



Edita Fundación Paulino  
Torras Domènech 1970

# ITINERA UNIVERSITAS

Derechos Humanos y Migraciones

JUNIO 2011

## 1. NUESTRO PUNTO DE VISTA

Itinera universitas presenta en esta ocasión un formato relativamente distinto al habitual. Ello obedece a que el pasado 6 de mayo pudimos contar con la presencia de la Dra. Radhys Iris Abreu de Polanco, Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Sra. Abreu de Polanco impartió en la sede de la Fundación una conferencia titulada Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que siguió un interesante coloquio. La Fundación Paulino Torras Domènech se siente honrada por la asistencia de la Dra. Abreu de Polanco y le agradece su estancia en nuestra sede, así como el interés que mostró por nuestro trabajo. Reproducimos en este número de Itinera el texto de su conferencia (2. Opinión de colaboradores).

Por lo demás, queremos hacernos eco de una noticia importante, sobre la que necesariamente deberemos volver en números posteriores, a saber el anuncio de la revisión del Tratado de Schengen con el ánimo de devolver a los Estados miembros – a algunos de ellos y con carácter excepcional a raíz de una crisis migratoria internacional – ciertas competencias vinculadas con las fronteras (incluso, las internas). Así formulada, la noticia resulta impactante, tantos

son los logros alcanzados por Schengen y el esfuerzo que ha requerido la formación del acervo Schengen. En la Sección 4. Multiculturalismo procuramos situar este anuncio en su contexto.

La presentación por el Sr. Ribó del Informe del Síndic de Greuges 2010 ante el Parlament de Catalunya es objeto de nuestra atención. Además de ofrecer los datos estadísticos que reflejan el estado de la inmigración en Cataluña, el Síndic de Greuges introdujo en su intervención ante el Pleno del Parlament unas reflexiones sobre aspectos centrales de la cuestión migratoria en Cataluña, que recogemos en el apartado 3. Estatus del inmigrante.

Finalmente en la Sección 5 (Instituciones) procedemos a presentar el Seminario que organiza la Fundación para reflexionar sobre el Reglamento de extranjería; Seminario de plazas limitadas pero al que los lectores están invitados. La organización de esta actividad y la posterior publicación en un número de Itinera de las intervenciones de los participantes (ponentes y participantes) constituyen el principal esfuerzo de la FPTD en el conocimiento y debate sobre el Reglamento de extranjería.

## 2. OPINIÓN DE COLABORADORES

**LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

**AUTORA: RADHYS IRIS ABREU DE POLANCO. JUEZA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos de los migrantes ha sido desarrollado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana tanto en opiniones consultivas como en casos contenciosos y medidas provisionales. En esta exposición me referiré a la jurisprudencia más relevante sobre este tema en el siguiente orden. En primer lugar, expondré los criterios descritos por la Corte en la Opinión Consultiva 18 del 17 de septiembre de 2003, titulada Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En

segundo lugar, haré referencia a dos casos paradigmáticos de la Corte en esta materia: el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana y el Caso Vélez Loo vs. Panamá. Finalmente, en tercer lugar, expondré algunas conclusiones sobre este desarrollo jurisprudencial.

### 1. Opinión Consultiva 18 de 17 de septiembre de 2003

Esta opinión consultiva fue sometida a la Corte por el Estado mexicano el 10 de mayo de 2002. Durante el procedimiento ante la Corte se presentaron 14 amicus curiae<sup>1</sup>, así

1. NUESTRO PUNTO DE VISTA	1
2. OPINIÓN DE COLABORADORES	1-5
3. ESTATUS DEL INMIGRANTE	6-9
4. MULTICULTURALISMO	9-11
5. INSTITUCIONES	12



como las observaciones escritas de la Comisión Interamericana y de 5 Estados<sup>2</sup>. Asimismo, comparecieron en audiencia pública ante la Corte 10 instituciones<sup>3</sup>, 12 Estados<sup>4</sup>, y la Comisión Interamericana.

En su escrito de presentación, México solicitó a la Corte que se refiriera a la compatibilidad de la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes. Asimismo, México solicitó que la Corte se refiriera a la compatibilidad con los tratados internacionales de derechos humanos con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Además, la consulta trató sobre el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

La Corte estableció estándares claros y respecto a los siguientes temas, los cuales expondré en profundidad posteriormente: a) obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación; b) derechos de los trabajadores migrantes indocumentados; y c) obligaciones estatales en la determinación de la políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, la Corte estableció los siguientes estándares:

1. Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
3. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo el Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.



Un momento de la intervención de la Dra. Abreu de Polanco

5. El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. El derecho al 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. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

En relación con los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte estableció los criterios que menciono a continuación:

1. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

2. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado

de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

Finalmente, respecto a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la corte estableció que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

## 2. Casos contenciosos

Como mencionamos anteriormente, la Corte interamericana ha conocido el caso Vélez Loor vs. Panamá. En esta parte de la exposición haré referencia a este caso.

Este caso fue presentado por la Comisión Interamericana el 8 de octubre de 2009. La Comisión alegó en su demanda que el señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue detenido y procesado en Panamá por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa. Asimismo, la Comisión expresó que el señor Vélez Loor fue torturado y fue mantenido bajo condiciones inhumanas desde su detención en Panamá el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

En este caso, la Corte tuvo oportunidad de referirse a diversos aspectos relacionados con los derechos de los migrantes, a continuación haré una reseña de los grandes temas sobre los cuales la Corte desarrolló importantes estándares en esta materia.

### Incompatibilidad de sanciones punitivas por infracciones inmigratorias

En esta sentencia, el Tribunal se pronunció por primera vez en un caso contencioso sobre las obligaciones de los Estados con relación a sus políticas migratorias y, en particular, sobre la incompatibilidad con la Convención Americana de establecer sanciones de carácter punitivo en relación con el incumplimiento de las leyes migratorias. El Tribunal consideró que si bien los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, imponer una medida punitiva al migrante que reingresa de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.

El Tribunal agregó que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, sino que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación, y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, la Corte estableció que es

esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas. En consecuencia, el Tribunal afirmó que serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.



La Jueza de la CIDH con el Presidente de la FPTD

### Vulnerabilidad de los inmigrantes y deberes de los Estados

La Corte Interamericana recordó algunos conceptos vertidos en la Opinión Consultiva nº 18, citada anteriormente, en relación a que, en el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana.

En tal sentido, la Corte señaló que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. Al respecto, se refirió a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular, por ser "los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos" y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes.

### **Impunidad y violaciones cometidas en contra de migrantes**

El Tribunal también observó que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, entre otros aspectos, a la existencia de factores culturales que justifican los hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorio un efectivo acceso a la justicia.

### **Condiciones de detención en caso de ser necesaria**

Respecto a las condiciones de detención, la Corte indicó que la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes se ve incrementada cuando, por causa de su sola situación migratoria irregular, son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos. Por ello, de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin, que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria.

Además, la Corte puntualizó que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención, por lo que los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene personal. El Tribunal consideró que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro del centro penitenciario constituye una falta grave del Estado de sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre.

### **Garantías y debido proceso en procesos por cuestiones migratorias**

En cuanto a la garantía de control judicial, el Tribunal resaltó que debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención a una persona a causa de su situación migratoria. Por tanto, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia, y es imprescindible que esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.

La Corte indicó también que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, para que tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Añadió que las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención, también deben otorgarse a las personas sometidas a procedimientos migratorios administrativos, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda. En esta línea, el Tribunal resaltó que la notificación sobre el derecho a la asistencia consular y la asistencia letrada son medidas necesarias que los Estados deben adoptar para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, como migrante en situación irregular sometido a una medida de privación de la libertad.

### **Recurso efectivo en procesos migratorios**

En cuanto a los recursos efectivos para cuestionar la legalidad de la detención, la Corte determinó que cuando la detención es ordenada por una autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales a través de su control jurisdiccional directo.

### **Derecho a la defensa en procedimientos migratorios**

En lo que se refiere a los procedimientos migratorios, sean administrativos o judiciales, en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad de los migrantes, la Corte destacó que la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de ellos es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.

### **Derecho a la asistencia consular**

Sobre el derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, la Corte aclaró que, desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son sus componentes esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma.

Para prevenir detenciones arbitrarias, la Corte reiteró la importancia de que la persona detenida sea notificada de su derecho a establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.

Finalmente, en cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares, y 2) recibir visitas de ellos. Respecto al derecho a la asistencia misma, las visitas de los funcionarios con-

sulares deberían ser con miras a proveer la “protección de los intereses” del detenido nacional, particularmente los asociados con “su defensa ante los tribunales”.

## CONCLUSIONES

La Corte Interamericana ha realizado un desarrollo jurisprudencial abundante respecto a los derechos de los migrantes.

En la mayoría de sus pronunciamientos sobre esta materia, la Corte se ha referido a la especial situación de vulnerabilidad en que los migrantes se encuentran, la cual facilita la violación de sus derechos humanos; y a la imperiosa necesidad de que les sea respetado, en cualquier circunstancia, el debido proceso, el derecho a la asistencia consular y el control judicial. Asimismo, la Corte ha sido enfática al condenar la discriminación por el estatus migratorio y al subrayar la importancia de generar políticas públicas acordes al respeto de los derechos de los migrantes. Asimismo, la Corte ha esta-

blecido reglas claras para garantizar el derecho a la nacionalidad y la protección de los derechos laborales.

Estos temas sobre los cuales la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse, son esenciales para la verdadera garantía de los derechos de los migrantes y deben ser utilizados como principios para la generación de políticas públicas y de cualquier otro tipo de mecanismos destinados a la eficaz protección de los derechos de este grupo especialmente vulnerable; y para erradicar cualquier conducta que vulnere, en cualquier medida, los derechos de los migrantes.

## NOTAS

**1.** Las siguientes instituciones presentaron Amicus curiae: las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; el Delgado Law Firm; Labor, Civil Rights and Immigrants’ Rights Organizations in the United States; Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center; la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México; Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), EL Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Asimismo presentaron Amicus curiae las siguientes personas: Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez, e Itzel Magali Pérez Sagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Thomas A. Brill, del Law Office of Sayre & Chavez; y Javier Juárez, del Law Office of Sayre & Chavez.

**2.** Los Estados que presentaron sus observaciones son: Canadá; Costa Rica; El Salvador; Honduras; y Nicaragua.

**3.** Comparecieron ante la Corte las siguientes instituciones: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Harvard Immigration and Refugee Clinic of

Greater Boston Legal Services, y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools, y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center; Law Office of Sayre & Chavez; Labor, Civil Rights and Immigrants’ Rights Organizations in the United States; Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); y el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

**4.** Comparecieron ante la Corte los siguientes Estados: Argentina; Brasil; Costa Rica; El Salvador; Estados Unidos Mexicanos; Honduras; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; y República Oriental del Paraguay.