

# **SÉPTIMA CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES**

*Caracas, República Bolivariana de Venezuela  
2 y 3 de Julio de 2007*

---

**“LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE  
DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS MIGRATORIAS”**



---

OIM Organización Internacional para las Migraciones  
Secretaría Técnica  
Conferencia Sudamericana sobre Migraciones

La OIM está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad. En su calidad de organismo intergubernamental, la OIM trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: ayudar a encarar los desafíos que plantea la migración a nivel operativo, fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo social y económico a través de la migración, y velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

Editor:

Organización Internacional para las Migraciones  
Misión con Funciones Regionales para el Cono Sur de América Latina  
Av. Callao 1033 piso 3°  
1023 Buenos Aires  
República Argentina  
Tel: +54.11.4815.5194/5  
Fax: +54.11.4816.4596  
E-mail: [mrfbuenosaires@iom.int](mailto:mrfbuenosaires@iom.int)  
Internet: <http://www.oimconosur.org>

© 2007, Organización Internacional para las Migraciones

El presente documento constituye un Informe de Avance de la Investigación sobre *Revisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias* requerido por la Misión con Funciones Regionales para el Cono Sur de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), Argentina.

El equipo de investigación está integrado por Pablo Ceriani, Ricardo Fava, Laura Gianelli, Leonel Toledo y Ezequiel Rodríguez Miglio, y cuenta con la supervisión general de Víctor Abramovich y Leonardo Franco, Director y Consultor Académico respectivamente, del Centro de Derechos Humanos de la UNLa.

Este documento ha sido realizado en Buenos Aires, en junio de 2007 para ser presentado en la VII Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de julio de 2007.

Todos los derechos reservados. Sin previa autorización escrita del editor, ninguna parte de esta publicación podrá reproducirse, almacenarse en un sistema de recuperación de datos o transmitirse bajo cualquier forma por un medio electrónico, mecánico, de fotocopia, grabado u otro.

# LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS MIGRATORIAS

## INDICE

	Pág.
1. Introducción .....	01
2. Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación de las políticas públicas .....	03
3. El tratamiento de la cuestión migratoria en los foros multilaterales .....	05
4. Los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Derechos humanos con independencia de la situación migratoria .....	08
4.1. Derechos civiles .....	10
4.2. Garantías de debido proceso y acceso a la justicia .....	11
4.3. Situación de vulnerabilidad, protección especial y derechos económicos, sociales y culturales .....	11
4.4. Derechos laborales .....	12
5. Conclusiones .....	13

## 1. Introducción

En numerosos foros, cumbres internacionales y regionales y, en especial, en las Conferencias Sudamericanas sobre Migraciones, los países de la región han asumido compromisos de acción destinados a guiar el diseño y la implementación de políticas públicas sobre migraciones basada en el respeto de los derechos humanos de los migrantes.

Estos compromisos de acción y definiciones conceptuales contribuyen a crear un cuerpo de **principios** que expresan puntos mínimos de consenso de la comunidad internacional acerca de los principales temas de agenda, desafíos, criterios y objetivos que deben orientar el diseño y la implementación de las políticas migratorias y las legislaciones nacionales en esta materia. Estos compromisos no son meramente retóricos, sino que expresan la posición del Estado sobre un tema particular y pueden tener también consecuencias en términos del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales, así como contribuir a la creación de nuevos principios y criterios que rijan la forma de pensar y regular aspectos de las políticas migratorias a nivel internacional. Estos puntos mínimos de consenso, si bien son incipientes en cuanto a su grado de desarrollo, resultan valiosos recursos a disposición de los países de la región para impulsar sus propias estrategias nacionales y construir para ello legitimidad y consensos sociales y políticas en el ámbito doméstico.

Lamentablemente, pese a su importancia, estos acuerdos no se encuentran debidamente sistematizados y concordados entre sí, y tampoco se ha estudiado profundamente su relación, articulación o desajuste con los demás compromisos internacionales de los Estados, en especial su vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos.

Este punto es sencillamente indispensable, por cuanto gran parte de los acuerdos políticos regionales en materia migratoria consisten en asegurar el compromiso de respetar los derechos humanos de los migrantes. Ahora bien: ¿Cuales son esos derechos humanos que deben ser respetados? ¿Que obligaciones en materia de derechos humanos ya tienen los Estados por su participación en acuerdos internacionales y regionales específicos? ¿Cuál es el impacto de estos compromisos en materia de derechos humanos sobre las políticas, las leyes y las prácticas migratorias de los Estados americanos?

En efecto, en el ámbito del SIDH se ha desarrollado paulatinamente un cuerpo de principios y estándares jurídicos que contribuyen a clarificar un contenido mínimo de derechos fundamentales de los migrantes, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. La Relatoría de Trabajadores Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes temáticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes por país y en informes de casos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en algunos casos contenciosos, y en dos opiniones consultivas, han contribuido a afirmar esos principios mínimos, que deberían orientar el desarrollo de las políticas y los marcos normativos nacionales que regulan la cuestión migratoria en la región.

Diversos temas han sido cubiertos por estos estándares interamericanos de derechos humanos. Todos ellos tienen indudable incidencia en los debates sobre las políticas migratorias. A manera de ejemplo podemos mencionar que la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos ha fijado principios sobre estas importantes

cuestiones: los supuestos para la privación de la libertad de los migrantes; las pautas que rigen sus condiciones de detención en los procesos migratorios; las reglas del debido proceso que deben regir los trámites migratorios; las garantías del defensa legal frente a decisiones de deportación individual y colectivas; el acceso a derechos sociales básicos de los migrantes en situación irregular, y en especial sus derechos laborales básicos.

Durante mucho tiempo, el campo de las políticas migratorias se mantuvo ajeno al campo de los derechos humanos. Esto es, las políticas migratorias no consideraron adecuadamente en su formulación ni en su implementación aspectos esenciales desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta desconexión se dio también en relación con otras políticas públicas en la región, tales como las políticas sociales, a pesar de la frecuente convergencia de ideas y de agendas de la comunidad de derechos humanos, y de la comunidad vinculada al desarrollo, por ejemplo en relación con la necesidad de priorizar problemas estructurales de exclusión y desigualdad, así como la promoción de acciones afirmativas de protección de sectores sociales discriminados.<sup>1</sup>

En la actualidad existen motivos de peso para comenzar a cerrar a nivel regional la brecha entre el mundo de las políticas públicas y el mundo de los derechos. Las políticas migratorias, así como otras políticas públicas que afecten a la población migrante, deberían gradualmente ajustarse y armonizarse con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, considerando para ello, entre otras fuentes, el cuerpo de principios, estándares y jurisprudencia del SIDH. Por esta vía, se favorecería la armonización de políticas a nivel regional y se alcanzarían políticas y estrategias respetuosas de los acuerdos normativos multilaterales de derechos humanos, facilitando así mayor legitimidad en el ámbito nacional e internacional, apoyo de la sociedad civil, y mejores y más eficaces mecanismos de fiscalización.

En la *primera parte* de este documento de trabajo se profundizará sobre algunas razones de peso que permiten pensar en la consideración de los estándares de derechos humanos como un **marco de orientación** para la formulación de las políticas migratorias. En la *segunda parte* se relevarán los principales acuerdos en materia migratoria celebrados entre los países de la región, para pasar luego en una *tercera parte* a una sintética revisión de los principales derechos de los migrantes establecidos por el SIDH. Finalmente, en una *cuarta parte* del documento, se retomarán a modo de conclusión, los puntos de convergencia existentes entre el campo de los derechos humanos y el de las políticas migratorias, que perfilan para la región interamericana un importante consenso normativo y político que podría invocarse como marco mínimo para el desarrollo de políticas y estrategias nacionales.

## **2. Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación de las políticas públicas.**

Los países de la región se han obligado a cumplir los principales tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se han incorporado plenamente en un sistema internacional de protección de derechos humanos, el denominado sistema interamericano (SIDH) que funciona como una instancia de supervisión regional de la Convención Americana y de la Declaración Americana, con capacidad de requerir medidas de implementación de esos instrumentos en los países, y establecer en casos concretos remedios para las víctimas de violaciones de esos compromisos vinculantes.

El concepto de derechos humanos ha sido pensado históricamente en América Latina como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por el Estado, un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería hacer: no torturar, no privar arbitrariamente de la vida, no entrometerse en la vida privada y familiar de las personas, no discriminar. En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional de los derechos humanos ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también económicos, sociales y culturales. En tal sentido, los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en particular en procesos de transición o con problemas de democracias deficitarias o débiles.

Los estándares basados en el derecho internacional de los derechos humanos, en consecuencia, fijan una orientación general, en ocasiones una meta a alcanzar, pero no dictan las políticas públicas concretas que deben implementarse en cada caso.

Si bien el SIDH es un mecanismo de protección internacional aun en proceso de construcción y desarrollo, ha logrado importantes avances en cuanto al reconocimiento que le brindan los Estados y la sociedad civil, a la autoridad y legitimidad de sus decisiones, y un grado estimable de cumplimiento de las mismas. Por eso puede afirmarse que con las limitaciones propias de todo mecanismo internacional de protección de derechos, el SIDH ha construido gradualmente una importante aceptación en la comunidad latinoamericana, tanto entre actores políticos como sociales.

Debe prestarse igual atención al hecho que los estándares jurídicos definidos por el SIDH han reconocido diversas formas o vías de incorporación a los sistemas jurídicos nacionales, provocando cambios en la jurisprudencia de los tribunales y también impactando de forma directa o indirecta en transformaciones de las agendas y las líneas de orientación de determinadas políticas de gobierno en los países americanos<sup>2</sup>.

También la CIDH emite informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tiene un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o problemas estructurales. Por último, la Corte IDH emite opiniones consultivas que sirven para examinar problemas

concretos más allá de los casos contenciosos. En este sentido, la Opinión Consultiva OC-18 de la Corte IDH sobre “La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” fija lineamientos que contribuye a fijar marcos jurídicos para el desarrollo de las políticas migratorias de los Estados. Además de ello, tanto la CIDH como la Corte IDH pueden emitir recomendaciones o sentencias en un caso concreto estableciendo medidas de reparación de víctimas individuales y en ocasiones de grupos de víctimas.

En efecto, la jurisprudencia y las interpretaciones del SIDH, han influido de manera directa en numerosas reformas de la jurisprudencia constitucional, de la legislación nacional, de las políticas y de las propias agencias de gobierno y de los sistemas de justicia domésticos.

El impacto del SIDH no está dado exclusivamente por el valor jurídico de los tratados y de las decisiones de sus órganos, sino por la apropiación de los derechos humanos establecidos en esos tratados por la sociedad civil y el rol activo de las organizaciones y movimientos sociales y de derechos humanos, que han promovido acciones diversas y creativas para activar esos mecanismos internacionales de protección, y en ocasiones para hacer responsables a los Estados por el cumplimiento de esos compromisos, evitando que sean sólo derechos consagrados en el papel. La consolidación de una fuerte **comunidad de derechos humanos** en la región que sostiene el funcionamiento del SIDH y la aplicación doméstica de los tratados de derechos humanos, es un factor que resulta bien considerado por los Estados a fin de decidir la forma de integrarse actualmente en el espacio regional. En un sentido positivo, actuar de acuerdo a esos reglas mínimas internacionales ha reportado crédito para los países, facilitando la legitimidad de sus acciones de gobierno e incluso permitiendo la construcción de amplias alianzas sociales, y extendidos consensos para la implementación de políticas públicas basadas en esos estándares básicos.

Por lo demás el respeto de un **piso mínimo regional** en materia de derechos fundamentales es absolutamente funcional a los procesos de integración. En América Latina se desarrollan en la actualidad múltiples procesos de integración política y económica entre los países del área y la integración aparece como un objetivo central de las políticas exteriores que despliegan los diversos Estados. En ese sentido, los estándares interamericanos de derechos humanos aportan una infraestructura institucional fundamental a esos procesos de integración, pues sientan una base mínima de derechos para las personas en toda la región, conduciendo a la necesaria armonización legislativa y adecuación de las estructuras institucionales de los Estados para asegurar el ejercicio de esos derechos civiles, políticos y sociales comprometidos por igual por todos los países latinoamericanos. Ese piso mínimo cuenta además con mecanismos institucionales y una red de actores sociales y políticos involucrados en su protección doméstica e internacional, esto es, va acompañado de un sistema bastante efectivo de rendición de cuentas y de fiscalización, que permite asegurar su implementación en todos los países del área.

Por ello, los estándares jurídicos fijados por el SIDH, en particular en temas relevantes para la temática migratoria, como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la justicia o el derecho al debido proceso, resultan de inestimable valor para ajustar los objetivos, acuerdos y metas políticas consensuadas por los países en cumbres y reuniones multilaterales y sus propias políticas domésticas en este campo.

Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar un marco de orientación general para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación. Estos estándares pueden asimismo contribuir a establecer criterios comunes que sirvan a la fiscalización y supervisión posterior de esas políticas y estrategias y las doten de mayor legitimidad y consenso social y político, tanto a nivel nacional como internacional.

### 3. El tratamiento de la cuestión migratoria en los foros multilaterales

En los últimos años, el abordaje de la temática migratoria fue paulatinamente ganando un protagonismo en los diálogos políticos regionales y birregionales de carácter general, tales como el Grupo de Río, el Diálogo Grupo de Río-Unión Europea, la Cumbre Iberoamericana y la Cumbre de las Américas, entre otros. Por otra parte, como consecuencia del compromiso asumido por los Estados en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994, nacen en nuestro continente, dos procesos consultivos específicos sobre la materia: la Conferencia Regional de Migración (o Proceso Puebla) y la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones.

En los consensos intergubernamentales, el tratamiento de la cuestión migratoria refleja intereses disímiles, según los participantes y según las épocas. En este sentido, la temática fue cobrando interés desde la preocupación por la pobreza del migrante o la discriminación del cual frecuentemente es objeto, hasta llegar en la actualidad, a una diversidad de preocupaciones de carácter general: derechos humanos, violencia y discriminación contra los migrantes, situaciones de pobreza, migración irregular, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, remesas, entre otras cuestiones.

En el Diálogo del Grupo de Río, el interés por las migraciones se encuentra presente desde 1986, año en que se inicia este mecanismo, aunque sin una definición y peso específicos y ubicado al mismo nivel que otros objetivos definidos exclusivamente en función de las prioridades de los países. Sin embargo, es a partir de la XI Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de 1997, cuando la temática migratoria se menciona por primera vez, vinculada a la preocupación por los derechos de los migrantes en el marco del fortalecimiento de la cooperación en materia migratoria. Al respecto, en las Declaraciones de Asunción (1997)<sup>3</sup> y de Panamá (1998)<sup>4</sup>, se destaca “la responsabilidad de los Estados de origen y destino de los migrantes en cuanto a fortalecer la cooperación en materia migratoria” y, en tal sentido, se insta a adoptar o a continuar adoptando, de común acuerdo, “medidas tendientes a **asegurarles el pleno ejercicio de sus derechos humanos, así como su bienestar social y económico**. Esta intención es ratificada posteriormente por la Declaración de Cartagena de Indias (2000) en donde se reafirma que “los países de origen y destino de migrantes tienen la responsabilidad de fortalecer la cooperación en materia migratoria y de asegurar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, en especial el derecho a la vida y a un trato digno, justo y no discriminatorio”.<sup>5</sup> La Declaración de Panamá también reafirma el “pleno respeto y cumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963” y se insta “a todos los países a cumplirla, particularmente en lo que se refiera al derecho que tienen los nacionales, **sin importar su condición migratoria**, a comunicarse con un funcionario consular de su Estado en caso de ser detenidos”.<sup>6</sup>



En las reuniones del Diálogo Institucionalizado entre el Grupo de Río y la Unión Europea, y, en especial a partir de 2004, en ocasión de la III Cumbre América Latina y el Caribe-Unión Europea (ALC-UE), se da un énfasis renovado a esta problemática y un enfoque que excede la preocupación por los derechos de los migrantes. De esta forma, en la Declaración de Guadalajara, junto con el compromiso con un **“enfoque integral de la migración”** y la cooperación en este campo, se fija el objetivo de “abordar cuestiones importantes como el **pleno respeto de los derechos humanos de todos los migrantes, sin importar su estatus**”.<sup>7</sup> Esta intención se renueva en la Declaración de Luxemburgo, donde a pesar de no reanudar el tema con el énfasis con que se lo hizo en su predecesora, se ratifica la importancia del “pleno respeto de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su status”.<sup>8</sup>

Finalmente, en la IV Cumbre ALC-UE de Viena 2006, se retoma el énfasis con que la temática había sido tratada en Guadalajara, incluyéndose en la Declaración Final un título especial sobre migraciones, en donde se reconoce la necesidad de “ampliar los beneficios de la migración, tanto para ambas regiones como para los propios migrantes”, para lo cual se expresa el compromiso de avanzar en el diálogo integral sobre migración mediante la intensificación de la “cooperación y entendimiento mutuo sobre todos los aspectos de la migración en ambas regiones” y se destaca el compromiso de “proteger eficazmente los derechos humanos de todos los migrantes”.<sup>9</sup> Asimismo, se manifiesta el beneplácito por la celebración de la II Reunión de Expertos sobre Migración y se acogen con satisfacción sus recomendaciones.<sup>10</sup> Al respecto, cabe señalar que la II Reunión de expertos de los países de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe sobre Migración (Cartagena de Indias, 2006) produjo un informe que culminó con una serie de recomendaciones que fueron elevadas a la Cumbre de Viena, y que, como hemos visto, fueron recibidas con satisfacción. Respecto a los derechos de los migrantes en situación irregular, allí se reafirma, entre otros temas concernientes a las migraciones en general, “que debe dársele a todo migrante, **sin importar su condición migratoria, la protección plena y eficaz de sus derechos humanos**. Los Estados deberán promover la observancia de los derechos laborales de los migrantes de acuerdo con la legislación nacional e internacional”.

En las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno el tema migración fue cobrando un interés creciente. Desde la primera mención, en ocasión de la III Cumbre Iberoamericana (Salvador de Bahía, 1993) vinculada fundamentalmente a la preocupación por el desarrollo, el aumento de la pobreza y el crecimiento poblacional, se llega a la XVI Cumbre (Montevideo, 2006) cuyo tema principal fue “Migraciones y Desarrollo”. Allí se firma el “Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo” que establece principios fundamentales para el tratamiento integral de las migraciones internacionales entre uno y otro lado de la Comunidad Iberoamericana, basados en el **respeto de los derechos humanos de los migrantes, independientemente de su condición migratoria**, la cooperación entre los países de origen y los de destino y, al mismo tiempo, en el derecho de los países a regular y gestionar los flujos migratorios. Asimismo los Mandatarios emitieron varios comunicados especiales vinculados a la cuestión migratoria.<sup>11</sup>

En el Compromiso de Montevideo, los Mandatarios coincidieron “continuar y profundizar el análisis global de la migración iniciado en el Diálogo de Alto Nivel” de Naciones Unidas, “desde una perspectiva integral y coherente, que considere tanto en sus causas como sus efectos y que, basado en el respeto a los derechos humanos y en la realización del desarrollo, favorezca la búsqueda de mecanismos para su tratamiento

integral”.<sup>12</sup> También se enfatiza **el respeto a los derechos humanos de los migrantes, independientemente de su condición migratoria**, al propio tiempo que enfoca sobre subgrupos de migrantes que enfrentan situaciones de aún **mayor vulnerabilidad**, como los niños y adolescentes, las mujeres migrantes o la migración de indígenas y afrodescendientes.

En relación con la situación de las mujeres, se reconoce el aumento progresivo de la participación de las mismas en las migraciones internacionales. En este sentido, se expresa la necesidad de “adoptar políticas de equidad de género que contemplen el impacto diferenciado que tiene la migración en las mujeres y la necesidad de atender las causas estructurales que las llevan a emigrar”.<sup>13</sup> Un punto muy importante resulta del compromiso asumido respecto de los niños migrantes, en el que se señala que “la protección de los derechos de las personas menores de edad deben formar parte activa de los grandes debates sobre migraciones, así como de las políticas que sean llevadas adelante por los países iberoamericanos”, siendo necesario incrementar esfuerzos para asegurar a los niños, niñas y adolescentes migrantes, **el acceso a la educación y a la salud en igualdad de condiciones con los menores de la sociedad de acogida, independientemente de su condición migratoria**, y evitar la migración no documentada de menores no acompañados, así como procurar su retorno al país de origen cuando aquella se haya producido”.<sup>14</sup>

En las Cumbres de las Américas, el tratamiento de la cuestión migratoria aparece por primera vez en ocasión de la I Cumbre (Florida, 1994) vinculada a la necesidad de **proteger los derechos humanos de los migrantes**, en tanto protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias”.<sup>15</sup> En las sucesivas Declaraciones se profundizó en este sentido, en relación con los derechos laborales, impedir el abuso y maltrato del trabajador migrante y su familia y el derecho de ciudadanía de los hijos de migrantes.

El compromiso asumido por los países integrantes de las Cumbres de las Américas se profundiza con la Declaración de Mar del Plata (2005), donde se reafirma “que debe dársele a todo migrante, **sin importar su condición migratoria, la protección plena de sus derechos humanos** y la observancia plena de las leyes laborales que les aplican, incluyendo los principios y derechos laborales”.<sup>16</sup> A tal fin, se expresa el compromiso de “adoptar acciones para promover el ejercicio pleno y eficaz de los derechos laborales de los trabajadores, incluidos los migrantes, así como la aplicación de normas básicas tales como las establecidas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998”.<sup>17</sup>

El fortalecimiento a las labores del SIDH, se encuentra plasmado en el Plan de Acción de la II Cumbre (Santiago, 1998) en donde se decide apoyar las “actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, particularmente por medio del Relator Especial para Trabajadores Migrantes”.<sup>18</sup> Esta intención se reitera en el Plan de Acción de la III Cumbre (Québec, 2001) y se resuelve también establecer “vínculos con procesos subregionales, tales como la Conferencia Regional sobre Migración y la Conferencia Sudamericana sobre Migración” a fin de compartir información en torno al fenómeno migratorio”.<sup>19</sup> Asimismo se manifiesta la intención de establecer, en el marco de la OEA, de un programa interamericano<sup>20</sup> “para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo los trabajadores migrantes y sus

familias, tomando en cuenta las actividades de la CIDH”.<sup>21</sup> Al respecto, en el Plan de Acción de la IV Cumbre (Mar del Plata, 2005) se solicita a la OEA continúe su trabajo de apoyo técnico en la implementación de dicho programa.<sup>22</sup>

En el año 2000 los 12 mandatarios de América del Sur inauguraron un nuevo foro político con la intención de impulsar el proceso de cooperación regional. La importancia del fenómeno migratorio y de los retos que plantea, se encuentra presente en todos los documentos producidos hasta la fecha, aunque su abordaje fue variando. En la I Reunión de Presidentes de América del Sur, se reafirmó “que los países de origen y destino de aquellos que migran tienen la responsabilidad de fortalecer la cooperación en esa área, a fin de asegurar a esas personas el pleno ejercicio de sus derechos humanos, especialmente el derecho a la vida y a un trato digno, justo y no discriminatorio”.<sup>23</sup> El tema fue variando hasta llegar al quinto encuentro, llamado entonces II Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Suramericana de Naciones (Cochabamba, 2006), donde se subrayó en el carácter integral del abordaje del fenómeno migratorio y su integración a la región. Así, entre los objetivos de una ciudadanía sudamericana, se afirma que uno de los principios rectores de la integración sudamericana, está constituido por los Derechos Humanos, en tanto “son universales, interdependientes, e indivisibles. Se debe dar un impulso similar tanto al desarrollo de los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo el derecho al desarrollo como un derecho sustantivo, en la égida integradora y multidisciplinaria de los derechos humanos”.

En el ámbito de los procesos consultivos regionales sobre migración, se destaca la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, inaugurada en 1999 en Lima, Perú. Desde el interés de este trabajo, resulta destacable de este proceso el último de estos encuentros: la VI Conferencia (Asunción, 2006), cuya Declaración reafirma que entre los objetivos básicos en temas migratorios, está el de respetar “de manera irrestricta los derechos humanos de los migrantes, especialmente los de la mujer migrante y menores no acompañados, con independencia de su situación migratoria, dentro del marco legal de cada país y conforme a los principios universales, instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas...”<sup>24</sup>

#### **4. Los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Derechos humanos con independencia de la situación migratoria.**

Como hemos reseñado en las sucesivas reuniones regionales los Estados de la región se han comprometido a proteger los derechos humanos de las personas migrantes con independencia de su situación migratoria. Esta cuestión ha sido abordada también por los órganos de protección de derechos humanos a nivel regional, tanto por la CIDH como por la Corte IDH.

El SIDH reconoce a los Estados un **amplio margen decisorio** para definir e implementar sus políticas migratorias en función de diversos objetivos legítimos, como la regulación del mercado de trabajo. También reconoce a los Estados su plena capacidad de regular sobre la materia de control migratorio en virtud de su soberanía territorial. Ello incluye los contenidos de su política migratoria y sus objetivos estratégicos. Los estándares de derechos humanos sólo fijan un marco mínimo que debe ser respetado por los Estados al momento de definir y ejecutar esas políticas.

Un punto básico sobre el que se construyen los diversos desarrollos en materia de derechos humanos en el campo de las migraciones, es el **principio de igualdad y de no discriminación**. Así, los órganos del SIDH sostienen que los Estados pueden establecer algunas distinciones en el goce de ciertos beneficios o el acceso a determinados bienes o servicios, entre sus ciudadanos, los extranjeros con status irregular y los extranjeros en situación irregular, pero esa facultad es limitada, pues sólo puede ejercerse considerando que dicho trato diferencial debe ser establecido por una ley en sentido formal, y debe ser razonable, objetivo, proporcional, de modo que no prive a las personas de aspectos sustanciales de los derechos humanos.<sup>25</sup> Esto es: cualquier diferencia de trato entre extranjeros y ciudadanos, o basada en la condición migratoria, no está prohibida en términos absolutos, pero si se encuentra seriamente condicionada al respeto estricto de ciertos requisitos de procedimiento y de contenido.

La necesidad de que la diferencia de trato cumpla con un principio de legalidad, esto es, sea establecida por una ley formal dictada por un Congreso democrático, procura brindar a las personas ciertas garantías políticas de orden formal. Estas garantías consisten en asegurar que la restricción de un derecho será siempre el resultado de procedimientos de deliberación democrática por los órganos que expresen la voluntad popular, y de acuerdo a los ritos constitucionales. También se procuran garantías sustantivas vinculadas con la razonabilidad de las normas o políticas que establecen el trato diferencial. Por ello se requieren criterios objetivos, y no meramente discrecionales para la autoridad pública, que respondan a la persecución de fines legítimos de interés general, y que las diferencias de tratamiento sean estrictamente necesarias, y no meramente útiles o convenientes, para la realización de esos fines.

Además el SIDH sostiene que en ningún caso una norma o una política puede justificar en la extranjería o en la situación migratoria, la negación a una persona de los derechos básicos que le corresponden por el hecho de ser una persona. Existen algunos derechos básicos que pertenecen a todas las personas con absoluta independencia de su pertenencia a una comunidad política, su ciudadanía, o su condición migratoria. La determinación de ese **núcleo básico de derechos inderogables en razón de la situación migratoria**, es uno de los temas más complejos y desafiantes en la actualidad, pues las acciones estatales que con distinto énfasis niegan o desconocen derechos en base a la situación irregular migratoria, contribuyen a poner en cuestión la vigencia misma de la noción de los derechos humanos, como categoría superadora del concepto de ciudadanía política.

Históricamente, la consagración de un derecho a la nacionalidad se reveló como una necesidad insoslayable en un contexto de vulnerabilidad representado en las figuras del apátrida y del refugiado. El catálogo de los derechos reconocidos, no existía para quien no demostraba pertenecer a alguna comunidad política, tener una nacionalidad y un Estado dispuesto a garantizarle sus derechos. Sin pertenencia a una comunidad política, se estaba fuera del redil de la ley, en una zona gris de no derecho, en un limbo legal sujeto a la arbitrariedad sin consecuencias. Fue precisamente el hecho histórico representado en las figuras del apátrida y del refugiado político del período de entreguerras el que marcó en gran medida, el nacimiento de la noción de los derechos humanos tal cual se conoce hoy. El **derecho a tener derechos**, no sujetos a la nacionalidad, ni a la pertenencia a una determinada comunidad política.<sup>26</sup>

En la actualidad, la problemática de los trabajadores migrantes y otros flujos de poblaciones internacionales y globales, ha vuelto a separar los derechos de las personas,

de los derechos de nacionalidad. La masividad de los nuevos movimientos globales de población, ya sea de trabajadores migrantes “indocumentados”, refugiados o desplazados internos, perfila dramáticamente nuevos contingentes o grupos al margen del derecho, fuera del “redil de la ley”, planteando desafíos conceptuales y operativos a los sistemas de protección de derechos humanos, pero también profundos problemas de legitimidad a los gobiernos democráticos.

En tal sentido lo entiende el Juez de la Corte IDH A. A. Cançado Trindade, cuando expresa que ello implica un serio desafío a la concepción que entiende los derechos fundamentales como atributos derivados solamente del status de ciudadanía política: “los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden sólo a los que el derecho positivo estatal considera ciudadanos, no amparando, pues, a los migrantes indocumentados”.<sup>27</sup>

De esta manera, la Corte IDH establece la primera observación general sobre la materia de los derechos humanos de los migrantes, señalando que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, independientemente de su status migratorio.<sup>28</sup>

En el ejercicio de su política migratoria los Estados pueden adoptar medidas que resulten en la restricción o limitación de ciertos derechos, pero no pueden, a partir de la condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>29</sup>

La afectación de los derechos humanos de los migrantes, y en particular, de los migrantes en situación irregular, es un tema que ido cobrando gradualmente mayor importancia y centralidad en la agenda del sistema internacional de los derechos humanos. El aumento del número de casos impulsados a instancias de la sociedad civil<sup>30</sup>, como el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH en dos ocasiones en los últimos años resulta una muestra palpable de ello.<sup>31</sup>

Una breve reseña de los principales estándares fijados por el SIDH acerca de un núcleo mínimo de derechos humanos que deben ser respetados y garantizados a todas las personas con independencia de su situación migratoria, puede contribuir a entender la dimensión del problema y el alcance de las respuestas brindadas en el campo de la protección internacional de derechos humanos en la actualidad.

#### 4.1. *Derechos civiles.*

En primer lugar, entre los derechos consagrados en la Declaración Americana y en la Convención Americana que no pueden negarse en razón de la condición migratoria irregular, se encuentran por supuesto el derecho a la vida, a la integridad física y también la libertad personal, que rige por ejemplo en qué casos y bajo qué condiciones una persona puede ser detenida. Aun en los casos de personas que han ingresado ilegalmente al territorio de un Estado, deben respetarse las mismas garantías mínimas que a cualquier otra persona, en la determinación estricta de las causas y condiciones para proceder a su detención en ejercicio del control migratorio, la necesaria intervención de un juez independiente e imparcial en el control de la legalidad de la

detención, y de su duración por un tiempo razonable. Estos derechos deben ser asegurados incluso para aquellas personas que por una ficción legal se considera que no han ingresado al territorio, pese a estar físicamente en éste bajo la autoridad de los agentes de un Estado<sup>32</sup>.

En caso de quedar detenidos, se ha señalado la necesidad de separar estrictamente un régimen de detención por faltas migratorias que debe ser de orden administrativo, con las detenciones penales, dotando a ese régimen de algunas importantes garantías de procedimiento y control. Así, la Relatoría sobre trabajadores migratorios de la CIDH ha fijado una serie de estándares aplicables a las condiciones de detención de los migrantes y sus familias.<sup>33</sup>

#### 4.2. *Garantías de debido proceso y acceso a la justicia.*

En segundo lugar, entre las garantías mínimas que se deben reconocer a todo migrante, independientemente de su status migratorio, se encuentra el derecho al debido proceso legal. Este derecho debe ser comprendido en un sentido amplio, abarcando las esferas judiciales y las administrativas y los distintos órdenes, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>34</sup> La Corte IDH expresa, citando jurisprudencia suya anterior, que “el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.<sup>35</sup>

Particularmente importante resultan los componentes identificados por la CIDH para el derecho al debido proceso legal en sede administrativa. Así, la CIDH sugiere “normas mínimas de debido proceso aplicables a determinaciones de estatus y exclusiones y deportaciones”,<sup>36</sup> como por ejemplo: a) adjudicador responsable e imparcial; b) derecho a ser oído; c) información, traducción e interpretación; d) representación legal; e) revisión Judicial; f) acceso a autoridades consulares y g) condiciones de detención apropiadas.

El SIDH ha establecido además de manera categórica la prohibición de deportaciones o expulsiones colectivas de los migrantes “indocumentados”.<sup>37</sup>

#### 4.3. *Situación de vulnerabilidad, protección especial y derechos económicos, sociales y culturales.*

Si bien el SIDH no ha fijado aún con precisión el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales que deben ser reconocidos a las personas con prescindencia de su condición migratoria, ha avanzado gradualmente en algunas definiciones que suelen partir del reconocimiento de los migrantes irregulares como un grupo social en extremas condiciones de vulnerabilidad frente a los abusos de la autoridad y de particulares.

El SIDH ha reconocido en los migrantes en situación irregular un conjunto caracterizado por una extrema vulnerabilidad. La Corte IDH se ha expresado con claridad en la Opinión Consultiva OC-18 sobre “La condición jurídica y los derechos de

los migrantes indocumentados” sobre esta materia.<sup>38</sup> Asimismo, en sus informes la CIDH se ha expresado en igual sentido.<sup>39</sup> La Comisión ha alertado también sobre el esfuerzo que se hace necesario para la identificación en cada tiempo y lugar de los grupos vulnerables, ya que pueden variar según el momento histórico y las sociedades.<sup>40</sup>

La CIDH ha recomendado también la adopción de medidas tendientes a legalizar y regularizar la situación de los trabajadores indocumentados y en especial, la de sus hijos, ya que dicha situación les impide el ejercicio de derechos fundamentales como la salud y educación.<sup>41</sup>

En consecuencia, la existencia de grupos que padecen **situaciones de alta vulnerabilidad** afecta la obligación de garante del Estado en materia de derechos humanos en lo que hace al ejercicio de ciertos derechos fundamentales. El SIDH ha llamado la atención sobre la necesidad de adoptar **medidas positivas**, concretas y orientadas para asegurar el ejercicio de algunos derechos económicos, sociales y culturales.

Una situación de gran importancia que ha sido abordada por el SIDH ha sido la que se deriva de la vulnerabilidad que envuelve a los niños migrantes o hijos de migrantes indocumentados. Ya la CIDH había identificado este grupo como de extrema vulnerabilidad. De allí que la CIDH haya recomendado, en ocasión de sus informes sobre la situación de los trabajadores haitianos indocumentados en República Dominicana, la adopción de medidas tendientes a legalizar y regularizar la situación de los trabajadores indocumentados y en especial, la de sus hijos, ya que dicha situación les impide el ejercicio de derechos fundamentales como la salud y educación.<sup>42</sup>

En uno de estos casos que llegó al conocimiento de la Corte IDH, ésta señaló que: “el Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños”.<sup>43</sup>

#### 4.4. *Derechos laborales.*

La Corte IDH en ejercicio de su función consultiva ha establecido que se deben reconocer, sin importar el status migratorio, los derechos derivados de la relación laboral. Una persona que haya realizado, realice o vaya a realizar un trabajo adquiere inmediatamente la condición de trabajador por el tipo de relación social que establece y ello es así cualquiera sea su situación migratoria.<sup>44</sup> En consecuencia, los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular surgen necesariamente de su condición de trabajador. Los Estados deben actuar para impedir que las relaciones contractuales o los actos de un empleador privado vulneren los estándares mínimos internacionales en materia laboral. La condición migratoria irregular, e incluso la sujeción a un procedimiento de expulsión, no pueden privar a la persona de los derechos laborales derivados del trabajo efectivamente cumplido o realizado para un empleador.

Además los trabajadores migrantes en situación irregular tienen derecho a no ser discriminados en sus empleos y el Estado no debe permitir que los empleadores particulares violen sus derechos laborales. Asimismo, el Estado debe asegurar que los

trabajadores puedan reclamar efectivamente ante la justicia por la afectación de sus derechos laborales.<sup>45</sup>

Se les debe reconocer especialmente el derecho a desempeñar su actividad laboral en condiciones dignas, y a recibir una remuneración adecuada<sup>46</sup>.

La Corte IDH también ha señalado con preocupación algunos derechos que suelen ser violados habitualmente en situaciones de explotación laboral de migrantes en situación irregular: la prohibición del trabajo forzoso, la prohibición del trabajo infantil, las atenciones especiales a la mujer trabajadora, los derechos de asociación y libertad sindical, negociación colectiva y salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de la jornada, condiciones laborales adecuadas, descanso e indemnización.<sup>47</sup>

## **5. Conclusiones**

Los estándares internacionales de derechos humanos pueden actuar como marco de orientación para la definición de las políticas públicas en general, y las políticas migratorias, en particular.

El sistema internacional de protección de los derechos humanos concede a los Estados la facultad de establecer un trato distintivo a nacionales y extranjeros, o entre migrantes regulares e irregulares. Sin embargo, dicho trato diferencial debe basarse en leyes formales, y ser siempre razonable, objetivo, proporcional, y que no lesione los derechos humanos. Ningún Estado puede privar a las personas de ciertos derechos mínimos inherentes a su condición de personas, sobre la base de que han ingresado ilegalmente al territorio, o que se encuentran en una situación migratoria irregular.

Una primera aproximación a estas situaciones contrastantes que parecen derivarse de sistemas en tensión –entre los derechos derivados de la pertenencia a una comunidad política y derechos universales derivados de la condición de personas–, resulta el deber de los Estados, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, de garantía de los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. En este caso, los Estados no pueden invocar ficciones legales de “no ingreso al territorio” o situaciones diferenciales que no respeten los derechos humanos mínimos de todas las personas que se encuentran físicamente en su territorio.

Este consenso normativo contrasta visiblemente con líneas de regulación y de política migratoria en varios países de la región.

Pese a ello, entre los países y sus gobiernos hay un proceso de diálogo y debate abierto, así como la búsqueda de nuevos consensos. En sucesivos foros, cumbres internacionales y regionales y en especial en las Conferencias Sudamericanas sobre Migraciones, los países de la región han ido asumiendo compromisos de acción sobre la cuestión migratoria.

Estos compromisos de acción contribuyen a crear un cuerpo de principios que impactan sin duda en los criterios considerados por los Estados al elaborar sus estrategias de acción en la materia. Sin embargo, estos compromisos no se encuentran debidamente sistematizados y concordados entre sí y tampoco se ha estudiado con la debida diligencia su relación, articulación o desajuste con las obligaciones internacionales de



los Estados en este ámbito. En este sentido, los estándares jurídicos internacionales pueden contribuir a ajustar y a dotar de contenidos más precisos a los compromisos asumidos en las instancias políticas internacionales.

En sus formas concretas, dichos acuerdos fueron incorporando paulatinamente un componente de derechos en un dominio tradicionalmente observado bajo lineamientos macroeconómicos o macropoblacionales, cuando no bajo una perspectiva de seguridad o control de fronteras.

En este desarrollo, los Estados fueron asumiendo –unas veces con ciertas resistencias, otras más rápidamente– el respeto de los derechos humanos de todos los migrantes en tanto premisa fundamental de la temática de las migraciones. Esta perspectiva de derechos vinculada a la cuestión migratoria se consolidó recién en los últimos años en una línea similar a la desarrollada por el SIDH, en el sentido de garantizar una serie de derechos mínimos a todos los migrantes, sin importar su status migratorio.

El SIDH puede brindar precisión a ciertos conceptos utilizados en el marco de esos compromisos políticos regionales, asegurando mayor legitimidad social a esos acuerdos y ciertos márgenes de implementación y fiscalización de su cumplimiento por la comunidad internacional. Además el SIDH puede brindar un marco conceptual que le permita a los Estados americanos avanzar gradualmente en la armonización de sus políticas migratorias con el derecho internacional de los derechos humanos.

En particular, las normas y políticas públicas en materia migratoria o que pudieran afectar de manera directa o indirecta a los migrantes, deberían considerar especialmente los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en relación con ciertos derechos que no pueden ser negados o restringidos irrazonablemente en función del estatus migratorio de las personas, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad personal y a la integridad física, el derecho al debido proceso legal, los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación de especial vulnerabilidad, como los niños y niñas indocumentados, así como los derechos laborales básicos de los trabajadores migrantes.

Algunos de estos temas fueron puestos ya sobre las mesas de diálogo regional, tanto directas como multilaterales, como el problema de la asistencia consular, o los derechos que les asisten a los niños migrantes. Otros problemas, como los relacionados a afectaciones de derechos laborales, o a la persistencia de ciertas prácticas discriminatorias y xenófobas, han sido históricamente considerados en esos espacios, pero su atención y tratamiento se detienen frecuentemente frente a la diferencia establecida sobre el status migratorio. La dificultad para instalar estos asuntos en la agenda obedece además a la debilidad de acción de los propios sectores sociales afectados, y a la imposibilidad de construir una corriente de opinión capaz de identificar el tema como un asunto de indudable interés público, vital para la construcción de sociedades auténticamente inclusivas y democráticas. De ahí que todavía quede mucho por realizar, tanto en la formulación de acuerdos jurídicos internacionales, como en la conformación de nuevos consensos sociales y políticos que permitan miradas más abiertas a los derechos en las agencias y en las políticas migratorias. Al menos para empezar a garantizar una serie de derechos mínimos para todos las personas que atraviesan la experiencia de migrar en el continente americano.

---

<sup>1</sup> Abramovich, Víctor “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos 2006*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

<sup>2</sup> De esta manera, una vía de incorporación de los estándares internacionales a los ordenamientos locales o nacionales resulta del impacto de las decisiones y la jurisprudencia del SIDH en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Es importante señalar que los estándares interamericanos han sido receptados por numerosas decisiones de los tribunales nacionales en materias muy diversas, que han contribuido a enriquecer la jurisprudencia constitucional de varios países de la región, estableciendo una suerte de diálogo entre los tribunales locales y el SIDH. Algunos autores señalan que este proceso ha dado lugar a una creciente internacionalización del derecho constitucional en los países americanos. Entre los asuntos en los que más ha influido la jurisprudencia del SIDH puede mencionarse: la invalidez de las amnistías de crímenes de lesa humanidad, el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la prohibición de censura previa, la despenalización del desacato y la crítica política; los límites y condiciones de la prisión preventiva, la fijación de un plazo razonable para la duración de los procesos penales y civiles, las condiciones para la aplicación de la pena de muerte, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la información, entre otras.

<sup>3</sup> Declaración de Asunción, aprobada en la XI Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, Asunción, 23 y 24 de agosto de 1997, párr. 44.

<sup>4</sup> Declaración de Panamá, aprobada en la XI Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, Panamá, 4 y 5 de septiembre de 1998, párr. 18.

<sup>5</sup> Declaración de Cartagena de Indias, aprobada en la XIV Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, Cartagena, 15 y 16 de junio de 2000, párr. 21.

<sup>6</sup> Declaración de Panamá, aprobada en la XI Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, Panamá, 4 y 5 de septiembre de 1998, párr. 19.

<sup>7</sup> Declaración de Guadalajara, Tercera Cumbre América Latina y el Caribe-Unión Europea, México, 28 y 29 de mayo de 2004, párr. 38.

<sup>8</sup> Declaración de Luxemburgo, XII Reunión Ministerial Institucionalizada, Luxemburgo, 27 de mayo de 2005, párr. 6.

<sup>9</sup> Declaración de Viena, Cuarta Cumbre América Latina y el Caribe-Unión Europea, Austria, 12 de mayo de 2006, párr. 49.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> En las Reuniones Ministeriales de Turismo; Vivienda y Desarrollo Urbano; Salud, Infancia y Adolescencia; y Juventud, se emitieron declaraciones en las que se establecieron y concertaron políticas sectoriales para los migrantes.

<sup>12</sup> Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, aprobado en la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, 3-5 de noviembre de 2006, párr. 1.

<sup>13</sup> Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, aprobado en la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, 3-5 de noviembre de 2006, párr. 18.

<sup>14</sup> Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, aprobado en la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, 3 al 5 de noviembre de 2006, párr. 19.

<sup>15</sup> Plan de Acción, Primera Cumbre de las Américas, Miami, 9 al 11 de diciembre de 1994, párr. 2.

<sup>16</sup> Declaración de Mar del Plata, adoptada en la Cuarta Cumbre de las Américas, 4 y 5 de noviembre de 2005, párr. 26.

<sup>17</sup> Plan de Acción, Cuarta Cumbre de las Américas, Mar del Plata, 4 y 5 de noviembre de 2005, párr. 18.

<sup>18</sup> Plan de Acción, Segunda Cumbre de las Américas, Santiago de Chile, 18 y 19 de abril de 1998, sección II.5, párr. 8.

<sup>19</sup> Plan de Acción, Tercera Cumbre de las Américas, Québec, Canadá, 20 al 22 de abril de 2001, sección 2, Migración.

<sup>20</sup> El “Programa Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo los trabajadores migrantes y sus familias” se adoptó por resolución AG/RES. 2141 (XXXV-O/05).

<sup>21</sup> Plan de Acción, Tercera Cumbre de las Américas, Québec, Canadá, 20 al 22 de abril de 2001, sección 2, Migración.

<sup>22</sup> Plan de Acción, Cuarta Cumbre de las Américas, Mar del Plata, 4 y 5 de noviembre de 2005, sección I.C, párr. 23.

<sup>23</sup> Comunicado de Brasilia, I Reunión de Presidentes de América del Sur, Brasilia, 31 de agosto y 1 de septiembre de 2000, párr. 28.

<sup>24</sup> Declaración de Asunción, aprobada en la Sexta Conferencia Sudamericana de Migraciones, Asunción, 4 y 5 de mayo de 2006, párr. 1.

<sup>25</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, del 17 de Septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 119: “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>26</sup> Arendt, Hannah. “La decadencia de la Nación-Estado y el final de los derechos del hombre”, en *Los Orígenes del Totalitarismo*, Grupo Santillana de Ediciones, 1999, pp.: 343-382; Ferrajoli, Luigi. “De los Derechos del Ciudadano a los Derechos de las Personas”, en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 2001, pp.: 97-123.

<sup>27</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, del 17 de Septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Voto Concurrente de A. A. Cançado Trindade, párr. 55. Respecto de la desvinculación efectuada por la Corte en la OC-18 entre respeto, protección y garantía de los derechos humanos y pertenencia a determinado cuerpo político estatal, ver Pablo Ceriani Cernadas y Diego Morales, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados. Materiales para recuperar pasos perdidos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2004 B, Editores del Puerto, 2004.

<sup>28</sup> “Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, del 17 de Septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 109. Por su parte, La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias ha expresado en ocasión del cuarto informe de progreso en el año 2004 “[e]n definitiva, los tratados de derechos humanos, deben interpretarse y aplicarse de manera tal que protejan los derechos básicos de los seres humanos sin discriminación de ninguna clase. Este precepto básico se fundamenta a su vez en la premisa elemental de que la protección de los derechos humanos deriva de los atributos de la persona humana y en virtud del hecho de tratarse de un ser humano y no porque sea ciudadano o nacional de un determinado Estado. Estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en los tratados de derechos humanos constituyen obligaciones que los Estados de las Américas, deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad, ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición migratoria”, CIDH, *Cuarto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio*, párr. 92.

<sup>29</sup> “... los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar los derechos consagrados en la Declaración y la Convención así como en otros tratados de los que sean parte, a todas las personas que se encuentren bajo su autoridad y control, recayendo sobre el Estado la carga de probar la existencia de una limitación permisible que explícitamente restrinja o excluya la aplicación de algunas o de todas las disposiciones del instrumento a una clase determinada de personas, como los extranjeros. Esto significa que la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”, CIDH, *Cuarto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio*, párr. 101.

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

<sup>31</sup> Opiniones consultivas OC-16, del 1 de Octubre de 1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal y OC-18, del 17 de Septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, ambas a solicitud del Estado de México. Particularmente importante a los fines de nuestro tema resulta la segunda de ellas. El 10 de mayo de 2002, México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la “[...] situación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes], y su compatibilidad con 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; así como 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”. Fruto de dicha consulta, y luego del proceso consultivo más movlizado de toda su historia, es la OC-18.

<sup>32</sup> CIDH, caso “Rafael Ferrer-Mazorra y otros Vs. Estados Unidos de América, 4 de abril de 2001.

<sup>33</sup> “La Relatoría, al entender que los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas y no criminales ni sospechosos de cometer delitos, fija un estándar claro en la materia: deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes. En este sentido, [los] trabajadores migratorios deben permanecer junto a sus familiares en espacios relativamente abiertos y no ser colocados en celdas. De igual modo, tendrían que tener acceso a bibliotecas, recreación, atención médica y derecho a salir un espacio al aire libre al menos por una hora cada día. Los recintos de detención también deberían contar con manuales con información en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos, fichas con nombres y teléfonos de asesores legales y organizaciones a los que estas personas pudiesen recurrir para pedir apoyo si así lo estiman pertinente. Del mismo modo, visitas de parte de autoridades consulares, familiares, asesores legales u otras personas no deben en ningún

---

caso ser restringidas”, CIDH, *Cuarto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, párr. 92.

<sup>34</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 124.

<sup>35</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 123.

<sup>36</sup> CIDH, Segundo Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio (oea/ser.l/v/i1111 doc. 20 rev.), 16 de abril de 2001, párr. 99.

<sup>37</sup> Resoluciones de la Corte IDH, *Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*.

<sup>38</sup> “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”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, del 17 de Septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 112. Idéntica posición se lee en el Voto Concurrente de A. A. Cañado Trindade (párr. 15) y en el Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio Ramírez (párrs. 9 y 11)

<sup>39</sup> CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Apartado “Trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y extranjeros”, 2002, Párr. 375; CIDH, *Informe sobre República Dominicana*, CIDH, Capítulo IX: “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana”, 1999; CIDH, *Informe 2001*, Capítulo IX, “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias”.

<sup>40</sup> “La identificación de ‘grupos en situación de vulnerabilidad’ varía en cada sociedad y en cada momento histórico y también, en este sentido, cada Estado debe definir cuáles son esos grupos para formular políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos”. CIDH, *Informe Acceso a la Justicia. Para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007, párr. 118.

<sup>41</sup> CIDH, *Informe sobre República Dominicana*, CIDH, Capítulo IX “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana, “Recomendaciones y Conclusiones”, párrs. 363 y 364.

<sup>42</sup> CIDH, *Informe sobre República Dominicana*, CIDH, Capítulo IX “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana, “Recomendaciones y Conclusiones”, párrs. 363 y 364.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso de las niñas Yean Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 244.

<sup>44</sup> “Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 133.

<sup>45</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 173.

<sup>46</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 158

<sup>47</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 157.