



European  
University  
Institute

MAX WEBER PROGRAMME

# EUI Working Papers

MWP 2009/03

MAX WEBER PROGRAMME

Los derechos de los extranjeros en situación irregular: reflexiones a la luz de la práctica de los sistemas de protección derechos humanos en el ámbito europeo y americano

The Rights of Undocumented Migrants in the Light of Recent International Practice in Europe and America

María Belén Olmos Giupponi



**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE**  
**MAX WEBER PROGRAMME**

*The Rights of Undocumented Migrants  
in the Light of Recent International Practice in Europe and America*

**MARÍA BELÉN OLMOS GIUPPONI**

EUI Working Paper **MWP** 2009/03

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Max Weber Programme of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1830-7728

© 2009 María Belén Olmos Giupponi

Printed in Italy  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy  
[www.eui.eu](http://www.eui.eu)

## **Abstract**

The purpose of this paper is to analyze recent developments in the protection of human rights of undocumented migrants and identify unresolved controversial issues in this field. In the current international situation, undocumented migrants continue clearly to face problems concerning their status and their rights, in particular, those who have entered the territory of the State illegally (illegal entrants) or have stayed illegally even if they initially entered legally (migrants who have stayed longer than the law or their permits allow). At the UN level, the tendency in the last twenty years has been towards a gradual development of a more precise framework regarding in particular the situation of migrant workers. Furthermore, regional bodies and regional human rights law provide general standards applicable to specific cases. In particular, the European system of human rights and the inter-American system of human rights offer mechanisms to assess the respect of the commitments by States under international human rights law. It should be pointed out that European Union has been also developing a practice to handle the situation of undocumented migrants. Thus, this paper deals with the protection of human rights of undocumented migrants in two different contexts: Europe and America, analyzing different systems: on the one hand the European Convention on Human Rights System and the European Union, and, on the other and Inter-American System. The progress in the practice of these regional systems in relation to the protection of undocumented migrant is described and the points of convergence between systems as well as controversial are highlighted.

## **Keywords**

Human rights, Undocumented migrants, European Convention of Human Rights, Inter-American System of Human Rights, European Union immigration policy

## Summary

Introduction.

An overview about the protection of migrants at the UN level.

International migrations and regional spaces: Europe and America.

Undocumented migrants under the European Human Rights System.

- a. Protection of human rights of undocumented migrants during expulsion process.
- b. Detention of undocumented migrants.
- c. Respect for private and family life of undocumented migrants.
- d. Entitlement to other human rights.

European Union and treatment of undocumented migrants.

- e. The development of EU migratory policy.
- f. EU and Third Countries Nationals.
- g. The jurisprudence of the Court of Justice of European Communities regarding undocumented migrants

The protection of undocumented migrants in the Inter-American System.

Conclusions.

## Introducción

En los últimos tres decenios el flujo de personas que se desplazan desde sus Estados de origen hacia otros Estados por diversas razones (demográficas, políticas, económicas, climáticas) se ha incrementado de manera exponencial en un contexto internacional cada vez más globalizado<sup>1</sup>.

El fenómeno migratorio actual de contornos imprecisos y cambiantes requiere una respuesta adecuada para resolver los problemas que se presentan y que ponen en riesgo la tutela de los derechos humanos. Cada vez con mayor frecuencia, nos enfrentamos a situaciones de alto riesgo para la protección de los derechos humanos como el tráfico de personas humanas o acciones de racismo, xenofobia y discriminación. En efecto, uno de los principales desafíos que afronta la Comunidad Internacional es el de compatibilizar la regulación de los flujos migratorios internacionales con la protección de los derechos humanos de los migrantes.

En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido en los últimos años a establecer normas que indican los estándares mínimos y comunes que deben seguir los Estados respecto del tratamiento que se dispensa a los extranjeros sometidos a su jurisdicción. A nivel universal, se percibe una tendencia general a brindar nuevas formas de protección especializada a los migrantes que se manifiesta a través de la adopción de instrumentos y el establecimiento de mecanismos de protección específicos.

Evidentemente, quienes encuentran los principales problemas en cuanto al reconocimiento y la protección de derechos humanos son los migrantes que se encuentran en situación irregular<sup>2</sup>. Esta situación de irregularidad puede ser originaria o sobrevenida y continuar durante toda la vida o terminar, bien sea por la regularización de su situación a través del régimen general o de medidas especiales dispuestas por el Estado receptor o bien por la expulsión o de este territorio, o en algunos casos por el retorno a sus países de origen a través de acuerdos y acciones de repatriación.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos las cuestiones que resultan debatidas giran en torno a la titularidad y al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio de otros Estados. En concreto, se trata de determinar si más allá del contenido de lo que se podría llamar un núcleo duro de derechos humanos esenciales el reconocimiento debiera extenderse a otros derechos, como algunos de carácter económico y social, cuyo disfrute resulta todavía cuestionado.

Dentro de este marco general y teniendo en cuenta la respuesta que dan los diferentes Estados al tratamiento de los extranjeros en situación irregular se pueden observar diferentes escenarios regionales entre los cuales se encuentran el ámbito europeo y el ámbito americano. En ambas regiones, al interior de los diversos sistemas de protección de derechos humanos establecidos se ha venido observando una práctica determinada al respecto. Es a la luz de esa práctica y, en concreto, de la jurisprudencia y doctrina de los órganos regionales de protección de los derechos humanos que se pueden aquilatar adecuadamente los avances que se vienen produciendo en esta materia en constante evolución.

A través del presente trabajo se pretende de realizar un análisis crítico de la normativa internacional existente en esta materia, así como examinar y extraer los puntos centrales de las recientes manifestaciones de la práctica de los diversos sistemas de protección de los derechos humanos en el

---

<sup>1</sup> D. Rodrik, Feasible Globalisations, John F. Kennedy School of Government, Harvard University: Faculty Research Working Papers Series RWP02-029, July 2002. Disponible en: Social Science Research Network (SSRN): <http://ssrn.com/abstract=349021>. (20.02.2008). Se estima que aproximadamente 180.000 personas revisten en la actualidad la condición de migrantes.

<sup>2</sup> Hay diferentes posiciones sobre el concepto adecuado para referirse a las diversas situaciones en las que se encuentran las personas que se desplazan de un Estado a otro diverso del de su nacionalidad. Desde la perspectiva del derecho internacional público la terminología clásica ha sido la de extranjero (alien-foreigner-étranger). No obstante, cabe señalar que en la actualidad en la normativa internacional se ha generalizado el uso del término migrante con diversas connotaciones.

continente europeo y americano en lo que concierne al reconocimiento y protección de los derechos de los extranjeros en situación irregular.

### **Algunas consideraciones sobre la protección de los extranjeros y migrantes en el ámbito universal**

De acuerdo con la concepción tradicional basada en el principio de soberanía territorial del Estado, las facultades de decidir sobre la admisión o no de un extranjero, la regulación de su estancia en el territorio estatal así como la salida del mismo corresponden a la órbita de los poderes soberanos del Estado territorial en cuestión. No obstante ello, dentro del derecho internacional público consuetudinario se ha reconocido un número de derechos humanos revestidos del carácter de inviolabilidad que deben ser respetados en todo caso.

En ese sentido, se entiende que los Estados deben respetar un número mínimo de derechos y garantías esenciales a todos los extranjeros (con independencia de su condición) vinculados estrechamente a la dignidad de la persona humana. Dicho conjunto de derechos y garantías esenciales constituye el denominado estándar mínimo internacional (*international minimum standard*). El estándar mínimo internacional cumple una función dual: por una parte representa un límite a la soberanía del Estado territorial que debe asegurar estas condiciones mínimas de garantía de los derechos humanos a todos los extranjeros que se encuentran en su territorio y por otra parte, representa en abstracto la posibilidad de que se ejerza el mecanismo de la protección diplomática por parte del Estado del cual es nacional la persona afectada en caso de que se produzca la violación de dicho estándar<sup>3</sup>. Por tanto, el estándar mínimo internacional condensa ese núcleo duro de derechos humanos al que se ha hecho referencia anteriormente.

La expansión de la protección internacional de los derechos humanos ha contribuido a consolidar este estándar mínimo internacional de derechos humanos de base esencialmente consuetudinaria. De esta manera, los diversos tratados de derechos humanos de ámbito universal han incluido una serie de derechos considerados esenciales. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los dos Pactos Internacionales (1966), de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PDCP) y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) han incorporado los derechos incluidos en el estándar mínimo internacional. A ello debemos agregar los tratados de derechos humanos adoptados en los ámbitos regionales: el Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Desde luego la recepción del estándar mínimo internacional se ha operado también a nivel interno de cada Estado<sup>4</sup>.

Sobre el contenido del estándar mínimo internacional hay que resaltar que para determinar cuál es el contenido del estándar mínimo en un momento preciso hay que tomar en consideración las normas del Derecho Internacional general, las normas del Derecho Internacional Particular y también el derecho comparado para observar cuáles son los derechos considerados como fundamentales en cada Estado<sup>5</sup>. La inclusión o no de ciertos derechos dentro del mismo continúa siendo todavía hoy un tema debatido. Se puede afirmar que mientras existe un consenso internacional sobre derechos que revisten el carácter

---

<sup>3</sup> Este aspecto ha sido abordado durante años a través de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional Ver los diferentes informes de la Comisión Internacional del relator García Amador. Ver F. V García Amador, Draft articles on the responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, 1974.

<sup>4</sup> En el caso de España el artículo 96.1 indica que los tratados válidamente ratificados por España forman parte del ordenamiento interno entre ellos los referidos a los derechos humanos “que reconocen a todas las personas, con independencia de su condición de nacional o extranjero del país en que se hallen distintas libertades públicas y derechos fundamentales”. Estos derechos y libertades son “indisponibles para el legislador interno (...) Con ello se garantiza a los extranjeros (...) un estándar mínimo en lo referente a sus derechos y libertades fundamentales”. Ver J. García Morillo, La posición constitucional de los extranjeros en España, en El derecho a la no discriminación por motivos de raza, publicación del Ararteko (Defensor del Pueblo-País Vasco), Colección Jornadas sobre Derechos Humanos N° 1, San Sebastián, 1997, p.50.

<sup>5</sup> M. Díez de Velasco Vallejo, Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 488 y 489.

de inderogabilidad bajo cualquier circunstancia, se sigue discutiendo sobre el goce de otros derechos por parte de los extranjeros en general y más aún si éstos se encuentran en situación irregular<sup>6</sup>.

Dentro de esa primera categoría sobre la que hay consenso generalizado deben incluirse los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física y moral; la prohibición de esclavitud y de ser sometido a tortura y a otros penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; el derecho a no ser detenido arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable con la posibilidad de ser oído; el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a la legalidad; a la irretroactividad de la ley penal; a la personalidad jurídica; a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>7</sup>.

En esta materia y referido al reconocimiento y goce de derechos por parte de los ciudadanos extranjeros, hay que mencionar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a través del *Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de los extranjeros en el ámbito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos* en 1986 se refirió al catálogo de derechos cuyo respeto debe garantizarse a los extranjeros<sup>8</sup>. Dicho comentario afirma que el derecho de admisión permanece aún en manos del Estado territorial, pero al mismo tiempo establece la imposición de ciertos límites al poder estatal ya que los Estados deben respetar el principio de no discriminación, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la vida privada y familiar. Además el Comentario menciona un catálogo de derechos que se reconocen a quienes permanecen en situación regular dentro del territorio de un Estado distinto del de su nacionalidad. Por último, el Comentario General alude a la condición de quienes han entrado o permanecen ilegalmente en el territorio de otro Estado, en este supuesto, se les reconoce el derecho al cumplimiento de determinadas garantías durante el proceso de la expulsión.

Durante los últimos decenios en el ámbito de Naciones Unidas, se puede apreciar una clara tendencia hacia el establecimiento y la adopción de instrumentos enfocados en la protección de los derechos humanos de los extranjeros bajo la categoría específica de migrantes y en particular la de los trabajadores migrantes. En este aspecto hay que destacar la labor de organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Internacional para las Migraciones. La Organización Internacional del Trabajo desde muy temprana fecha ha venido trabajando en la adopción de instrumentos para la protección de los trabajadores migrantes, incidiendo también en otros ámbitos como la protección de los niños migrantes y la lucha contra el tráfico de personas<sup>9</sup>.

Entre los primeros intentos de codificación de los derechos de los migrantes está la *Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen la nacionalidad del país donde residen* de 1985 que se ocupa del goce de derechos de las personas no-nacionales del Estado territorial<sup>10</sup>. La declaración contiene el reconocimiento de derechos, entre los que se incluyen derechos tales como el derecho a la vida y a no ser privados arbitrariamente protección contra la detención arbitraria, la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho de los no-

---

<sup>6</sup> Cfr., C. Blat Mellado, "Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de los derechos humanos. De la letra a la realidad", en *Revista valenciana de estudios autonómicos*, Valencia, 1999, pp. 245-265.

<sup>7</sup> Cfr. F. Mariño Menéndez, *Los extranjeros y el Derecho Internacional*, en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p.112. Asimismo ver: M. Díez de Velasco Vallejo, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Committee of Civil and Political Rights (CCPR) General Comment No. 15 on the position of aliens under the Covenant, versión en inglés disponible en: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/bc561aa81bc5d86ec12563ed004aaa1b?Opendocument> (11.02.2008).

<sup>9</sup> Entre los convenios de mayor trascendencia suscritos en el seno de la OIT, se pueden mencionar el Convenio 97 sobre trabajadores migrantes de 1949 y el Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes de 1975.

<sup>10</sup> Dicha declaración fue adoptada mediante la Resolución 40/144 de la Asamblea General de 13 de diciembre de 1985. Ya en los debates de los trabajos preparatorios de la Declaración, se pusieron de manifiesto las diferentes posiciones de los Estados en cuanto al reconocimiento de los derechos de los extranjeros.

nacionales detenidos de contactar con los oficiales consulares, así como también otros derechos de carácter económico y social<sup>11</sup>.

Como parte de la tendencia hacia la especialización antes perfilada, en el ámbito universal hay que señalar la *Convención sobre la protección de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias de 1990*, que ha proporcionado un marco general para la protección de los migrantes (en especial trabajadores) en situación regular (documentados) o irregular (indocumentados) y de sus familias. La Convención establece un catálogo de derechos que se reconocen a todos los trabajadores migrantes, independientemente de su condición de regular o irregular. No obstante este reconocimiento general, existe una sección dedicada a tratar los derechos que específicamente disfrutaban los trabajadores migrantes documentados. Así también dicha Convención prevé mecanismos de garantía para los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, que deberían ser puestos en práctica por los Estados. Por lo demás, el cumplimiento de la Convención se verifica a través del control que ejerce el Comité ad hoc instituido por la misma<sup>12</sup>. Durante el proceso de ratificación de la Convención se han puesto en evidencia las dificultades que existen en la Comunidad Internacional actual para lograr un consenso sobre la protección de los migrantes, lo cual explica que los primeros en ratificar dicho instrumento internacional hayan sido los Estados de emigración y el bajo número de ratificaciones recibidas hasta el momento<sup>13</sup>.

Hay que mencionar además la creación del mandato del *Relator Especial para los derechos de los migrantes* que posee, entre otras atribuciones, facultades para requerir información a los Estados e individuos sobre la situación de los migrantes, recomendar la adopción de medidas para la protección de sus derechos y promover la recepción en los Estados de las normas internacionales que protegen a los migrantes<sup>14</sup>. Desde que el relator iniciara su actividad ha elaborado diversos informes sobre la situación en general de los migrantes y ha realizado visitas para constatar *in loco* la protección de los derechos de los migrantes en Estados específicos<sup>15</sup>.

## **Migraciones internacionales y espacios regionales: Europa y América**

Tanto en Europa como en América la problemática central sobre el reconocimiento de derechos humanos a los migrantes presenta las mismas connotaciones generales descritas anteriormente. En ambas regiones se pueden observar sistemas de protección de derechos humanos articulados en torno a organizaciones internacionales cuya práctica se han ocupado de establecer ciertos estándares de protección de los derechos de los extranjeros y proteger a los extranjeros en situación irregular frente a violaciones de derechos humanos.

En Europa la protección de los derechos humanos de los extranjeros se ha abordado en dos diversos ámbitos<sup>16</sup>. En primer lugar, el tratamiento de los extranjeros ha sido objeto de atención dentro del sistema articulado en torno al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH/LF) a través de los órganos encargados de la salvaguardia de los derechos humanos, la preexistente Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos

---

<sup>11</sup> Ver además: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The Rights of Non-citizens*, New York and Geneva, 2006.

<sup>12</sup> Tal órgano es el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW) que celebró su primer periodo de sesiones en 2004.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, los diferentes informes del Secretario General sobre el estado de la Convención en los años precedentes a su entrada en vigor y los esfuerzos por promover la ratificación de la misma.

<sup>14</sup> Mandato creado a través de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44.

<sup>15</sup> Hasta el momento ha realizado 11 visitas *in loco* a la que se suma la vista que acaba de concluir en marzo de 2008 a México.

<sup>16</sup> Con respecto a la protección de los derechos humanos, en Europa se pueden observar tres diferentes sistemas: podemos mencionar el sistema de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, con el instrumento central que es el Acta de Helsinki; el sistema instituido en el seno del Consejo de Europa y el propio de la Unión Europea. Ver F. Mariño Menéndez, Seguridad y cooperación en Europa: el Acta final de Helsinki, en *Revista de instituciones europeas* Vol. 2, N° 3, 1975, Págs. 639-660.

Humanos (en adelante, TEDH). Dentro del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha establecido a través de los años y de la jurisprudencia una base para el reconocimiento de los derechos que deben gozar los extranjeros en el ámbito de aplicación de dicho tratado.

En segundo lugar, la cuestión migratoria y la situación de los extranjeros ha sido abordada también en el marco de la Unión Europea. La posición de los extranjeros (entendiendo como tales a los nacionales de terceros Estados) dentro de la Unión Europea y su situación legal en cuanto al disfrute de los derechos ha experimentado cambios constantes de acuerdo a la evolución del tratamiento de estas cuestiones en el interior de la integración europea sobre todo a partir de los Tratados de Maastrich y Ámsterdam. Así también, la protección de los derechos de los extranjeros ha sido objeto de análisis dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales perfeñado en la Unión Europea, definido como pretoriano y casuístico, fraguado a través de la jurisprudencia y gracias a la acción del Tribunal de Justicia.

Por lo demás, cabe señalar que en Europa la realidad de los flujos migratorios muestra que a la par de Estados de inmigración tradicionales que han abordado el fenómeno desde hace varias décadas se pueden observar otros Estados que han sufrido una modificación en su condición de Estados de emigración para pasar a ser Estados receptores de inmigración<sup>17</sup>.

En lo que hace al continente americano hay que resaltar que se observan más que nada flujos migratorios intrarregionales que se desplazan principalmente desde el sur hacia el norte. Sin duda la principal cuestión que se presenta es la referida a la situación de los extranjeros en situación irregular en los Estados Unidos por el elevado número de éstos<sup>18</sup>. Sin embargo también hay que tomar en consideración las migraciones y desplazamientos subregionales de personas entre Estados próximos geográficamente y con diferentes grados de desarrollo<sup>19</sup>.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos instituido en el marco de la Organización de Estados Americanos, la cuestión migratoria ha sido incluida en fecha reciente como uno de los ámbitos especializados de actuación del sistema interamericano. Así en 1996 siguiendo la tendencia internacional antes descrita se dispuso la creación de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el ámbito de la Comisión Interamericana teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que éstos se encuentran y la necesidad de otorgar una protección especial a sus derechos<sup>20</sup>. De modo similar a lo establecido a nivel de Naciones Unidas el relator en el cumplimiento de su mandato puede disponer la realización de visitas *in situ* para verificar las condiciones en las que se encuentran los trabajadores migrantes y observar, en general, los

---

<sup>17</sup> En este sentido Estados tradicionales son Alemania, Francia y Reino Unido. Como ejemplo de Estados de inmigración reciente dos casos paradigmáticos son Italia y España. Existen numerosas obras sobre estas cuestiones, entre ellas, ver: M. Revenga Sánchez (Ed.), *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>18</sup> De acuerdo al Informe de la y conforme a los datos de la Oficina de Censos del Gobierno Estadounidense (US Census Bureau), en el 2001 en Estados Unidos vivían 20.6 millones de personas de origen mexicano (7.3% del total de la población). De estas personas, entre 8 y 8.5 millones nacieron en territorio mexicano y entre 3 y 3.5 millones residen en EUA de forma irregular. Informe del Relator, Juan Méndez, sobre la visita *in loco* en México, disponible en: <http://www.cidh.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm> (20.02.2008).

<sup>19</sup> Por ejemplo en el área de Centroamérica Costa Rica es un país receptor de migración. Según el Informe de la Relatoría Especial de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, el principal flujo migratorio que recibe Costa Rica corresponde a los trabajadores migrantes nicaragüenses, pero también en los últimos años se ha incrementado el flujo de personas que proceden de Colombia. Según este informe y los datos de la Dirección Nacional de Migraciones y Extranjería de Costa Rica y otros estudios coinciden en indicar que hoy en día entre 300 y 400 mil nicaragüenses residen en Costa Rica. Dicha cifra representa entre el 7.5% y el 9% de la población total del Costa Rica, de estas personas, 213 mil han regularizado su estatus migratorio, el resto corresponde a personas indocumentadas. Ver el Informe sobre la visita *in loco* a Costa Rica disponible en: <http://iachr.org/Migrantes/cap.5.2002sp.htm>. (01.03.2008).

<sup>20</sup> La relatoría fue creada a solicitud de la Asamblea General de la OEA, ver AG/RES. 1404 XXVI-O/96 Aprobación del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución aprobada en la octava sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1996) y AG/RES 1480 XXVII-O/97, Los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1997).

procesos migratorios en la región. Durante las diversas visitas, la relatoría verificó la situación de los extranjeros en situación regular e irregular en los lugares de entrada y centros de detención, entrevistándose con las autoridades internas<sup>21</sup>.

La cuestión de la protección de los migrantes ha ocupado un lugar importante en los últimos períodos en las actividades de los órganos del sistema de promoción y protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>22</sup>. La Comisión ha cumplido un rol esencial en el sistema, como órgano al que tienen acceso directamente los individuos puesto que constituye la instancia previa (y en ocasiones la única) de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano. Así también, la Corte Interamericana a través del ejercicio de la función consultiva y contenciosa ha elaborado una doctrina judicial aplicable a la protección de los derechos de los extranjeros en el continente y en especial de los trabajadores migrantes.

Cabe destacar también que en el contexto americano la cuestión migratoria ha sido objeto de tratamiento en el ámbito subregional. Dentro de algunos acuerdos de integración económica cuyo objetivo último es la creación de un mercado común a imagen y semejanza de la Unión Europea<sup>23</sup>. De esta manera se ha procurado regular los flujos migratorios interrregionales (referidos a los trabajadores que se desplazan de un Estado miembro a otro) modestos si se los compara con el principal flujo migratorio<sup>24</sup>. Es el caso de la Comunidad Andina de Naciones que adoptó en sus inicios el Convenio Simón Rodríguez y los Instrumentos Migratorio Andino y de Seguridad Social, instrumentos que han sido reformados en los últimos años. De igual manera, la Comunidad del Caribe cuenta con instrumentos para garantizar la libre circulación de ciertos trabajadores calificados y el Sistema de la Integración Centroamericana ha avanzado hacia la regulación de los flujos de trabajadores migrantes que se desplazan en la subregión. La situación migratoria ha sido tratada también dentro de Mercosur, en 2002 se adoptó el Acuerdo Migratorio dentro de la subregión, dicho acuerdo se aplica a todos los extranjeros en situación irregular pretendiendo subsanar su situación legal<sup>25</sup>. En el resto de los acuerdos de libre comercio suscritos en el continente americano se excluye la regulación de los flujos migratorios, previendo en todo caso sólo la circulación de ciertas personas<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Hasta el momento la Relatoría ha realizado visitas *in situ* en Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala y México.

<sup>22</sup> Dada la peculiaridad del sistema interamericano encontramos dos órganos con unas funciones y un funcionamiento bien diferenciados. Por una parte, está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) órgano de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) cuyo rol desde su creación en 1959 ha sido el de velar por el cumplimiento de las normas internacionales en la materia mediante los procedimientos establecidos en la Carta de la Organización, a ello se ha sumado las funciones asignadas en la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica). Por otra parte, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano judicial del Pacto de San José al que sólo tienen acceso los Estados parte en la Convención y que puede ejercer tanto competencia contenciosa como consultiva. Dos artículos clásicos en esta materia son: A. Chueca Sancho, "Los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de San José de 1969", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1980, pp.33 y ss y del mismo autor "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1985.

<sup>23</sup> Ver M.B. Olmos Giupponi, *Derechos Humanos e Integración en América Latina y el Caribe*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>24</sup> Recientemente se han incluido las migraciones internacionales en la agenda de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, ver *Migraciones y Desarrollo*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Montevideo, noviembre de 2006.

<sup>25</sup> S. Novick, A. Hener, P. Dalle, "El proceso de integración Mercosur: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes", *Documentos de Trabajo de la OIT* n° 46, Diciembre de 2005.

<sup>26</sup> Me refiero principalmente al Nafta entre México, Estados Unidos y Canadá y al DR-Cafta, entre Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana.

## **La posición de los derechos de los extranjeros en situación irregular en el sistema del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**

Como ha resaltado el TEDH a través de su jurisprudencia, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante, CEDH) forma parte del orden público europeo brindando protección a todos los individuos que se hallan sujetos a la jurisdicción de los Estados partes de conformidad con el artículo 1. De modo tal que los derechos y obligaciones enumerados en el Convenio Europeo se reconocen universalmente a todos los individuos, incluidos los extranjeros, sean éstos nacionales (inmigrantes, refugiados) o no-nacionales (apátridas) de un Estado extranjero, con los matices y las limitaciones admitidas en el propio Convenio<sup>27</sup>.

En el ámbito de la protección de los extranjeros el Convenio Europeo se complementa con las normas de los protocolos adicionales, entre los cuales revisten especial interés en la materia bajo análisis los Protocolos adicionales 4 (que contiene la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros) y 7, y también el Protocolo 12 que se refiere al principio de no discriminación<sup>28</sup>. A ello se deben añadir los restantes instrumentos internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa, como la Carta Social Europea y el Convenio para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes<sup>29</sup>. Resulta interesante recordar, además, que dentro del Consejo de Europa se ha adoptado un tratado específico, el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (1977)<sup>30</sup>.

En el marco del CEDH hay ciertos derechos que se consideran como básicos o inderogables. Entre los derechos absolutos se encuentran el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de tortura y de derechos inhumanos y degradantes (artículo 3), la prohibición de esclavitud y de servidumbre (artículo 4.1) y la prohibición de la retroactividad de las penas (artículo 7). La práctica de la desaparecida Comisión y la jurisprudencia del TEDH han determinado las directrices sobre la aplicación de las disposiciones del CEDH respecto de los derechos de los extranjeros en general y de aquellos en situación irregular (*en situation irrégulière- unlawfully in a State*) sea porque hayan entrado ilegalmente (*illegal entrants*) o porque haya transcurrido el tiempo de su permiso de estancia (*overstayed*). Si bien la mayor parte de los casos de la jurisprudencia del TEDH se refiere al respeto de los artículos 2 y 3 durante la expulsión, también existen casos en los que se perfila la titularidad de otros derechos por parte de los extranjeros que se encuentran en situación irregular. Ahora bien, examinando los aspectos más relevantes de la práctica del CEDH por lo que se refiere a los extranjeros en situación irregular se pueden diferenciar diversos aspectos que son relevantes para el presente análisis.

### ***La protección de los derechos humanos de los extranjeros en situación irregular en los casos de expulsión.***

Por lo general los casos de expulsión involucran la aplicación varias disposiciones del CEDH: artículo 3 (prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos) y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, artículo 5 (derecho a la libertad y seguridad), artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo). Cabe resaltar que el artículo 6 referido a las garantías procesales, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal no se aplica a los casos de procedimientos relacionados con la inmigración. Además, hay que subrayar que el artículo 4 del Protocolo 4 prohíbe las expulsiones masivas de los extranjeros y también el artículo 1 del Protocolo 7 contiene ciertas garantías procesales

<sup>27</sup> Cfr. Lambert, H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, p. 8.

<sup>28</sup> El Protocolo Adicional N° 4 fue adoptado el 16/09/1963, se encuentra disponible en: [http://www.idhc.org/esp/documents/biblio/DD\\_HH/EUROPA/Protocolo4.pdf](http://www.idhc.org/esp/documents/biblio/DD_HH/EUROPA/Protocolo4.pdf) (01.03.2008). El Protocolo Adicional N° 7,

<sup>29</sup> Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, adoptado el 26 de noviembre de 1987.

<sup>30</sup> Este tratado ha alcanzado un número ínfimo de ratificaciones.

en los casos de expulsión aún cuando éstas son aplicables solamente a los extranjeros residentes legales.

Dentro de la práctica del sistema del CEDH, la mayoría de los casos que se han presentado se refieren a la violación durante la expulsión de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tortura y otros tratos inhumanos) derechos considerados absolutos y centrales en el sistema del Convenio<sup>31</sup>. En la práctica se han presentado varias situaciones relativas a extranjeros en situación irregular que ponen en juego las garantías contenidas en estos dos artículos, en estos casos tanto la anterior Comisión como el TEDH han establecido estándares de protección mínimos que benefician a los extranjeros en situación irregular<sup>32</sup>.

La más importante es la denominada “cláusula Soering” que se traduce en la protección que se dispensa al extranjero respecto del cual se ha dispuesto una orden de expulsión a un Estado donde existen motivos fundados de que exista un riesgo real para su vida. A partir de la resolución del *Caso Soering* se ha ido conformando una doctrina jurisprudencial constante respecto de los casos de expulsión<sup>33</sup>. Como se recordará en ese supuesto existía un riesgo real para la vida del afectado si se lo extraditaba a Estados Unidos por la aplicación de la pena de muerte, así se dispuso que se le reconociese el derecho de estancia al quedar prohibida la expulsión de extranjeros a un país respecto del que existen motivos fundados para creer que la persona se encuentra en riesgo real de ser torturada o sujeta a tratos inhumanos o degradantes. Es decir, se ofrece una garantía derivada de la no expulsión en los casos en los que la vida de la persona se encuentre en riesgo cierto por aplicación a estos casos del principio de no devolución<sup>34</sup>.

Sin embargo, cabe señalar que aún cuando esa garantía se aplica uniformemente en los Estados miembros subsiste un ulterior problema vinculado al reconocimiento de un cierto estatuto para esos extranjeros. Y ello es debido a que en los casos en los que los extranjeros son admitidos en los términos del artículo 3 la práctica interna de los Estados demuestra que aún admitiendo legalmente a los extranjeros, algunos no les conceden un permiso de residencia o de trabajo o un mínimo de protección social (cita precisa).

Asimismo la anterior Comisión y el TEDH, se han ocupado de otros casos en los que la expulsión roza la violación del artículo 3 y 2. Como cuando el extranjero que va a ser expulsado no se encuentra en condiciones físicas para viajar o cuando por las circunstancias en las que se ejecuta la expulsión ésta puede ocasionar al extranjero tratos o penas inhumanos o degradantes de acuerdo a la interpretación del artículo 3<sup>35</sup>. En otros casos llevados a la consideración del TEDH también se ha ocupado de la tutela de los derechos humanos de los extranjeros como en los supuestos de asistencia sanitaria de

---

<sup>31</sup> C.M. Díaz Barrado y M. B. Olmos Giupponi, Algunas consideraciones sobre el contenido del derecho a la vida en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades fundamentales, en Revista europea de derechos fundamentales, ISSN 1699-1524, N.º. 2, 2003, pp. 35-60 y, también, M.B. Olmos Giupponi, Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2005: asunto Öcalan c. Turquía, en Revista europea de derechos fundamentales, N.º. 5, 2005, pp. 145-176.

<sup>32</sup> Cfr. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

<sup>33</sup> Pronunciamiento de 7 de julio de 1989, *Casos Serie A, No. 161*.

<sup>34</sup> Como se recordará el caso de mención se originó en la petición formulada por un alemán cuya extradición a los Estados Unidos por el doble homicidio cometido en perjuicio de los padres de su novia se encontraba pendiente ante los órganos judiciales británicos. Ver al respecto C. Díaz Barrado y M. B. Olmos, “*Algunas consideraciones sobre el derecho a la vida en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*”.

<sup>35</sup> Cfr. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights cit*, p.31. Respecto de las condiciones físicas del extranjero durante la expulsión ver por ejemplo el Caso Brückmann v. the Federal Republic of Germany, Application No.6242/73, DR 46/202. En relación con las circunstancias en las que se realiza la expulsión ver, Öcalan c. Turquía, sentencia de 12 de mayo de 2005.

urgencia, en los que ha acentuado la necesidad de una respuesta en un tiempo razonable ante la demanda de asilo<sup>36</sup>.

En cuanto a la aplicación de las medidas provisionales durante la expulsión, tanto la anterior Comisión como el TEDH han acordado la adopción de medidas provisionales cuando el extranjero demuestra que la probabilidad de que se ocasione un daño irreparable si es expulsado antes de se tome que una decisión definitiva sobre su situación. Por lo demás, hay que subrayar que las medidas poseen un efecto suspensivo y como lo ha afirmado el TEDH en 2005 poseen naturaleza obligatoria para los Estados miembros<sup>37</sup>.

Otra garantía de la que gozan los extranjeros es la dispuesta por el artículo 4 del Protocolo que prohíbe las expulsiones masivas de extranjeros<sup>38</sup>. De conformidad con la jurisprudencia del TEDH por *expulsión masiva* se entiende cualquier medida de autoridad competente incompatible con la protección de derechos humanos que obliga a extranjeros como grupo a abandonar el país. El TEDH ha enfatizado que debe existir un razonable y objetivo examen de los casos particulares de cada individuo. La garantía del Artículo 4 del Protocolo N° 4 se aplica de manera general a todos los extranjeros, se encuentren de manera legal o ilegal en el territorio de un Estado, sean residentes o no residentes en el territorio de ése Estado, sean partes o no de un grupo colectivo.

Para ilustrar cómo en la práctica se ha aplicado la garantía se puede citar la sentencia del *caso Conka* a través de la cual el TEDH tuvo la ocasión de examinar la cuestión de las expulsiones masivas con detalle<sup>39</sup>. El caso involucraba a una familia de integrada por cuatro miembros (los padres y dos hijos) de nacionalidad eslovaca y de ascendencia romaní. Luego de haber sufrido un violento ataque de parte de un skinhead en Eslovaquia que causó la hospitalización del padre, la familia voló desde Eslovaquia y entró en Bélgica, donde todos solicitaron asilo. El Estado belga denegó la solicitud de asilo puesto que no se reunían los requisitos, y en consecuencia también la entrada legal al país ordenando contemporáneamente el abandono del territorio. El TEDH constató la violación del Artículo 4 del Protocolo N° 4 ya que el procedimiento de la expulsión no había tenido las garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada una de las personas concernidas habían sido individualizadamente tenidas en cuenta<sup>40</sup>.

### ***Detención de extranjeros en situación irregular.***

En estos casos de ingreso de extranjeros frecuentemente también se ve involucrada la aplicación del Artículo 5 que establece el derecho de libertad física para todas las personas sin efectuar ningún tipo de distinción según la condición legal de ésta. No obstante y de acuerdo a los criterios sentados en la jurisprudencia del TEDH se reconoce a los Estados cierto margen de apreciación para proceder a la detención de extranjeros en los casos de rechazo por un ingreso ilegal en su territorio dentro de ciertos límites para permitir que los Estados puedan ejerzan el poder de controlar la inmigración.

---

<sup>36</sup> Entre otras sentencias caben mencionar las siguientes: - STEDH de 11-07-00. Los hechos controvertidos en este caso tienen su origen en la adopción por parte del Gobierno turco de una orden de expulsión contra tres nacionales iraníes que habían solicitado asilo político durante una estancia turística en Turquía ante el temor frente a las posibles represalias de las autoridades iraníes por su condición de disidentes políticos; - 08/03/2002. TEDH, S 06-07-2000. En este caso se trata de la adopción por parte del Gobierno suizo de una orden de expulsión contra una ciudadana congoleña que había solicitado asilo político después de haber entrado ilegalmente en el país. Durante la tramitación del citado procedimiento de expulsión se puso de manifiesto que la afectada padecía el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), siendo necesario su ingreso en un hospital en diversas.

<sup>37</sup> Otro punto de interés es el que se refiere a la reparación en los casos en los que se constata la violación de derechos humanos durante la expulsión si el Estado procede a la expulsión por haber incumplido las garantías establecidas en la noción de obligación positiva bajo el artículo 3. La práctica ha demostrado diferentes comportamientos de los Estados en cuanto al tratamiento y al estatuto legal que reciben en estos casos los extranjeros.

<sup>38</sup> Ver A. Chueca Sancho, *La expulsión de extranjeros en la CEDH*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

<sup>39</sup> Caso *Conka c. Bélgica*, Sentencia del 5 de febrero de 2002. Disponible en: <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc> (20.02.2008).

<sup>40</sup> STEDH *Caso Conka c. Bélgica*, párr. 63.

Aún así la facultad del Estado para detener a los extranjeros en situación irregular evidentemente no es absoluta, ya que está sujeta a limitaciones de acuerdo a la doctrina del TEDH, tal como lo ha especificado y expuesto en el *Caso Amuur*. En el *Caso Amuur c. Francia* se contemplaba la situación de extranjeros solicitantes de asilo retenidos en la zona internacional de un aeropuerto. Los hermanos Amuur, de nacionalidad somalí, volaron a Francia con el propósito de obtener asilo político en dicho país. Dado que llevaban pasaportes falsos, la policía francesa les impidió la entrada en su territorio siendo confinados en la zona internacional del aeropuerto durante 20 días, hasta que finalmente el Ministro del Interior dispuso negarles la entrada al país en condición de asilados<sup>41</sup>. En este caso, el TEDH se encargó de examinar esta situación bajo la luz de las previsiones del CEDH, concluyendo que la detención para ser considerada acorde a lo establecido en el Convenio debe respetar tres principios: legitimidad, legalidad, y necesidad<sup>42</sup>.

Otra garantía de la que deben disponer los extranjeros consiste en la posibilidad de solicitar y obtener la *revisión judicial de la detención* como salvaguardia contra la arbitrariedad de las medidas adoptadas y para determinar la compatibilidad de éstas con el Convenio<sup>43</sup>.

En ese contexto también se resalta como otra garantía mínima el derecho de toda persona detenida de ser informada de las razones de su detención o arresto inmediatamente y en un idioma que comprenda, lo cual adquiere especial significado en el caso de expulsión de extranjeros<sup>44</sup>. En la doctrina establecida, por la preexistente Comisión, por ejemplo en el caso *Zamir contra Reino Unido*, la Comisión sostuvo que debía ofrecerse ayuda legal gratuita a un inmigrante ilegal cuya deportación se encontraba pendiente debido al insuficiente dominio del idioma inglés y a la complejidad del caso<sup>45</sup>.

Por lo demás, en varios casos que involucraban a extranjeros en situación irregular el TEDH ha recordado que la lista de excepciones al artículo 5 que protege el derecho a la libertad personal es exhaustiva y sólo la interpretación estricta de las mismas es consistente con los fines del CEDH/LF.

### ***El respeto al derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros en situación irregular.***

Como es sabido el artículo 8 protege la vida privada y familiar de los individuos de las interferencias que puedan provenir del Estado. Tanto la Comisión como el TEDH han reconocido la importancia de este derecho en su aplicación a los casos de reagrupación familiar, es decir en los casos de extranjeros que desean entrar en el territorio de un Estado parte para reunirse con sus cónyuges residentes legales o de los menores que desean reunirse con sus padres. Según la interpretación de las diversas sentencias del TEDH el artículo 8 impone restricciones a las facultades discrecionales de los Estados parte de decidir sobre la entrada y salida de los extranjeros, en particular en el análisis de las cuestiones relativas a la inmigración. Sin embargo, según la misma doctrina ello no significa que se imponga a los Estados una obligación general de autorizar en todos los casos la reunificación familiar. Según la práctica observada, el TEDH efectúa un análisis caso por caso para determinar si ha existido o no una interferencia arbitraria de los Estados parte en estos casos.

---

<sup>41</sup> STEDH de 25 de junio de 1996.

<sup>42</sup> De esta manera el TEDH estableció que la detención es una cuestión de grado o de intensidad y como tal debe adecuarse a las circunstancias de la situación concreta. Así también se debe controlar la legalidad de la detención, si se ha procedido de acuerdo al procedimiento prescrito por la ley, sin ser arbitraria y con respeto de los derechos humanos. Además debe ser “necesaria en una sociedad democrática”, dentro de los cuales se incluye entre otros propósitos el de prevenir la inmigración ilegal.

<sup>43</sup> Cfr. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, pág. 21. Generalmente se consideran las violaciones al artículo 13 en relación con el artículo 5.

<sup>44</sup> El Artículo 5 (2)-(5) establece un número de salvaguardias que deben observarse respecto de cualquier persona que es legalmente detenida.

<sup>45</sup> Caso N° 9174/80 Mohamed Zamir c. Reino Unido.

El TEDH también se ha referido a la protección de este derecho en el contexto de la expulsión. Por ejemplo en el *Caso Beldjoudi*<sup>46</sup>, que trataba de la expulsión conforme a la ley francesa de un ciudadano argelino nacido en Francia hijo de padres argelinos (cuando Argelia era francesa) y casado con una francesa condenado por diversos robos. Sobre la base de los artículos 3 y 8 del Convenio el Tribunal consideró que la ejecución de la medida de expulsión constituía una injerencia de una autoridad pública en el ejercicio del derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. Es interesante resaltar los argumentos formulados por el TEDH, ya que tuvo especial consideración de las circunstancias que rodeaban al caso: el Sr. Beldjoudi, nacido en Francia donde había pasado toda su existencia, no conocía la lengua árabe y estaba casado con una francesa, lo que, en conjunto podía causar grandes dificultades de adaptación. A la luz de tales consideraciones el TEDH estimó que su expulsión resultaría desproporcionada en relación con el fin (la defensa del orden público y la prevención de las infracciones penales) lo que constituía una violación clara del artículo 8.

En fecha reciente, el TEDH tuvo la ocasión de examinar la aplicación del artículo 8 en un caso referido a una menor extranjera en situación irregular. Precisamente en el *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*<sup>47</sup>, el TEDH juzgó la adecuación o no de la decisión de las autoridades belgas de expulsar y de detener en un centro de internamiento para adultos a una niña de cinco años que había entrado de manera ilegal al país (careciendo de los documentos necesarios para hacerlo)<sup>48</sup>. El TEDH resolvió el caso a la luz del Artículo 3 del CEDHLF que prohíbe los tratamientos inhumanos y degradantes y del Artículo 8 relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar y el Artículo 5 sobre el derecho a la libertad y a la seguridad. En cuanto al artículo 3, el TEDH sostuvo que es una disposición que carece de excepciones tal como lo estableció a partir del *caso Soering* ya que dicha disposición, además, refleja uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa, confirmando que dicho principio forma parte del *orden público europeo*<sup>49</sup>. El TEDH examinó, por tanto, las condiciones y la duración de la detención que había sufrido la niña. El TEDH comprobó que la niña, pese a su corta edad, había sido detenida en un centro para adultos, sola y sin que se adoptasen medidas especiales de atención de acuerdo a su condición de menor no acompañada. En definitiva, el TEDH remarcó la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la menor, subrayando que el artículo 3 ofrece una protección absoluta para todos los individuos sujetos a la jurisdicción de los Estados miembros lo que prevalece sobre la condición de extranjero en situación ilegal:

Es interesante seguir el razonamiento del TEDH, al examinar en este punto la *política migratoria* de los Estados parte a la luz del Convenio. De esta manera, el TEDH recordó que de acuerdo a la jurisprudencia sentada con anterioridad que el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero de entrar o permanecer en el territorio del Estado del que el o ella no es nacional. En consecuencia, reconoció que los Estados Partes tienen la facultad de mantener el orden público la que debe ejercerse de conformidad al derecho internacional público, pudiendo controlar la entrada y la residencia de los extranjeros en sus respectivos territorios. Y, en este sentido, los Estados parte pueden proceder a la detención de extranjeros que deben ser deportados. Pero el TEDH expresó que esta detención sólo es aceptable si los Estados luchan contra la inmigración ilegal y al mismo tiempo cumplen con sus

---

<sup>46</sup> STEDH de 26 marzo de 1992.

<sup>47</sup> STEDH de 12 de octubre de 2006.

<sup>48</sup> En cuanto a los hechos del caso, conviene realizar una breve explicación de los mismos. La madre de la niña había obtenido el estatuto de refugiada en Canadá y había solicitado a su hermano de nacionalidad holandesa y residente en los Países Bajos que fuera a buscar a su hija al Congo y la tuviera consigo hasta lograr reunirse definitivamente en Canadá. Al llegar al aeropuerto de Bruselas, el 17 de agosto de 2002, las autoridades belgas negaron el derecho de acceso a la niña al territorio ya que no poseía los documentos necesarios para ingresar de acuerdo a la *Aliens (Entry, Residence, Settlement and Expulsion) Act de 15 de Diciembre de 1980.*, decidiendo al mismo tiempo la expulsión de la niña. Mientras la niña permanecía en un centro de detención, se presentó primero una solicitud de visado y luego una solicitud de asilo ante las autoridades belgas siéndole denegadas ambas. La niña fue expulsada a la República Democrática del Congo, pudiéndose reunir después con su madre en Canadá tras haber superado los obstáculos legales.

<sup>49</sup> STEDH *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, párr. 48.

obligaciones internacionales incluyendo en este supuesto aquellas establecidas bajo la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en especial tratándose de una menor no acompañada<sup>50</sup>.

El TEDH aplicó la definición sentada en su jurisprudencia sobre vida privada, según la cual la misma comprende tanto la integridad física y mental y entendiendo que la garantía del Artículo 8 asegura el derecho de desarrollar la personalidad de cada individuo en sus relaciones con los demás sin interferencia externa. Teniendo en cuenta esto y la ausencia de riesgos de que la niña pudiera evadir la supervisión de las autoridades belgas, el TEDH determinó que la detención de la misma en un centro cerrado para adultos había sido innecesaria, ya que se podrían haber adoptado otras medidas acordes al interés superior del niño garantizado por el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, tales medidas podrían haber sido, por ejemplo, su internamiento en un centro especializado o con padres sustitutos<sup>51</sup>.

En cuanto al Artículo 5. 1, el TEDH sostuvo que el hecho de haber sido detenida en un centro de internamiento cerrado con adultos sin considerar la situación de vulnerabilidad en la que la niña se encontraba, la medida adoptada transgredió también en este caso la necesaria relación de proporcionalidad entre el motivo de la privación de la libertad y el lugar y el régimen de la detención<sup>52</sup>.

### ***La titularidad de otros derechos por parte de los extranjeros en situación irregular.***

Por lo que se refiere al goce de otros derechos más controvertidos por parte de extranjeros en situación irregular como son los derechos económicos y sociales cabe aclarar que si bien en la doctrina jurisprudencial no existe un caso que se refiere de manera directa a esta cuestión, sí existen algunos supuestos próximos que pueden ser relevantes sobre todo en relación con los artículos 2 y 3 y al acceso de los medios básicos de subsistencia de todas las personas, incluidos los extranjeros, en el Estado de residencia. De este modo en el *caso Pancenko c. Letonia*, el TEDH reconoció que aún cuando los Estados miembros no están obligados a proporcionar los medios necesarios de subsistencia a los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, las condiciones de vida pueden involucrar una cuestión bajo el artículo 3 cuando llegan a un nivel tal de severidad que pueden significar un riesgo para la vida de las personas<sup>53</sup>.

Con referencia a la titularidad de otros derechos como los reconocidos en los artículos 9 a 11 (libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión y libertad de asociación y reunión) por parte de los extranjeros en situación irregular, hay que señalar que los mismos se incluyen dentro de los denominados derechos cualificados y que la Comisión ha reconocido el derecho a establecerse en un Estado miembro, por tanto la expulsión no puede interferir con el goce de estos derechos. Sin embargo, el rechazo de la entrada o la expulsión de extranjeros podrían llegar a violar dichos artículos si la misma tiene como objetivo principal restringir el goce de tales derechos aún cuando cabe aclarar que no existe un caso en el que se hayan aplicado en un contexto de inmigración<sup>54</sup>.

En cuanto al derecho a la educación, el artículo 2 del Protocolo N° 1 ha sido interpretado en un sentido amplio por los órganos del CEDH y por tanto se refiere a todos los niveles de educación. Este derecho no es absoluto ya que los Estados gozan de cierto margen de apreciación. En una visión conjunta de este artículo con el artículo 14, puede ser interpretado en el sentido de que los extranjeros deberían tener el mismo derecho a acceder a los niveles de educación ofrecidos por el Estado, en

<sup>50</sup> STEDH *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, párr. 81.

<sup>51</sup> STEDH *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, párr. 83.

<sup>52</sup> STEDH *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, párr.:“102. However, the fact that the second applicant's detention came within paragraph (f) of Article 5 § 1 does not necessarily mean that it was lawful within the meaning of this provision, as the Court's case-law requires that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention (see, mutatis mutandis, *Aerts v. Belgium*, judgment of 30 July 1998, Reports 1998-V, pp. 1961-1962, § 46, and other references referred to therein)”.

<sup>53</sup> *Caso Pancenko c. Letonia*, Inadmisibilidad. Decisión del 28 de octubre de 1999.

<sup>54</sup> Cfr. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights cit.*, p.44.

especial a la educación básica. Por otra parte, y como determinó la Comisión en el *Caso 15 Estudiantes Extranjeros c. Reino Unido*, el derecho a recibir educación no implica el derecho a residir en un Estado parte para recibir educación, y, en ese sentido, el derecho a la educación de los extranjeros es independiente del derecho a residir en el territorio de otro Estado distinto del de su nacionalidad<sup>55</sup>.

Recapitulando lo referido a la práctica del sistema del CEDH, resulta claro que los derechos humanos considerados esenciales tienen una protección absoluta respecto de todas las personas y en especial de los extranjeros en situación irregular, como ha precisado el TEDH el derecho a la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes integran el contenido del orden público europeo. Bajo este sistema las principales garantías que gozan los extranjeros en situación irregular son las vinculadas a los casos de expulsión, aún cuando se puede entrever que en algunos casos se deja abierta la puerta al posible reconocimiento para los extranjeros en situación irregular de otros derechos de contenido económico y social, eso sí siempre interpretados en relación con los artículos 2 y 3 que son cardinales en el sistema de protección instituido por el CEDH.

### **La Unión Europea y el tratamiento de los extranjeros en situación irregular.**

Al referirnos a la situación de los extranjeros en la Unión Europea debemos indicar que el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros conforme al estatuto de ciudadanía de la Unión Europea y las disposiciones del derecho comunitario existe la ulterior diferenciación entre los extranjeros no comunitarios (a los que se aplican las normas del Derecho Internacional Público y del derecho comunitario) y los ciudadanos comunitarios asimilados en el tratamiento y goce de derechos humanos (con las limitaciones reconocidas a nivel del derecho comunitario)<sup>56</sup>. Indudablemente, los extranjeros (entendiendo por tales los nacionales de Terceros Estados) están excluidos del derecho de libre circulación que se reconoce a los nacionales de los Estados miembros.

El estatuto del nacional extracomunitario se basa en el principio de no discriminación. Dentro de la Unión Europea, el principio de no discriminación posee una doble vertiente, por una parte, significa respecto de los ciudadanos europeos la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, mientras que, por otra parte, contiene la prohibición general de efectuar distinciones por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 13 del TCE). En el caso de los extranjeros, el principio de no discriminación en su segunda acepción se aplica en todos los supuestos, pero en particular al examen de la admisión en el territorio de los Estados parte y a la integración de los extranjeros de larga residencia.

La regulación de la extranjería en la Unión Europea se debe analizar a la luz de tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, se debe considerar el desarrollo de la política migratoria de la Unión Europea y su impacto en los derechos fundamentales de los extranjeros. En segundo lugar, se debe tener en cuenta la regulación del estatuto del nacional extracomunitario. Finalmente y en tercer lugar, se debe analizar cuál ha sido la labor del Tribunal de Justicia respecto de la tutela de los derechos de los extranjeros y en especial de aquellos que se encuentran en situación irregular.

### ***El desarrollo de la política migratoria de la Unión Europea y los extranjeros en situación irregular.***

En lo que respecta a la regulación de la inmigración en el ámbito de la Unión Europea tratados han incorporado disposiciones concernientes a las cuestiones migratorias con el objetivo de tratar de configurar progresivamente una política común en la materia. No obstante, como puede apreciarse en la situación actual, un gran número de cuestiones relativas a la situación de los extranjeros en situación

---

<sup>55</sup> *Aplicación N° 7671/76*, Inadmisibilidad, Decisión de 19 de mayo de 1997.

<sup>56</sup> Ver J.M. Rodríguez Barrigón, *La ciudadanía de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

irregular (en especial admisión y expulsión) permanece dentro del ámbito de las competencias estatales.

Ha sido el Tratado de Ámsterdam el que ha introducido las modificaciones más importantes (Título IV -artículos 61-69 del TCE) con la comunitarización de parte del tercer pilar y el reconocimiento de los derechos humanos como valor y principio básico de la Unión Europea (artículos 6 y 7 del TCE) dando acogida dentro de la esfera comunitaria al así llamado acervo Schengen<sup>57</sup>. Además, a nivel del derecho comunitario originario en el artículo 13 del TCE se consagró el principio de no discriminación al que se ha hecho referencia. Los sucesivos Consejos Europeos han indicado las directrices de la política migratoria de la Unión, en especial el Consejo Europeo de Tampere de 1999.

El tratamiento de las cuestiones que conciernen a los nacionales de los terceros Estados se ha producido: en el primer pilar por lo que respecta a lo referido a Visados, Asilo e Inmigración y en espacio de seguridad, libertad y justicia.

Respecto de la política de visados, asilo e inmigración, cabe recordar que dentro de la regulación comunitaria se incluye:

- El cruce de fronteras interiores y exteriores y visados<sup>58</sup>.
- El asilo de nacionales de terceros Estados<sup>59</sup>.
- La inmigración y residencia ilegales, que incluye la repatriación (no la expulsión que continúa siendo de competencia de los Estados miembros) de residentes ilegales.
- Los derechos y condiciones para que los nacionales de terceros Estados residentes legales en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros<sup>60</sup>.

Por lo demás, se resguardan responsabilidades de los Estados en los casos de seguridad nacional y mantenimiento del orden público. Con respecto al control del Tribunal de Justicia sobre las medidas adoptadas en estos aspectos y que como vemos pueden incidir directamente en los derechos fundamentales de los extranjeros, existen ciertas restricciones ya que la solicitud de cuestión prejudicial sólo puede ser planteada por un órgano jurisdiccional nacional de última instancia. Además, se excluye de la competencia del Tribunal de Justicia el examen de las medidas o decisiones de los Estados miembros en materia de mantenimiento de orden público y salvaguardia de la seguridad interior<sup>61</sup>.

En cuanto al espacio de libertad, seguridad y justicia, las cuestiones vinculadas a la inmigración se hallan comprendidas dentro del control de acceso de las fronteras comunes a través de diferentes instituciones y medios (Europol, Eurodac, Frontex).

En la faz exterior la política migratoria de la Unión ha llevado a los Estados miembros a la conclusión de los acuerdos de readmisión con terceros Estados de origen o tránsito de los flujos migratorios y a la

---

<sup>57</sup> En el Protocolo 2 anexo al Tratado, se incluyen dentro del ámbito comunitario el acuerdo de 14 de junio de 1985, el convenio de 19 de junio de 1990, varios protocolos y acuerdos de adhesión y las decisiones y declaraciones que ha adoptado el Comité Ejecutivo Schengen.

<sup>58</sup> Desarrollado a través de diversas normas del derecho comunitario derivado: Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario relativo al régimen de cruce de fronteras por las personas (Código de Fronteras Schengen) [Diario Oficial L 105 de 14.4.2006]; Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>59</sup> Más adelante se incluye, con detalle, la normativa de derecho comunitario adoptada respecto del asilo por parte de nacionales de terceros Estados. Respecto del asilo de los nacionales de la Unión Europea, es objeto de regulación de uno de los protocolos anexos al Tratado de Ámsterdam.

<sup>60</sup> Desarrollado a través de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

<sup>61</sup> Por lo demás, el artículo 68 reconoce la facultad del Consejo, la Comisión o un Estado miembro de solicitar al Tribunal de Justicia un pronunciamiento acerca de la interpretación del Título IV o de actos de las instituciones que encuentren en él su fundamento.

inclusión en Acuerdos de Asociación y Cooperación de cláusulas de ese tipo basadas en un criterio de reciprocidad sobre el goce de derechos sociales. Concluidos desde una perspectiva estatal a menudo en estos acuerdos se soslaya la dimensión de derechos humanos.

Como puede apreciarse, respecto de la regulación de la extranjería la admisión y la expulsión continúan siendo facultades estatales, aún cuando exista una homogeneización de los procedimientos de control y del registro de entrada de los nacionales de los terceros Estados<sup>62</sup>. Ciertamente quienes se encuentran en una mejor situación respecto de la normativa comunitaria son los extranjeros residentes legales de larga duración. En relación con los extranjeros en situación irregular las principales manifestaciones han sido más respecto de la necesidad de controlar las fronteras exteriores, prevenir y sancionar la inmigración ilegal y ordenar el retorno de los mismos a sus Estados de origen, más allá de que se ha garantizado una protección especial (concesión de permiso de residencia) a extranjeros en situación irregular en determinados casos vinculados al tráfico ilícito de personas<sup>63</sup>.

En líneas generales, la Unión Europea se ha concentrado más en determinar los criterios de las políticas de inmigración, que en la defensa de los derechos humanos. El Parlamento Europeo ha señalado en varias oportunidades la necesidad de conciliar las orientaciones de la política migratoria con la protección de los derechos fundamentales.

### ***El estatuto del nacional extracomunitario en la Unión Europea.***

Aún cuando se hace referencia a la constitucionalización de los derechos de los extranjeros en la Unión Europea dicho proceso, en todo caso, ha sido parcial<sup>64</sup>. Por lo tanto, el estatuto del nacional extracomunitario en la Unión Europea se halla conformado por las disposiciones de derecho comunitario en la materia, las disposiciones del derecho interno de los Estados miembros y los acuerdos mixtos firmados entre la Comunidad y los Estados miembros, por una parte y terceros Estados por otra parte.

Las normas del derecho comunitario han tomado en consideración sólo aspectos específicos referidos a los derechos de los extranjeros de terceros Estados en la Unión. En ese sentido, donde sí ha habido avances palpables es en lo que se refiere a la regulación del asilo, no discriminación y reunificación familiar.

En cuanto al asilo, toda la materia ha sido regulada por medio de los acuerdos de Dublín incorporados al derecho comunitario a través de normas de derecho derivado (directivas y reglamentos) que han legislado sobre los aspectos formales y materiales del asilo<sup>65</sup>. Asimismo, la Carta de Derechos

---

<sup>62</sup> Los Acuerdos de Schengen incorporados al derecho comunitario, regulan lo que respecta a la entrada de nacionales de terceros Estados, turistas, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales. Los Estados miembros siguen teniendo la facultad de decidir sobre la admisión y expulsión de los extranjeros, sean nacionales de terceros Estados o, incluso, nacionales de los Estados miembros. Ver en ese sentido, por ejemplo, la sentencia en el Asunto Calfa: Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1999. Procedimiento penal entablado contra Donatella Calfa. Petición de decisión prejudicial: Areios Pagos - Grecia. Orden público - Turista nacional de otro Estado miembro - Condena por consumo de estupefacientes - Prohibición de residencia de por vida.

<sup>63</sup> Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes

<sup>64</sup> Ver S. Lavenex, *Towards the Constitutionalization of Aliens' Rights in the European Union?*, *Journal of European Public Policy*, Volume 13, Issue 8 December 2006.

<sup>65</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [Diario Oficial L 31 de 6.2.2003]; Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo [Diario Oficial C 274 de 19.09.1996]; Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; Dublin II Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se

Fundamentales de la Unión Europea ha regulado lo que se refiere al asilo, incluido como derecho fundamental (artículo 18)<sup>66</sup>. En ese contexto, es importante resaltar que en la admisión de los extranjeros junto al estatuto de refugiado se ha reconocido el de “persona necesitada de protección internacional”, como protección subsidiaria que puede ser otorgada por los Estados miembros en los casos de que el extranjero pueda ser objeto de tortura o tratos inhumanos o degradantes; pena de muerte o ejecución o una amenaza contra su vida debido a una violencia no específica vinculada a un conflicto armado interno o internacional indicando expresamente los derechos que comporta tal situación<sup>67</sup>. Lo cual debería resolver en la práctica los problemas planteados en estos supuestos, cuando el Estado reconoce un derecho de permanencia temporánea (con lo cual se subsana la irregularidad de la estancia) pero se dejaba en suspenso el goce de otros como el derecho a trabajar o a la asistencia sanitaria.

En lo que hace a los aspectos vinculados a la *protección contra la discriminación, el racismo y la xenofobia*, se aprecia una mayor atención por la protección de los derechos humanos<sup>68</sup>. En 1997 durante el año Europeo contra el Racismo, se creó el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, con el objetivo de establecer un intercambio de informaciones sobre la evolución del racismo, xenofobia y antisemitismo en relación con tres ámbitos: medios de comunicación, política social y empleo y educación y cultura dicho. Diez años después, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha sustituido el Observatorio sucediéndolo en sus funciones<sup>69</sup>. En materia de protección contra la discriminación, el Consejo ha adoptado la Directiva de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta directiva se aplica respecto de los nacionales de terceros Estados y prohíbe cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico en los ámbitos a que se refiere la Directiva. Sin embargo esta prohibición de discriminación “no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional”<sup>70</sup>.

En el caso de la reunificación familiar luego de muchos debates, en 2003 se adoptó la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 que trata de regular el ejercicio de tal derecho por parte de nacionales de terceros Estados de conformidad con el artículo 8 del CEDH. Cabe

---

establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país [Diario Oficial L 50 de 25.2.2003]; Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín; Decisión n° 2006/188/CE del Consejo, de 21 de febrero de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y en el Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

<sup>66</sup> A pesar de ello, estos avances a nivel del derecho comunitario respecto la armonización del derecho de asilo en toda la Unión Europea contrastan con la situación fáctica en la cual la admisión de las solicitudes de asilo en la Unión Europea se encuentra en franco descenso.

<sup>67</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

<sup>68</sup> Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Comunicación de la Comisión de 25 de marzo de 1998 relativa a un Plan de Acción contra el racismo.

<sup>69</sup> Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Agencia se encuentra en funciones desde marzo de 2007.

<sup>70</sup> Punto 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000 P. 0022 – 0026.

señalar que varias partes de la Directiva fueron impugnadas por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia por considerarlas violatorias de los derechos humanos.

Con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales en 2000 y su inclusión dentro del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa la Unión Europea se ha dotado de un catálogo propio de derechos<sup>71</sup>. Con respecto a la cuestión bajo examen, la Carta de Derechos Fundamentales contiene derechos aplicables a todas las personas y derechos sólo aplicables a los ciudadanos de la Unión y a los residentes comunitarios<sup>72</sup>. En cuanto al contenido de la Carta, tanto los Títulos I y II, referidos, respectivamente a la Dignidad y a la Justicia y que contienen los derechos humanos básicos y esenciales se aplican a todas las personas sin distinción, concretándose así el principio de igualdad y no discriminación entre extranjeros y ciudadanos de la Unión<sup>73</sup>. El resto de los Títulos (Libertades, Igualdad, Solidaridad y Ciudadanía) contenidos en la Parte Segunda contienen limitaciones en el goce de derechos por parte de los extranjeros. Así respecto de las Libertades, se señala un recorte de las mismas ya que por ejemplo se reconoce la libertad profesional y el derecho a trabajar en los Estados miembros a los ciudadanos de la Unión, mientras que los nacionales de terceros Estados que residan regularmente en el territorio de un Estado miembro tienen derecho a una equivalencia (no igualdad) en las condiciones laborales respecto de aquellas que gozan los ciudadanos de la Unión. Con lo cual se excluye directamente de la protección a los extranjeros en situación irregular en relación con las condiciones de trabajo<sup>74</sup>. En este mismo título se regula la expulsión, extradición y devolución de extranjeros, sin incluir las garantías mínimas contenidas en el CEDH. De igual modo en cuanto a la Igualdad, se introduce la limitación por cuanto la no discriminación por razón de nacionalidad se aplica sólo (como se ha visto con anterioridad) a los ciudadanos de la Unión. En materia de Solidaridad, también existe una exclusión respecto de los extranjeros en situación irregular por cuanto el derecho a la seguridad social y a las ventajas sociales alcanza sólo a las personas que residen y se desplazan legalmente dentro del territorio de la Unión.

### ***La posición de los extranjeros en situación irregular en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia***

Pese al silencio inicial de los tratados constitutivos sobre la competencia de las Comunidades Europeas en cuanto a la protección de los derechos humanos, desde el *Caso Stauder* el Tribunal de Justicia se ha ido ocupando progresivamente de desarrollar un sistema de protección de los derechos fundamentales dentro de la Unión Europea basado en dos pilares: las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que son parte los Estados miembros, en particular el Convenio de Roma<sup>75</sup>.

En el análisis de la cuestión no se deben soslayar las relaciones entre los mecanismos de protección de los derechos humanos del Convenio Europeo y el sistema de la Unión Europea. Como se recordará el Tribunal de Justicia a través del Dictamen 2/94 aclaró que la Comunidad Europea no poseía, en principio, competencia para adherirse al Convenio a menos que no se produjera la reforma de los tratados constitutivos para regular en materia de derechos humanos.<sup>76</sup> En la actualidad, la cuestión se encuentra aún pendiente. Dentro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa existe un proyecto de estudio sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y además dentro de las disposiciones del Tratado de Lisboa se ha previsto la futura adhesión

---

<sup>71</sup> P. Agüero Navarro y A. Chueca Sancho, *La Constitución Europea y los Extranjeros*, Documento de Trabajo de Semiex (Seminario Permanente para las Migraciones Internacionales y la Extranjería), 2005, disponible en: <http://www.intermigra.info> (11.02.2008).

<sup>72</sup> P. Agüero Navarro y A. Chueca Sancho, *La Constitución Europea y los Extranjeros cit.*

<sup>73</sup> *Ibidem.*

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem.*

<sup>75</sup> Ver A. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999. TJCE, Caso 29/69 *Stauder*, Sentencia de 12 de noviembre de 1969.

<sup>76</sup> Dictamen 2/94 emitido por el TJCE el 28 de marzo de 1996. C. Escobar Hernández, *Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿El fin de una vieja polémica?*, págs. 817-838.

de la Unión Europea al Convenio, con lo cual se dotará a los individuos de un mayor nivel de protección.

En el contexto de los casos de expulsión, cuyas líneas centrales fueron analizadas con anterioridad el TEDH ha efectuado importantes consideraciones respecto de la posición de los nacionales de terceros Estados en cuanto al goce y respeto de derechos humanos y sobre la necesidad de que los Estados miembros respeten, más allá del derecho comunitario, las normas del CEDHLF.

Es así que con respecto a la condición de ciudadano de la Unión Europea, el TEDH analizó el diverso estatus de los ciudadanos europeos y del resto de los individuos que no poseen la nacionalidad de los Estados miembros en relación con los casos de deportación. En el *caso C. c. Bélgica* un nacional marroquí que había vivido durante 37 años en el territorio de dicho Estado fue condenado a la deportación debido a la comisión de determinados delitos. El peticionante argumentó ante el TEDH la discriminación sufrida en base a su nacionalidad en violación al artículo 14 del CEDHLF ya que durante el procedimiento de deportación había recibido un tratamiento menos favorable que el que se acordaba a los criminales que ostentaban la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea ya que éstos eran protegidos contra tal medida en Bélgica. El TEDH determinó que no había habido violación del Artículo 14 del CEDHLF porque tal trato preferencial otorgado a los ciudadanos europeos se encuentra basado en una razonable y objetiva justificación, dado que los Estados miembros de la Unión Europea forman un orden legal especial que ha establecido su propia ciudadanía<sup>77</sup>. Por otra parte en el caso *T.I. c. Reino Unido*, el TEDH enfatizó que la obligación de no expulsión del artículo 3 se aplica a los casos de expulsión indirecta a un tercer Estado recordando a los Estados de la Unión Europea sus obligaciones legales de asegurar la protección de los derechos garantizados bajo el CEDHLF más allá de sus compromisos bajo el derecho comunitario<sup>78</sup>.

Como puede apreciarse, aún cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido a través de su jurisprudencia que el ordenamiento jurídico creado a partir de la Unión Europea es un ordenamiento particular que reconoce una nueva categoría jurídica que es la ciudadanía de la Unión Europea, al mismo tiempo ha dejado en claro que la UE no puede violar los derechos humanos amparándose en tal medida.

En general, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha brindado una escasa tutela a los derechos de los extranjeros. La jurisprudencia (en la resolución de casos relativos al derecho de residencia de nacionales de terceros Estados, de reagrupación familiar y al tratamiento de trabajadores de terceros Estados) se ha mostrado menos protectora respecto de los extranjeros que la del TEDH<sup>79</sup>. Se puede decir que el elemento común a todos estos casos en relación con la posición del Tribunal de Justicia es que éste ha manifestado un mayor interés por verificar el cumplimiento o la adecuación de las políticas o acciones de los Estados miembros al derecho comunitario que por proteger efectivamente los derechos de los nacionales extracomunitarios.

Al menos eso parece concluirse del examen de la jurisprudencia sentada a través de algunos casos<sup>80</sup>. Por su trascendencia respecto de la posición de los extranjeros en situación irregular, cabe extraer los argumentos principales relevantes para el análisis.

---

<sup>77</sup> Caso de *C. contra Bélgica*, sentencia de 7 de agosto de 1996.

<sup>78</sup> Es la doctrina sentada también en el Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda*, Sentencia de 30 de Junio de 2005.

<sup>79</sup> Cfr. A. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 58-62.

<sup>80</sup> Ver, por ejemplo: Asunto 267/83 *Diatta /Land de Berlín*-Sentencia de 13 de febrero de 1985; Asunto 12/86 *Demirel/Schwäbisch Gmünd* – Sentencia de 30 de septiembre de 1987 y Asuntos C-72/91 y C-73/91 (*Firma Slogan Neptum*) de 17 de marzo de 1993; Asunto *Nour Eddline El-Yassini contra Secretary of State for Home Department*, Sentencia de 2 de marzo de 1999 -*Nour Eddline El-Yassini contra Secretary of State for Home Department* y Sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002 sobre “Nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros - Visado obligatorio - Derecho de entrada de los cónyuges que carezcan de documentos de identidad o de visado - Derecho de residencia de los cónyuges que hayan entrado ilegalmente - Derecho de residencia de los cónyuges que hayan entrado legalmente pero cuyo visado está

En el *Asunto Diatta* se cuestionó la situación de una nacional extracomunitaria casada con un nacional comunitario en Alemania, debatiéndose el derecho de ésta a seguir residiendo en el territorio de ese Estado tras el divorcio de acuerdo al ordenamiento comunitario<sup>81</sup>. En la respuesta a la cuestión prejudicial planteada sobre el reconocimiento o no de tal derecho de residencia, el Tribunal de Justicia concluyó que el derecho comunitario no reconocía tal derecho a la residencia en los casos de divorcio de un nacional comunitario dejando a la nacional extracomunitaria sujeta a una posible expulsión.

Por vía de la verificación del cumplimiento o no del derecho comunitario, en un asunto reciente el Tribunal de Justicia reconoció el derecho a la entrada de dos nacionales extracomunitarios (Sr. Faid y Sr. Bouchair de nacionalidad argelina casados con nacionales españolas) cuyo ingreso a *prima facie* resultaba ilegal por estar ambos incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información Schengen<sup>82</sup>. En este caso el Tribunal de Justicia condenó a España por incumplimiento del derecho comunitario al negar la entrada a su territorio de estas dos personas basándose exclusivamente en el argumento de resultar no admisibles por encontrarse en dicha lista, considerando que dicho Estado debió, además, haber comprobado si la presencia de tales personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

Respecto del *derecho a la vida familiar de los extranjeros* en los casos de reunificación familiar hay que señalar que la sentencia de 27 junio 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra la Directiva sostuvo una posición restrictiva respecto del goce de tal derecho por parte de los extranjeros de terceros Estados<sup>83</sup>. La Abogada General citó otros casos de denegación de reagrupación familiar resueltos por el Tribunal de Justicia para argumentar que los derechos “comunitarios” de los ciudadanos de la UE son más amplios<sup>84</sup>. Como opinan algunos autores, esto supondría que dentro de la Unión hay dos diversos niveles de reconocimiento de este derecho, que es mayor o absoluto en el caso de familias integradas por nacionales comunitarios y menor o relativo cuando está integrada por nacionales de terceros Estados, ya que se condiciona el derecho a la protección de la vida familia a los intereses comunitarios<sup>85</sup>.

En cuanto a *la expulsión de extranjeros nacionales de terceros Estados*, como se ha señalado anteriormente la misma está o debería estar sujeta al cumplimiento de las garantías establecidas en el CEDH/LF, la práctica demuestra a veces, sin embargo, lo contrario. Como en el *Asunto del Auto Dem'yanenko* de 2003 relativo a la expulsión de una nacional ucraniana (que se encontraba en situación irregular) por parte de las autoridades italianas. Este caso la orden de expulsión había sido notificada y ejecutada de manera expedita y sin posibilidad de que la extranjera interpusiese un recurso contra la decisión de expulsión en clara violación del derecho a obtener una tutela judicial efectiva pone en evidencia las deficiencias de la protección otorgada dentro de la Unión Europea a los nacionales de terceros Estados ya que el Tribunal de Justicia se apejó a criterios formalistas sin pronunciarse sobre la protección de los derechos fundamentales de la nacional extracomunitaria<sup>86</sup>.

---

caducado en el momento en que solicitan un permiso de residencia - Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE y 73/148/CEE y Reglamento (CE) n. 2317/95”.

<sup>81</sup> Se trataba de la aplicación del Reglamento 1612/168.

<sup>82</sup> Asunto 503/03 Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España, sentencia de 31 de enero de 2006.

<sup>83</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott de 8 de septiembre de 2005. Los casos en cuestión eran *Carpenter y Akrich*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> E. La Spinal, La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Institut Universitari de Drets Humans. Universitat de València, artículo disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf> (22.02.2008).

<sup>86</sup> En este supuesto se trataba de una ciudadana de un tercer Estado que había ingresado legalmente al territorio comunitario con un visado Schengen y posteriormente ingresa en Italia donde es hospitalizada por intento de suicidio, a poco de salir del hospital, se le comunica que de acuerdo con las leyes italianas no había solicitado su permiso de residencia y que por tanto se encontraba en situación irregular en ese Estado. El 17 de enero de 2003 el Prefeto di Catania ordena la expulsión la que fue comunicada sólo 85 minutos antes de que la Sra. Dem'Yanenko abordara el avión de regreso a su país. De acuerdo con el artículo 68 del TCE antes comentado, el Tribunale di Catania presentó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, el que

Por otra parte y en cuanto a la protección de los derechos sociales de los trabajadores extracomunitarios, el Tribunal de Justicia también ha sido reticente a adoptar una posición que sea compatible con el respeto de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales como la Carta Social Europea o el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los diversos Convenios de la OIT<sup>87</sup>. Basta recordar en este sentido la Sentencia adoptada en el *Asunto Sloman Neptum* en el que el Tribunal de Justicia autorizó el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las que gozaban los trabajadores comunitarios respecto de nacionales de terceros Estados<sup>88</sup>. Por lo demás, la escasa ratificación de los Estados europeos de la Convención para la protección de los trabajadores migrantes, ha puesto de manifiesto los obstáculos que existen en los Estados miembros de la Unión para llegar al establecimiento de un nivel mínimo de protección para los trabajadores extracomunitarios, se encuentren éstos en condición regular o irregular.

Es claro que existe la necesidad de articular una solución que concilie la protección de los derechos humanos de los migrantes en condición irregular con el resto de los intereses en juego. Se abre quizás una nueva perspectiva con la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales a nivel del derecho comunitario originario y la posibilidad de un mayor activismo judicial de parte del Tribunal de Justicia.

### ***La situación de los extranjeros en situación irregular a la luz de la práctica del sistema interamericano de protección de derechos humanos***

Dentro de los diversos períodos que se pueden diferenciar en la protección de los derechos humanos por parte del sistema interamericano teniendo en cuenta los cambios acontecidos en el continente americano dentro se puede indicar que la especialización en el tratamiento de las cuestiones migratorias se operado en fecha reciente.

De esta manera, dentro del sistema de peticiones individuales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido en los últimos años denuncias relativas a la violación de derechos humanos en los casos de expulsión de extranjeros en situación irregular. En este sentido, la Comisión como órgano cuasi-jurisdiccional ha desempeñado un rol destacado debido a que su actuación se extiende a todos los Estados miembros de la OEA y son pocos los casos que de acuerdo con la Convención Americana pueden pasar a la fase jurisdiccional cuyo acceso, por otra parte, está vedado a los individuos<sup>89</sup>. Por lo tanto el procedimiento ante la Comisión como la decisión final que ésta adopte revisten una importancia fundamental en la protección de los derechos humanos de los extranjeros en situación irregular.

Por lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay que resaltar que el órgano judicial del Pacto de San José ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre el

---

desestimó la procedencia por no cumplirse con los requisitos del mencionado artículo. Ver el comentario del caso efectuado por J. Baquero Cruz, "El auto Dem'Yanenko: Expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 8, Núm. 19, Septiembre-Diciembre 2004, págs. 935-950.

<sup>87</sup> La mayoría de los casos presentados ante el Tribunal de Justicia se refieren a la aplicación de acuerdos de cooperación con terceros Estados y al empleo de extranjeros no comunitarios por parte de empresarios que poseen la nacionalidad de los Estados miembros.

<sup>88</sup> El caso se refería a la contratación por parte de una empresa naviera alemana de trabajadores filipinos en condiciones inferiores a las que disfrutaban los trabajadores alemanes por la realización del mismo trabajo. Se formuló una solicitud de interpretación prejudicial para indagar acerca de la compatibilidad de la medida con el artículo del TCE que se refiere a que la Comunidad y los Estados miembros deben promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores. El Tribunal de Justicia, aludió a la naturaleza programática del artículo y determinó que estas condiciones inferiores de trabajo y de salario no se oponían al artículo 136 TCE y no podían ser consideradas como ayudas estatales. Asuntos C-72/91 y C-73/91 (Firma Slogan Neptum) de 17 de marzo de 1993. Cfr. A. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea cit.*, p. 61.

<sup>89</sup> En general, en los casos en los que se ha constatado la violación de los derechos humanos de los extranjeros en situación irregular, la Comisión ha concluido los casos con la publicación del informe y la indicación de una reparación efectiva a ser satisfecha por el Estado que infringió los derechos humanos.

complicado asunto de la protección de los extranjeros en situación irregular, en particular, de los trabajadores migrantes indocumentados tanto en ejercicio de su competencia consultiva como contenciosa y en la adopción de medidas provisionales. En ejercicio de su competencia consultiva, en un período relativamente breve de tiempo, la Corte Interamericana se ha referido y examinado la situación de los extranjeros en el continente americano a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana se ha manifestado sobre la protección del derecho a la vida, la integridad personal, circulación y residencia y protección a la niñez y a la familia de los extranjeros en situación irregular<sup>90</sup>. En lo que se refiere a la adopción de medidas provisionales la Corte ha intervenido para proteger a extranjeros durante expulsiones masivas<sup>91</sup>.

Efectuando un análisis de la protección dispensada a los extranjeros en situación irregular a la luz de la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos podemos indicar los diversos derechos cuyo goce se ha garantizado a los mismos.

- **Derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la igualdad y a la tutela judicial de los extranjeros en situación irregular.**

La Comisión se pronunció sobre la protección de tales derechos en el caso de los denominados *boat people* haitianos. La petición fue presentada en 1992 en representación de ciudadanos haitianos que emigraban en botes debido a la situación política y que fueron devueltos a su país de origen por parte de la Guardia Costera de Estados Unidos. En estos casos los peticionantes alegaron el principio de *non refoulement*, debido al riesgo cierto que corrían en su país de origen. Sin embargo, fueron considerados como extranjeros en situación irregular siendo deportados a Haití donde fueron sometidos a prisión<sup>92</sup>.

En el extenso informe final sobre el fondo de la petición la Comisión, como órgano de la OEA, analizó el caso presentado a la luz de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>93</sup>. Dentro de las importantes consideraciones que la Comisión realizó en este caso, determinó que había habido una violación de diferentes derechos humanos consagrados en la Declaración Americana y que integran el estándar mínimo internacional:

- En primer lugar, se constató la violación del derecho a la vida de estas personas a raíz de la expulsión hacia un Estado en el que su vida corría riesgo cierto;
- En segundo lugar, se determinó la violación del derecho a la libertad en razón de la interceptación de los haitianos en embarcaciones en alta mar y también del derecho a la seguridad de la persona, ya que al decidir la deportación se expuso a los peticionantes a “actos de brutalidad en manos de los militares haitianos y sus partidarios”<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>91</sup> Ciudadanos Haitianos y Dominicano Haitianos en la República Dominicana, Decisiones del 14 de septiembre de 2000; 12 de noviembre de 2000; y 26 de mayo de 2001. Según el Artículo 63 (2) de la Convención Americana en casos de “extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”, la Corte posee la facultad incluso en los casos no sometidos a su conocimiento, si la Comisión así lo solicita, disponer las medidas provisionales que estime pertinentes. Este artículo es concordante con el artículo 25 (1) del Reglamento de la Corte que expresa que “en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.”

<sup>92</sup> Informe n° 28/93, Caso 10.675 Estados Unidos. Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad, 13 de octubre de 1993.

<sup>93</sup> Informe n° 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

<sup>94</sup> Informe n° 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 164.

- Así también, la Comisión verificó la violación del derecho a las garantías judiciales ya que las personas expulsadas no tuvieron oportunidad de presentar un recurso judicial contra la decisión de expulsión.
- Finalmente, y respecto del derecho de asilo, si bien la Comisión reconoció que no existe un derecho sustantivo en este caso (derecho a obtener asilo) se acreditó que el caso había existido discriminación en el acceso a la solicitud de asilo en razón de una “diferenciación irrazonable entre el tratamiento de los haitianos y de los nacionales de otros países que buscan asilo en los Estados Unidos”<sup>95</sup>.

Con relación a las garantías en el caso de *expulsiones colectivas de extranjeros*, la Corte Interamericana adoptó medidas provisionales en el caso de deportaciones masivas de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano dispuestas por República Dominicana<sup>96</sup>. La Comisión comprobó en una petición bajo trámite que las expulsiones se realizaban sin respeto de los procedimientos legales y sin comprobación adecuada de la nacionalidad ni del estatus migratorio de los expulsados. Ante esta circunstancia, la Comisión solicitó como medida cautelar que República Dominicana interrumpiera la práctica de las expulsiones masivas y que en todo caso se respetara el derecho al debido proceso, medida que fue rechazada por el gobierno dominicano. Ante un nuevo incremento de las expulsiones en 2000, CIDH elevó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de medida provisional de carácter genérico en favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano que se encontraban sujetas a la jurisdicción de la República Dominicana y que corrían el riesgo de ser expulsadas o deportadas colectivamente por este Estado.

En su solicitud la Comisión, indicó la adopción de “medidas provisionales para que el Estado dominicano estableciera procedimientos que permitieran verificar los casos donde no procedía la deportación, de aquellos casos en que sí procede. En el caso de que la expulsión o deportación fuera procedente (...) se debían “satisfacer plenamente los requisitos del debido proceso, incluyendo el plazo mínimo de notificación, acceso a miembros de la familia, audiencias adecuadas y decisiones adoptadas legalmente por las autoridades competentes. Asimismo, solicitó que en todos los casos, las deportaciones deberían realizarse de manera individual y no en forma masiva”<sup>97</sup>.

Tras celebrar una audiencia pública y comprobar que se cumplían los requisitos indicados en este supuesto la Corte otorgó medidas provisionales para proteger a personas determinadas (la suspensión de la deportación en la mayoría de los casos)<sup>98</sup>. Por lo demás, la Corte recordó que si bien “es atributo de la República Dominicana tomar decisiones soberanas acerca de su política de migración, éstas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”<sup>99</sup>.

- **Derecho al debido proceso y el acceso a la asistencia consular de los extranjeros.**

Tanto la Comisión como la Corte se pronunciaron sobre el derecho al debido proceso y al acceso a la asistencia consular de los ciudadanos extranjeros en diversas oportunidades. Estos casos, aún cuando

---

<sup>95</sup> Informe n° 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 178.

<sup>96</sup> A diferencia de cuanto acontece en el sistema del CEDH no existe en la Convención Americana ni en el resto de los instrumentos adoptados una norma que prohíba las expulsiones masivas de extranjeros

<sup>97</sup> Escrito de solicitud de medidas provisionales de 30 de mayo de 2000 presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte.

<sup>98</sup> La Corte fundó la adopción de medidas provisionales en “los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran prima facie una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, la integridad personal, protección especial a los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas identificadas en el addendum”. Cabe añadir que además de estas medidas provisionales, la con posterioridad y en el mismo caso Corte ha adoptado nuevas medidas para proteger de la expulsión a otros extranjeros que se encontraban en idéntica situación.

<sup>99</sup> Medidas Provisionales, Ciudadanos Haitianos y Dominicano Haitianos en la República Dominicana, Decisiones del 14 de septiembre de 2000; 12 de noviembre de 2000; y 26 de mayo de 2001. Lo que figura en itálica es un agregado nuestro.

se trataba de extranjeros que se encontraban en su mayoría de manera regular en el territorio extranjero, son importantes para comprobar cuál es la práctica de la Comisión y la Corte Interamericanas respecto de la tutela del derecho a la vida y del acceso a la protección consular de los extranjeros en general.

El supuesto de hecho más notorio que dio lugar a la actuación de la Comisión y al ejercicio de la competencia consultiva por parte de la Corte fue la situación de varios detenidos extranjeros que se hallan en el corredor de la muerte<sup>100</sup>. La Comisión intervino en varias peticiones formuladas respecto de la denegación del acceso a la asistencia consular en el marco de las garantías procesales. La Comisión observó que los detenidos extranjeros a menudo se encontraban en una situación de desventaja debido a “la incapacidad (...) de hablar el idioma del Estado, el desconocimiento de su sistema jurídico, o la incapacidad de recopilar la información pertinente, como pruebas atenuantes, de su país de origen” con lo cual el acceso a la asistencia consular resultaba necesario para preparar adecuadamente su defensa<sup>101</sup>. Como principal argumento la Comisión sostuvo que los detenidos extranjeros gozaban de un derecho individual para comunicarse con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad distinto e independiente del derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el extranjero<sup>102</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana se refirió al acceso a la asistencia consular en su *Opinión Consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (Opinión Consultiva OC-16/99) de 1 de Octubre de 1999, en respuesta a la solicitud formulada por México<sup>103</sup>. La base fáctica de la solicitud son los diferentes casos presentados en Estados Unidos referidos a nacionales mexicanos que se hallaban en el corredor de la muerte y a los que no se les había informado acerca de la posibilidad de contactar con representantes del Consulado mexicanos a fin de requerir la intervención y asistencia de éstos. La Corte analizó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares a la luz de la Declaración Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo a una interpretación teleológica y de corte humanista de la Convención de Viena, la Corte estableció que dicho tratado internacional confiere un derecho individual a los ciudadanos extranjeros detenidos en el Estado receptor (sin efectuar ningún tipo de distinción en razón de su situación legal) a ser informado sin demora del derecho a solicitar asistencia al Consulado de su nacionalidad y a poder comunicarse con las autoridades consulares para recibir ayuda y asistencia y preparar su defensa legal. Correlativamente, la Corte subrayó que las autoridades consulares del Estado en cuestión tienen el derecho a ponerse en contacto y entrevistarse con los nacionales que se encuentren en el Estado receptor<sup>104</sup>. Así también la Corte fijó los contornos de la obligación que pesa sobre las autoridades del Estado receptor de poner en conocimiento del Estado de la nacionalidad del extranjero de la privación de la libertad sufrida por éste. Siguiendo la doctrina del efecto útil, y a fin de garantizar la preparación de una defensa efectiva, la Corte determinó que el momento oportuno para informar al nacional extranjero acerca de tal derecho es cuando se procede al arresto y en todo caso antes de que el

---

<sup>100</sup> Cabe recordar que ante la Corte Internacional de Justicia se han ventilado casos relativos a estos extremos que involucran la interpretación y aplicación la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares respecto del derecho de asistencia consular de en el contexto de un proceso penal relacionado con la aplicación de la pena capital: Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos) Sentencia de 27 de junio de 2001, Caso Breard planteado ante la CIJ en 1998 (Paraguay c. Estados Unidos) aún cuando el Estado demandante desistió antes de que la Corte se pronunciara sobre el fondo del asunto y el Caso Avena y otros (México c. Estados Unidos) Sentencia de 31 de marzo de 2004.

<sup>101</sup> Observaciones presentadas por la Comisión en la Opinión Consultiva 16/1999, párr. 64. Ver además Informe sobre el fondo n° 52/02, Caso 11.753 Ramón Martínez Villareal, Estados Unidos, 10 de octubre de 2002, párr. 69.

<sup>102</sup> Ver las observaciones finales de la Comisión en la Opinión Consultiva 16/99, párr. 26.

<sup>103</sup> Aceves, W. J., *The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion OC-16-99 (in International Decisions), *The American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 3. (Jul., 2000), pp. 555-563. La Opinión Consultiva OC-16/99 se encuentra disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. (01.02.2008).

<sup>104</sup> En la Opinión, la Corte expresó: “la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia”.

detenido preste cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiales o judiciales. En síntesis, la Corte reconoció el derecho a la asistencia consular como derecho individual considerando además que el respeto de los requisitos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles.

- **Derecho a la tutela judicial en los casos de deportación.**

La Comisión Interamericana, además, ha reconocido la admisibilidad de las peticiones en varios casos que involucran los derechos que deben reconocerse a los extranjeros en situación irregular tomando en consideración las garantías judiciales contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>105</sup>.

En uno de ellos se alegaba la violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 47 ciudadanos nicaragüenses que habían sido expulsados desde Costa Rica a Nicaragua en 1995<sup>106</sup>. En este caso los nacionales nicaragüenses fueron deportados desde Costa Rica a Nicaragua en la frontera antes de ingresar al territorio ya que no poseían los documentos migratorios necesarios para ingresar, sin poder articular ningún tipo de recurso judicial ante las autoridades costarricenses. Además, se indicaron otras irregularidades en el proceso de deportación como la falta de resolución que la ordenase, las lesiones infringidas por las autoridades costarricenses a algunas de las personas deportadas y la desaparición de dos personas que habían sido deportadas y que regresaron a Nicaragua<sup>107</sup>. En este supuesto particular, además, la Comisión debió analizar con detalle el requisito previo del agotamiento de los recursos internos para acceder a los peticionantes a la instancia internacional. La Comisión eximió del cumplimiento de dicho requisito tomando en cuenta el contexto en el que se produjo la deportación, ya que no se había permitido a los presuntos lesionados en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna<sup>108</sup>.

Así también en otro supuesto parecido la Comisión debió comprobar los requisitos de admisibilidad de una petición en la que se denunciaban las condiciones de un ciudadano nicaragüense en situación irregular en Costa Rica. A diferencia del anterior, en este supuesto la persona presuntamente afectada era un trabajador migrante que trabajaba por períodos alternos en Costa Rica encontrándose en el territorio de dicho Estado en el momento de la expulsión. De modo similar al caso anterior, esta persona había sido deportada sin posibilidad de interponer ningún recurso judicial en contra de la decisión por la que se ordenaba su expulsión debido a la condición de irregularidad en la que se encontraba. Además en la petición se alegaba que durante el procedimiento de deportación dicho ciudadano nicaragüense había sido lesionado por las autoridades que procedieron a la deportación<sup>109</sup>. La Comisión siguió el razonamiento del caso anterior y, por tanto, eximió al peticionante del agotamiento de los recursos internos en Costa Rica, confirmando la doctrina jurisprudencial sostenida en el caso anterior.

Como se puede apreciar, la Comisión ha adoptado una posición pragmática y una interpretación de las normas ajustada a la realidad, para evitar que la situación irregular en la que encontraban los ciudadanos extranjeros que ya les había dificultado el acceso a la jurisdicción interna durante la expulsión les impidiese, además, el acceso a la instancia internacional de protección.

- **Derecho a la libertad y protección contra la detención arbitraria en el caso de los extranjeros en situación irregular.**

---

<sup>105</sup> Los dos casos que se citan y comentan han superado la fase de admisibilidad, encontrándose pendiente la decisión sobre el fondo. Hay que recordar que la duración del procedimiento en los supuestos en que se declara la admisibilidad del caso varía en función de la complejidad del mismo.

<sup>106</sup> Informe n° 37/01 caso 11.529 José Sánchez Guner Espinal y otros Costa Rica, de 22 de febrero de 2001.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Artículo 46 (2)(b) de la Convención, que establece los casos en los que no son de aplicación los párrafos 1(a) y 1(b).

<sup>109</sup> Informe n° 89/00 caso 11.495 Juan Ramón Chamorro Quiroz c. Costa Rica, 5 de octubre de 2000.

También la Comisión ha reconocido el derecho de los extranjeros en situación irregular a ser protegidos contra la detención arbitraria. El caso más relevante es el denominado *Caso de los cubanos del Mariel*, originado en la petición interpuesta en nombre de nacionales de la República de Cuba que formaban parte de la “Flotilla Libertad” del buque Mariel que se dirigió a los Estados Unidos en 1980 la mayoría de los cuales (en el momento de interponerse la petición en abril de 1987 la cifra ascendía a unos 3.000 cubanos) habían sido detenidos en los Estados Unidos por su ingreso irregular al país<sup>110</sup>. Como los tribunales de Estados Unidos consideraron que los detenidos cubanos eran extranjeros excluibles ya que desde el punto de vista jurídico nunca ingresaron al territorio estadounidense y por tanto se les negaron las garantías del debido proceso del que disponen otros extranjeros en Estados Unidos<sup>111</sup>.

Con posterioridad a la presentación de la petición la Comisión realizó inspecciones *in situ* en cuatro localidades en que se mantenían detenidos a los ciudadanos cubanos que se encontraban a bordo del Mariel. La Comisión consideró al derecho a la libertad como uno de los principios rectores del sistema interamericano, cuya protección se garantiza a todas las personas incluidos los extranjeros en situación irregular la Comisión determinó la inderogabilidad de los derechos reconocidos en la Declaración<sup>112</sup>.

Sobre la legalidad de la limitación del derecho a la libertad personal y sobre el acceso a un recurso interno para determinar la legalidad o ilegalidad de sus detenciones, la Comisión analizó la naturaleza de tales limitaciones, recordando que: “En el contexto particular de la inmigración, la Comisión reconoce que en general en las sociedades democráticas se considera apropiado que los Estados otorguen a los extranjeros un tratamiento diferente al que gozan otros dentro de la jurisdicción del Estado, por ejemplo, controlar el ingreso de extranjeros y su residencia en el territorio del Estado. Sin embargo, congruentemente con los principios que informan el artículo II de la Declaración, el Estado tiene que demostrar que toda distinción de ese tipo es razonable y proporcionada al objetivo que se procura. Debe tenerse en cuenta el hecho de que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración fue garantizar como derecho fundamental “la protección equitativa de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos consagrados en la Declaración”<sup>113</sup>.

Como se puede observar, la Comisión comprobó que el Estado en cuestión no había respetado el derecho a la libertad de los extranjeros en situación irregular ya que las limitaciones no habían sido razonables y proporcionadas ni se había respetado el derecho a la protección judicial porque se les había negado el acceso a un recurso en contra de la medida por la que se ordenó la detención.

- **Derecho a la nacionalidad y a la educación en el caso de menores en situación irregular.**

En un caso reciente y novedoso que transitó ambas fases de protección (ante la Comisión y ante la Corte Interamericanas), se analizó el goce de derechos respecto de menores en situación irregular. El caso en cuestión involucraba la situación de dos menores de padres haitianos nacidas en República Dominicana (Dilcia Yean y Violeta Bosica) cuyo estatus migratorio fue cuestionado por las

---

<sup>110</sup> Ver Informe N° 51/01-Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América- 4 de abril de 2001. *El caso Cubanos de Mariel*.

<sup>111</sup> Los peticionarios sostuvieron que Estados Unidos era responsable de la violación de los artículos I, XVII, XXV y XXVI de la Declaración Americana.

<sup>112</sup> Informe N° 51/01. En esa oportunidad, la Comisión expresó: “este derecho, al igual que otros consagrados en la Declaración, se aplica a todos los individuos que estén bajo la autoridad y el control del Estado y debe ser otorgado a todas las personas sin distinción, de acuerdo con el derecho a igual protección de la ley consagrado en el artículo II de la Declaración. No es un derecho ilimitado. Se trata de saber si el Estado denunciado cumplió con la legalidad de la detención, de tal manera que la privación de la libertad no resulte arbitraria, los peticionarios están o estuvieron en algún momento previo bajo la detención del Estado en razón de su condición de “extranjeros excluibles” por falta de la documentación adecuada de acuerdo con la ley de inmigración y naturalización parecería surgir del expediente que los peticionarios han sido privados de su libertad por el Estado y que su detención ha sido obviamente de carácter administrativo, vinculándose a su condición de inmigración”.

<sup>113</sup> *Ibidem*, párr. 239.

autoridades de dicho Estado negándoseles como consecuencia de ello el goce de ciertos derechos humanos<sup>114</sup>.

En la petición ante la Comisión se alegó que el Estado en cuestión, República Dominicana, había negado la nacionalidad dominicana a las niñas pese a que nacieron en el territorio de la República Dominicana aún cuando la Constitución de ese Estado se rige en la materia por el principio de *ius soli*. Además, las menores no habían sido inscritas en el Registro Civil debido a la negativa de las autoridades correspondientes en razón de su ascendencia haitiana y debido a la circunstancia de que al momento de su nacimiento sus padres se encontraban en la República Dominicana con carácter ilegal y por lo tanto no tenían derecho a obtener la nacionalidad dominicana. Como consecuencia, la condición que revestían era la de extranjeros en situación irregular, sujetos a deportación. En el caso de una de ellas, en edad escolar, se le había denegado la posibilidad de recibir educación primaria<sup>115</sup> por carecer de documentos para inscribirse en la escuela correspondiente a su lugar de residencia.

Concluida la fase ante la Comisión, ésta presentó la demanda contra República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una presunta violación de los derechos contenidos en los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

En la sentencia la Corte Interamericana se refirió a la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las niñas calificándola como “limbo legal” ya que no poseían la nacionalidad de ningún Estado (apatridia) y se encontraban bajo riesgo cierto de ser expulsadas y separadas de su familia y no se les había reconocido el derecho a la personalidad jurídica ni al nombre, derechos que integran el estándar mínimo<sup>116</sup>.

Asimismo, la Corte comprobó que República Dominicana había actuado de manera discriminatoria en contra de las menores al haberles negado la nacionalidad en razón de su ascendencia haitiana, actuando “de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño”<sup>117</sup>. Además la Corte precisó que: “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”<sup>118</sup>.

Con respecto al *derecho a la educación básica*, como derecho que debe garantizarse a todas las personas y en particular a los niños con independencia de su condición de extranjero irregular, la Corte recordó que “el deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el

---

<sup>114</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad N° 28/01, Caso 12.819, Dilcia Yean y Violeta Bosica (República Dominicana), 22 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>115</sup> *Ibidem*, párr. 166.

<sup>116</sup> Además de los fundamentos jurídicos del caso, la Corte aporta una descripción detallada de las migraciones de haitianos hacia República Dominicana. La Corte se remitió a los informes del Comité de los Derechos del Niño y de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que resaltan la difícil situación de los migrantes haitianos en República Dominicana sometidos a actos de discriminación y racismo y con un limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud.

<sup>117</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 166.

<sup>118</sup> *Ibidem*., párr. 166.

<sup>118</sup> *Ibidem*., párr. 155.

artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual<sup>119</sup>.

- **Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados**

La Corte se refirió de manera general a los derechos de los extranjeros en situación irregular en la *Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. A través de la misma la Corte fijó la posición del sistema interamericano respecto del reconocimiento y garantía de derechos de los migrantes indocumentados. Al igual que la anterior opinión consultiva analizada la solicitud fue interpuesta por México<sup>120</sup>. En esta Opinión Consultiva, la Corte estudió la situación de los migrantes indocumentados en el continente. En esencia, México, requirió la opinión de la Corte acerca de la condición jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados y si tal situación podía justificar que un Estado americano denegase el acceso a ciertos derechos y remedios procesales.

La Opinión Consultiva analiza con detalle la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable al caso, en especial la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los miembros de sus familias. Esta Opinión Consultiva de la Corte, deja establecidos los criterios generales y principios a la luz de los cuales debe ser considerada la situación de los extranjeros cualquiera sea su condición y la de los trabajadores migrantes indocumentados.

Los aspectos centrales de esta Opinión Consultiva son los siguientes:

- **La naturaleza del principio de igualdad de no discriminación y de igualdad de trato.**

La Corte analizó la naturaleza del principio de no discriminación e igualdad de trato estableciendo que el mismo tiene naturaleza consuetudinaria, pertenece al *ius cogens* y acarrea obligaciones de respeto erga omnes que alcanzan a terceras partes, incluyendo Estados y a individuos. Por tanto, su violación acarrea responsabilidad internacional por parte del Estado en cuestión.

- **Los derechos de los migrantes indocumentados.**

Tras precisar la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los extranjeros que se desplazan de un Estado a otro en general, en particular cuando carecen de un estatus legal puesto que en muchas ocasiones ven menoscabados sus derechos, son objeto de tráfico de personas y sufren actos de discriminación y xenofobia. La Corte estableció que el estatus irregular de una persona no puede privar a ésta de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, entre ellos del derecho al debido proceso. Refiriéndose a los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte determinó que el estatus migratorio no puede ser un fundamento para negar a éstos el goce de derechos laborales. La Corte enfatizó que hay determinados derechos laborales que se derivan de la relación de empleo y que deben ser reconocidos a todos los trabajadores, nacionales y extranjeros sin importar la condición de éstos últimos. A los Estados les corresponde verificar que los empleadores cumplan con tales derechos evitar que en las relaciones contractuales se violen esos estándares mínimos internacionales.

---

<sup>119</sup> *Ibidem.*, párr. 185.

<sup>120</sup> Del mismo modo que sucedió con la anterior el pedido de opinión consultiva recibió el apoyo de numerosas organizaciones de defensa de los derechos humanos, de los derechos de los trabajadores e inmigrantes. Otros Estados americanos presentaron informes al respecto. Es interesante notar como a través de los informes amicus curiae de las organizaciones se pone de manifiesto la situación de las personas en situación irregular (en especial trabajadores migrantes) en el continente americano.

- **La política migratoria de los Estados americanos y el respeto de los derechos humanos**

Al respecto la Corte reiteró que si bien los Estados están facultados para tomar las orientaciones en su política migratoria que crean convenientes, éstos se encuentran obligados a respetar los derechos humanos y a observar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

Como puede apreciarse, ha habido una evolución reciente e incipiente en la práctica del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en cuanto a la protección de los migrantes. Además de garantizar el ejercicio de los derechos esenciales en el caso de los extranjeros en situación irregular se ha reconocido la titularidad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales como se desprende de la *Opinión Consultiva 18/03* y del *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana* en el que la Corte aplica el Protocolo de San Salvador.

### **Consideraciones Finales.**

La dinámica de las migraciones internacionales actuales es compleja fruto de factores de diversa índole. El derecho internacional ha debido evolucionar desde el clásico tratamiento a los extranjeros hacia nuevos modelos de protección de los derechos humanos para ofrecer una respuesta adecuada a la situación de los migrantes. No obstante subsiste en la realidad y en la dimensión normativa un déficit respecto de la tutela de los derechos de los extranjeros en situación irregular.

En lo que hace al ámbito universal, la tendencia observada en los últimos años se ha orientado hacia la adopción de normas y el establecimiento de mecanismos para la protección de diversas categorías de migrantes internacionales. Si bien los instrumentos existentes han proporcionado los estándares legales mínimos que deben garantizarse a todas las personas sin distinción, se observan obstáculos y dificultades de parte de los Estados para internalizar las normas del derecho internacional en la órbita de sus respectivos sistemas legales internos, o, en otros términos para hacer efectivas las medidas de protección dispuestas por los órganos de control internacionales.

Es evidente que así como existen diferencias apreciables entre la consagración de derechos humanos y la efectividad de su protección, también las hay entre la reflexión sobre la situación existente y la posibilidad de adoptar políticas futuras en este campo.

Pese a la encomiable labor en pro de la ratificación y de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, ésta tiene poca eficacia práctica ya que las ratificaciones que ha recibido corresponden a Estados de emigración, pocos Estados receptores han consentido en obligarse por medio de la misma.

A nivel regional, en Europa y en América el análisis de la práctica de los diversos sistemas de protección de los derechos humanos nos demuestra el establecimiento de estándares de protección de los extranjeros, dentro de los que se puede identificar un núcleo duro de derechos humanos reconocidos a los extranjeros en situación irregular cuyo contenido coincide en mayor o menor medida con el estándar mínimo internacional y una zona de penumbra en la que se sitúan ciertos derechos de índole económica, social y cultural cuya titularidad se encuentra aún debatida.

En el continente europeo, el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su larga trayectoria ha establecido directrices generales que refuerzan la protección que las normas proporcionan a los extranjeros en general y a aquellos que se encuentran en situación irregular. Es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que resguarda a través de su labor jurisprudencial el delicado equilibrio entre la adopción de medidas y políticas internas de carácter migratorio y el respeto de los derechos humanos. Como lo ha dejado establecido en varios casos dicho control se extiende incluso respecto de la actuación de los Estados miembros de la Unión Europea. La jurisprudencia del

TEDH ha subsanado las carencias en la protección de los derechos humanos que pueden observarse en la ejecución de las políticas de inmigración.

Si bien la Unión Europea ha regulado ciertos aspectos de lo que podría denominarse un estatuto de extranjería es, en todo caso, un estatuto incompleto. El derecho de extranjería en la Unión Europea gira en torno a la política de visados, asilo y al acceso y circulación en el territorio de la Unión de nacionales de terceros Estados. Se puede afirmar que el derecho comunitario en materia de inmigración y extranjería está aún en vías de ser perfilado. Se han comunitarizado algunos aspectos relativos al tratamiento de los extranjeros (asilo, reunificación familiar, protección contra la discriminación), mientras que otros continúan dentro de la cooperación intergubernamental. En el caso de la protección de los extranjeros en situación irregular, sin duda, éstos encuentran un mayor amparo bajo el CEDH y la jurisprudencia del TEDH que ante el Tribunal de Justicia. Una nueva perspectiva para el tratamiento de la cuestión podría configurarse a partir del flamante Tratado de Lisboa con la inclusión de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la futura adhesión de la Unión al CEDH.

En el sistema interamericano la especialización en las cuestiones migratorias y en la protección de los extranjeros en situación irregular es más reciente. A partir de la Declaración y la Convención Americanas, la Comisión y la Corte han ido esclareciendo las garantías mínimas que protegen a los extranjeros en situación irregular en los casos de expulsión y de detención. Más allá de los derechos tradicionalmente incluidos dentro del estándar mínimo, los órganos de protección han reconocido el ejercicio a los extranjeros en situación irregular de otros derechos que pertenecen a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos laborales a los trabajadores migrantes indocumentados o el derecho a la educación básica a niños extranjeros en situación irregular.

María Belén Olmos Giupponi  
Max Weber Fellow 2007-8 and 2008-9

## **Bibliografía.**

Aceves, W. J., *The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion OC-16-99 (in International Decisions), *The American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 3. (Jul., 2000), pp. 555-563.

Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A. *La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N° 10, 2005, pp. 117-126.

Aleikinoff T.A., Chetail V. (Ed.), *Migration and international legal norms*, Asser Press, The Hague/Boston/London, 2003.

Angiolini, V., *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, "Diritto, immigrazione e cittadinanza", 2001, 2.

Bradley, A., Janis, M. y Kay, R., *European human rights law: cases and commentary*, Clarendon Press, New York, 1995.

Bhabha, J., *Children, Migration and International Norms*, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp.203-223.

Benhabib, S., *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Bradley, Anthony W., Janis, M. W., Kay, R.S., *European Human Rights Law*, 2001.

Brouwer E., Catz P., Guild E. (Eds.), *Immigration, Asylum and Terrorism: a Changing Dynamic in European Law*, Nijmegen, 2003.

Buergenthal, Th., *The Evolving International Human Rights System*, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4. (Oct., 2006), pp. 783-807.

Bustamante, J. A., *Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights*, en *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2. (Summer, 2002), pp. 333-354.

Cançado Trindade, A., "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", en *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados: Memoria Coloquio Internacional*, IIDH-ACNUR, San José, Costa Rica, 1995.

Cançado Trindade, A., *El Derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.

Carrera, S., "Integration" as a process of inclusion for migrants? The case of long-term residents in the EU', CEPS Working Document, No. 219, 2005.

Chetail, V., *Freedom of Movement and Transnational Migrations*, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp.47- 60.

Chimni, B. S., *Development and Migration*, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 255-287.

Chueca Sancho, A., “La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 15, 2007, pp. 185-194.

Chueca Sancho, A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería: (crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2005 a 30 de junio de 2006)*, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 13, 2006, pp. 157-186.

Chueca Sancho, A., “Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 8, 2005, pp. 271-272.

Chueca Sancho, A., *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la extranjería: (crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2004 a 30 de junio de 2005)*, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 10, 2005, pp. 235-261.

Chueca Sancho, A., *Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización* *Revista de derecho de la Unión Europea*, N°. 8, 2005 (Ejemplar dedicado a: *La Constitución de la Unión Europea*), pp. 85-102.

Chueca Sancho, A., *Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos*, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N°. 9, 2005, pp. 45-63.

Chueca Sancho, A., *La expulsión de extranjeros en la CEDH*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

Chueca Sancho, A., *Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación, La inmigración, una realidad en España / coord. por Centro Pignatelli, Seminario de Investigación para la Paz; Jesús María Alemany Briz (aut.)*, 2002, pp. 237-262.

Chueca Sancho, A., *La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios, en La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2002, pp. 21-50.

Cleveland, S.H., *Legal Status and Rights of Undocumented Workers. Advisory Opinion OC-18/03 (in International Decisions)*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 2 (Apr., 2005), pp. 460-465.

Collinson, S., *Le migrazioni internazionali e l'Europa*, Il Mulino, Bologna, 1994.

Corsi, C., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.

Davidson, S., *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth Publishing Company Limited, Vermont, 1992.

Díez de Velasco, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 14ª ed., 2006.

Díaz Barrado, Olmos Giupponi, M. B., *Algunas consideraciones sobre el contenido del derecho a la vida en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades fundamentales*, en *Revista europea de derechos fundamentales*, ISSN 1699-1524, N°. 2, 2003, pp 35-60.

Fitzpatrick, J., *The Human Rights of Migrants*, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 169-184.

Frost, L.E., “The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, No. 2. (May, 1992), pp. 171-205.

García Amador, F. V., *Draft articles on the responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens*, 1974.

Geddes, A., Thin Europeanisation: the social rights of migrants in an integrating Europe, in M. Bommers and A. Geddes (eds), *Immigration and Welfare. Challenging the Borders of the Welfare State*, London, Routledge, 2000, pp. 209–26.

Ghosh, B., Toward a Multilateral Approach to International Migration Managing Migration: Time for a New International Regime?, Review author[s]: Amelia Brown, *International Studies Review*, Vol. 4, No. 1. (Spring, 2002), pp. 177-181.

Gianelli, A., *Unione Europea e Diritto internazionale consuetudinario*. G. Giappichelli. Editore, Torino, 2004.

Goldsmith, J. L., Posner, E. A., *The limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005.

Goodwin-Gill, G. S., “International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees”, *International Migration Review*, Vol. 23, No. 3, Special Silver Anniversary Issue: International Migration an Assessment for the 90's. (Autumn, 1989), pp. 526-546.

Guiraudon, V., European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion, *International Migration Review*, Vol. 34, No. 4. (Winter, 2000), pp. 1088-1125.

Hollifield, J. F., Migration and International Relations: Cooperation and Control in the European Community (in Part III: New Perspectives on International Migration to Europe: International Comparisons and International Relations), *International Migration Review*, Vol. 26, No. 2, Special Issue: The New Europe and International Migration. (Summer, 1992), pp. 568-595.

IOM (International Organization for Migrations), *World Migration Report, 2005*, disponible en: <http://www.iom.int/>.

IOM (International Organization for Migrations), *Illustration of Multilateral, Regional and Bilateral Cooperative Arrangements in The Management of Migration*, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 305-333.

Jastram, K., Family Unity, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., en *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 185-201.

Kailin, W., Human Rights and the Integration of Migrants, en Aleinikoff, A. y Chetail, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 271-287.

Lámbert, H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

Lavenex, S., Towards the Constitutionalization of Aliens' Rights in the European Union?, *Journal of European Public Policy*, Volume 13, Issue 8 December 2006 .

Lavenex, S., *The Europeanization of Refugee Policies. Between Human Rights and Internal Security*, Ashgate, Aldershot, 2001.

Lawson, R.A. y Schermes, H. G., *Leading Cases of European Court of Human Rights*, Second Edition, Ars Aequi Libri, 1999.

Lillich, Richard B. *The human rights of aliens in contemporary international law*, Dover, N.H., U.S.A, Manchester University Press, 1984.

Nafziger, J.A. R., The General Admission of Aliens Under International Law, *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983.

Nickel, J., Human rights and the Rights of Aliens, Working Paper, Maryland University, College Park. Center for Philosophy and Public Policy, New York; 1980.

Olmos Giupponi, M.B., *Derechos Humanos e Integración en América Latina y el Caribe*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

Olmos Giupponi, M.B., Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2005: asunto *Öcalan c. Turquía*, en *Revista europea de derechos fundamentales*, N° 5, 2005, pp. 145-176.

Olmos Giupponi, M.B., La protección de los derechos humanos en el sistema de la Convención Americana. Situación actual y perspectivas, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, Argentina, 2000.

Pastor Ridruejo, J. A., El Protocolo numero 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el tribunal?, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 56, N° 1, 2004, pp. 141-150.

Pastor Ridruejo, J. A., Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de derechos humanos, en *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006 / coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 33-38.

Pastor Ridruejo, J. A., Soberanía del estado y derechos humanos. Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal europeo de derechos humanos, *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* / coord. por Marina Vargas Gómez-Urrutia, Ana Salinas de Frías, Vol. 2, 2005, pp. 1001-1010.

Pastor Ridruejo, J. A., La interrelación de los sistemas de protección de los Derechos Fundamentales, *Comentarios a la Constitución Europea* / coord. por Vicente Garrido Mayol, Susana García Couso, Enrique Álvarez Conde, Vol. 2, 2004 (*Los derechos y libertades* / coord. por Enrique Álvarez Conde, Vicente Garrido Mayol), pp. 1653-1667.

Pasqualucci, Jo M, *Practice and Procedure of The Inter-american Court Of Human Rights*, Cambridge, 2003.

Rodríguez, G., "The role of the United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants", *International Migration* 38(6) 2000, pp.73-79.

Rodríguez Barrigón, J.M., *La ciudadanía de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Rodrik, D., *Feasible Globalisations*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University: Faculty Research Working Papers Series RWP02-029, July 2002. Disponible en: Social Science Research Network (SSRN): <http://ssrn.com/abstract=349021>.

Schwellnus, G. (2006) 'Reasons for constitutionalization: non-discrimination, minority rights and social rights in the Convention on the EU Charter of Fundamental Rights', *Journal of European Public Policy* 13(8), pp.1265-83.

Stalker, P., *Workers without Frontiers. The Impact of Globalisation on International Migration*, Boulder: Lynne Rienner Publishers/ILO, 2000.

Swain, A., Environmental Migration and Conflict Dynamics: Focus on Developing Regions, *Third World Quarterly*, Vol. 17, No. 5. (Dec., 1996), pp. 959-973.

Tikhomirov, Y. A., The Legal Position of Migrants / Bruylant, in: General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law : 16-22 juillet 2006, Utrecht, Pays-Bas = Rapports généraux du XVIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé : 16-22 July 2006, Utrecht, The Netherlands / ed. by Katharina Boele-Woelki & Sjef van Erp, 2007.

Tyson, A. (2001) 'The negotiation of the European Community directive on racial discrimination', *European Journal of Migration and Law* 3(2), pp.199-229.