sociales de las personas en situación migratoria administrativa irregular, aún se encuentra en los parámetros de hospitalidad universal que planteaba Kant, al limitar su análisis a las situaciones de atención de salud de emergencia. Pese a ello, los criterios generales que ha establecido respecto al establecimiento de distinciones entre nacionales y extranjeros, no son un obstáculo para la introducción de una ética de deberes para con la humanidad como la planteada por Singer. Habrá que seguir examinando la jurisprudencia de la Corte IDH para analizar cual será el camino que adoptará.

Además del cumplimiento obligatorio que tienen las sentencias internacionales en el ámbito interno desde la perspectiva jurídica, lo interesante es que estas sentencias puedan generar también procesos de "iteración democrática", es decir, una negociación a nivel interno de los criterios de pertenencia a la comunidad política, para avanzar hacia democracias cosmopolitas. Como destaca Benhabib a propósito del análisis del caso alemán, el proceso de iteración democrática impulsado por el tratado de Maastricht llevó a Alemania a abolir leyes de ciudadanía restrictivas<sup>138</sup>. Como señala la autora respecto de la experiencia alemana, "[...] el desafío plantado por la corte alemana a la legislatura democrática de ajustar la definición formal de ciudadanía alemana de modo de reflejar las realidades cambiantes de la población fue aceptado y la ley de ciudadanía fue refirmada. El pueblo democrático puede reconstituirse a través de tales actos de iteración democrática de modo de permitir la extensión de la voz democrática. Los extranjeros pueden convertirse en residentes y los residentes en ciudadanos"<sup>139</sup>. En el caso de República Dominicana, lamentablemente no se ha configurado esta práctica en la medida en que la sentencia de la Corte IDH no ha sido cumplida<sup>140</sup>, pero si ha tenido impacto en otros países de la región y ha generado espacios para la apertura del diálogo en relación a los criterios de pertenencia y la garantía de los derechos<sup>141</sup>.

En definitiva, el rol de las Cortes internacionales puede ser relevante para generar espacios de diálogo que obligue a los Estados a replantearse sus categorías internas con el objetivo de garantizar de

<sup>138</sup> S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.15.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p.149.

<sup>140</sup> En efecto, en noviembre de 2014 en la sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana N°0256/2014 se declaró la inconstitucionalidad del instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>141</sup> Por ejemplo, en Chile, los criterios de las sentencias respecto de República Dominicana han sido utilizados para modificar la interpretación de la normativa interna y prevenir la apatridia, véase: INDH. *Informe sobre la situación de derechos humanos en Chile*. Santiago, 2016, pp. 41-55.

manera efectiva los derechos humanos. Como vimos a propósito de la Corte IDH, es claro que las categorías de la filosofía política influyen en la adopción de soluciones a problemas relevantes. En este caso, el cosmopolitismo ha ofrecido respuestas que han sido parcialmente acogidas. Desde esta perspectiva, para la filosofía política el desafío consiste en seguir desarrollando conceptos y argumentaciones que puedan ser recogidos como fundamento para decisiones complejas.