

La vulnerabilidad de los inmigrantes internacionales en situación administrativa irregular desde un enfoque jurídico

Laura García-Juan y Carlos Arce Jiménez

Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia)
Universidad de Córdoba (España)

Resumen

En el presente artículo se analiza, desde una perspectiva eminentemente jurídica, el contexto de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes en situación irregular. Este escenario incrementa notablemente el riesgo de que sean víctimas de vulneraciones a sus derechos humanos, poniendo de manifiesto el alto nivel de impunidad de los estados que cometen estas violaciones. Ante esta realidad, y mediante un análisis comparativo de la jurisprudencia emanada de los sistemas regionales de protección europeo e interamericano, se indaga en la posibilidad de que los inmigrantes irregulares o indocumentados sean incluidos en el concepto de “grupo vulnerable”. El significado de esta expresión está siendo configurado en instancias de justicia internacional, específicamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La investigación concluye que la consolidación de tal interpretación facilitarían el acceso a dichas instancias jurisdiccionales y representaría una herramienta de protección frente a prácticas discriminatorias de los estados de tránsito y acogida. De la misma manera, abriría la posibilidad para los migrantes internacionales irregulares de ser acreedores de las “medidas de discriminación positiva” que algunas sentencias han impuesto a los estados y que han sido concebidas específicamente para estos grupos.

Palabras clave: Grupo vulnerable, inmigrante, derechos humanos, discriminación, vulneración de los derechos humanos, derecho internacional público.

The vulnerability of undocumented international immigrants from a legal perspective

Abstract

This article analyses, from an eminently legal perspective, the particularly vulnerable situation of migrants in an irregular situation. This irregular status notably increases migrants' risk of suffering human rights violations, underscoring the high level of impunity enjoyed by states that commit such violations. Faced with this state of affairs, and by means of a comparative analysis of the case law emanating from European and inter-American regional legal systems, this study explores the possibility of irregular or undocumented migrants being included in the classification of “vulnerable group”. The meaning of this expression is being shaped in international courts of justice, and in particular the European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights. The study concludes that establishing this interpretation would facilitate access to those judicial bodies, offering an instrument to protect irregular migrants against the discriminatory practices engaged in by transit and host countries. Equally, it opens up the possibility of international migrants in an irregular situation benefiting from the “positive discrimination” measures handed down in some states and designed specifically to tackle such groups.

Key words: Vulnerable group, immigrant, human rights, discrimination, violation of human rights, international public law.

INTRODUCCIÓN

El 18 de diciembre de 1990 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ONU, 1990), la cual entró en vigor casi trece años después, el 1 de julio de 2003 tras las ratificaciones de Guatemala y El Salvador en marzo de ese mismo año.¹ Este documento define a los migrantes internacionales como aquellas personas que viven temporal o permanentemente en un país del cual no son nacionales, recordando que el término “migrante” se refiere a los casos en los que la decisión de marcharse ha sido tomada libremente por el individuo, sin la intervención de factores externos.² Esta definición excluye *per se* a los desplazados internos, los refugiados, los solicitantes de asilo o cualquier otra forma de protección internacional, siendo la puntualización necesaria a los efectos del contenido de este artículo, pues en él únicamente vamos a referirnos a los migrantes internacionales por razones laborales y a sus familiares, cuya situación administrativa en el país en el que se encuentran no ha sido regularizada.³

A día de hoy, son solo 49 los Estados Parte en este tratado internacional y 38 los países únicamente firmantes, muy pocos si tenemos en cuenta que son 193 los Estados integrantes de Naciones Unidas, 186 los miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y 166 los Estados Miembros de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Como curiosidad cabe destacar que ningún Estado Miembro de la Unión Europea, ni los Estados Unidos de América, ni Canadá, Rusia, Australia, Estados del Golfo, ni India han firmado ni

1 El artículo 87.1 de la Convención establece que su entrada en vigor tendrá lugar el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2 Para profundizar en esta definición y entender el concepto de “flujos migratorios mixtos”, ver el documento OIM. (2009). *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. Ginebra*.

3 Entenderemos por migrante en situación administrativa irregular o “migrante irregular” (abreviadamente) aquella persona que por haber ingresado ilegalmente, infringido las normas de admisión, o cuyo visado ha expirado, carece de estatuto legal en un país de tránsito o receptor. La definición incluye también a quienes entran en un país de tránsito o de acogida legalmente pero permanecen por un periodo más largo que el autorizado, o que posteriormente realizan trabajos para los cuales no tienen las autorizaciones reglamentarias necesarias.

ratificado la Convención. En definitiva, ninguno de los principales países receptores de migrantes.⁴ En contraste, países netamente emisores como puede ser México no sólo la han firmado y ratificado, sino que han reconocido la competencia de un Comité específico de protección de sus derechos, que puede recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción que aleguen alguna violación de los derechos individuales que les reconoce el tratado.⁵

En su preámbulo, la Convención hace expresa referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares, afirmando que se trata de una situación frecuente que se debe, entre otras cosas, a no encontrarse en su país de origen y a las dificultades con las que tropiezan por causa de su presencia en el Estado en el que trabajan (al que denomina “Estado de empleo”). Ciertamente, se trata de una definición abierta que no delimita claramente las implicaciones ni consecuencias de esta vulnerabilidad, ni lo que debe entenderse exactamente por tal situación. Igualmente, hace mención este texto a que la gravedad de los problemas se ve aumentada en el caso de la migración irregular, y reconoce que los trabajadores no autorizados son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de los que tienen sus permisos en regla. Se afirma también en el preámbulo que estas situaciones pueden atajarse si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios, pero sugiere que conceder derechos adicionales a los migrantes que hayan regularizado su situación laboral en el país en el que se encuentren incentivará a los irregulares a cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los estados.

De esta forma, la Convención deja claro que hay derechos humanos universales que no dependen de la condición de regular o irregular, pero otorga un trato ambivalente a los trabajadores migrantes que se encuentran en el segundo grupo. Esta concepción deriva del hecho de

4 Según el último informe de la ONU sobre Migraciones Internacionales, en cifras de 2015 casi dos tercios de todos los migrantes internacionales vive en Europa (76 millones) o en Asia (75 millones). América del Norte acogió al tercer mayor número de migrantes internacionales (54 millones), seguido de África (21 millones), América Latina y el Caribe (9 millones) y Oceanía (8 millones). Dos tercios (67 por ciento) de todos los migrantes internacionales viven en 20 países. El mayor número (47 millones) reside en los EE.UU, lo que representa el 19% del total mundial. Alemania y la Federación de Rusia acogen al segundo y tercer mayor número de migrantes en todo el mundo (12 millones cada uno), seguido de Arabia Saudí (10 millones).

5 Se trata del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, creado con el fin de observar la aplicación de la Convención y cuyos miembros (expertos de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector) son elegidos por los Estados Partes de Naciones Unidas.

estar los Estados Parte obligados a asegurar a este colectivo un trato digno, pero no a otorgarles los mismos derechos que a los inmigrantes que han sido admitidos por los procedimientos legalmente establecidos (ONU, 2006). Así, los estados vinculados por la Convención de 1990 están, de algún modo, autorizados a discriminar a los inmigrantes en situación irregular (a veces denominados “indocumentados”) en muchos aspectos decisivos, como puede ser el derecho a la unidad familiar, a la libertad de movimiento, a la seguridad social, al empleo o a la protección sindical (De Lucas, 2006). A su vez, la Convención internacional se basa en dos Convenios de la OIT, anteriores en el tiempo, que la complementan y con los que comparte principios y objetivos comunes.⁶

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GRUPO VULNERABLE

La migración se ha convertido en el presente siglo en uno de los temas mundiales más determinantes. En 2015 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030, en la que los migrantes internacionales se han convertido en una parte esencial de la hoja de ruta de la ONU para el desarrollo (ONU, 2015-a). Este documento considera a los migrantes como personas vulnerables y los coloca entre otros grupos como son los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas con VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos. Según el último informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre “Migración internacional y desarrollo”, el número de migrantes internacionales ascendió a 244 millones en 2015, lo que supone un incremento de 71 millones de personas con respecto al año 2000 (ONU, 2016). La cifra estimada de población mundial es hoy de unos 7.300 millones de personas, por lo que estos migrantes representan un 3.3 por ciento del total (ONU, 2015-b).

Estas cifras hacen urgente tratar de delimitar y concretar la cuestión de la vulnerabilidad de los migrantes internacionales como grupo, con especial atención a los que se encuentran en una situación de irregularidad administrativa o sin un estatus migratorio legal.⁷ Solo

6 Estos dos instrumentos son: el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (Nº 97) de 1949, ratificado por 49 países (entre ellos Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Reino Unido), y el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Nº 143) de 1975, ratificado por 23 países (entre ellos Italia, Noruega, Portugal y Suecia).

7 En este punto resulta interesante traer a colación la definición de “vulnerabilidad” contenida en el Informe 2014 del PNUD sobre Desarrollo Humano titulado “Sostener el

así estaremos más cerca de conseguir que los órganos judiciales de los sistemas nacionales, sus altas cortes y los tribunales de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos reorienten su jurisprudencia en aras a extender y hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el derecho internacional público.⁸

Todos los derechos inherentes a las personas y las oportunidades para desarrollarse como tales deben entenderse siempre en condiciones de igualdad y equidad, en el sentido de que no puede discriminarse a una persona o a un grupo de personas por razón de su etnia, su género, su edad, su preferencia sexual o cualquier otra circunstancia. Ello responde al principio fundamental de igualdad ante la ley (Anguiano y Cruz, 2014). Este principio tiene un alcance muy amplio a partir de interpretaciones que lo ubican como insignia del derecho a no ser discriminado y como base jurídica y filosófica de la equidad como justicia, pero no se trata de un principio absoluto. Su verdadera acepción se fundamenta en que debe entenderse la igualdad como la posibilidad de otorgar un trato igual a todas aquellas personas que se encuentren en una situación o bajo unas circunstancias similares, lo cual conduce a utilizar criterios de “diferenciación” cuando se trata de personas que se encuentran en una situación particular (Albertson, 2008).

Con este fin se han desarrollado excepciones que no solo deben permitirse por ley, sino por una justificación moral y solidaria que haría que ciertas personas o grupos que se encuentran en una situación o tienen unas características específicas, ya estén siendo discriminadas o excluidas por cualquier causa, ya se encuentren en una situación de vulnerabilidad, puedan gozar de ciertas ventajas u oportunidades justificadas por el principio de equidad (De Lucas, *et al.*, 2001).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) utilizó por primera vez el concepto de vulnerabilidad en relación con el pueblo gitano o romaní en cinco casos contra el Reino Unido fallados el mismo día (Dagilyte, *et al.*, 2015). Las cinco sentencias, de fecha 18 de enero de 2001, resuelven las demandas de Sally Chapman y otras cuatro familias gitanas que denunciaban que se les había prohibido instalar caravanas

progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”. En la página 1 de este documento se introduce el concepto de “vulnerabilidad humana” para describir las perspectivas de erosión de las capacidades y opciones de las personas.

8 Para mayor información se recomienda consultar el Informe de 2015 de la OIM sobre las Migraciones en el Mundo “Los migrantes y las ciudades: nuevas colaboraciones para gestionar la movilidad”, donde la vulnerabilidad de los migrantes internacionales en situación irregular es un tema central.

en terrenos de su propiedad, aduciendo la presunta violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Estos preceptos se refieren, respectivamente, al derecho al respeto a la vida privada y familiar y a la prohibición de la discriminación. La Corte rechazó las demandas, pero se refirió a la minoría romaní como un tipo específico de minoría desfavorecida y vulnerable con necesidades especiales de protección.⁹

En noviembre de 2007, y también en referencia al pueblo gitano, el Tribunal Europeo da la razón a los demandantes y considera violado su derecho a no ser discriminados en el caso D.H. y otros Vs. República Checa, decisión en la que se refiere a la minoría romaní con estas palabras:

... del hecho de sus vicisitudes y su desarraigo perpetuo, los gitanos constituyen una minoría desfavorecida y vulnerable con un carácter particular. Por lo tanto, están necesitados de una protección especial, según lo indicado por el Tribunal en su jurisprudencia anterior.¹⁰

Más recientemente, el concepto ha cobrado fuerza en el Sistema Europeo de Derechos Humanos al considerar el Tribunal de Estrasburgo como grupos vulnerables a las personas con algún tipo de discapacidad mental, los solicitantes de asilo y las personas con VIH. Sin embargo, todavía no está claro qué es lo que une a todos estos grupos bajo el concepto de vulnerabilidad, pues el TEDH no ha desarrollado plenamente los indicadores que determinan que un grupo sea o no merecedor de este atributo. Lo que hace la Corte en cada caso es basar sus argumentos en informes y resoluciones europeas o internacionales de derechos humanos. Sin embargo, esta práctica sirve más bien para confirmar, que no para delimitar las características que debe

⁹ Ver las sentencias: Caso Chapman Vs. Reino Unido, Demanda N° 27238/95, Sentencia de 18 de enero de 2001 (GC), párrafo 96; Caso Jane Smith Vs. Reino Unido, Demanda N° 25154/94, Sentencia de 18 de enero de 2001 (GC), párrafo 103; Caso Lee Vs. Reino Unido, Demanda N° 25289/94, Sentencia de 18 de enero de 2001 (GC), párrafo 98; Caso Beard Vs. Reino Unido, Demanda N° 24882/94, Sentencia de 18 de enero de 2001 (GC), párrafo 107; Caso Coster Vs. Reino Unido, Demanda N° 24876/94, Sentencia de 18 de enero de 2001 (GC), párrafo 110.

¹⁰ Caso D.H. y otros Vs. República Checa, Demanda N° 57325/00, Sentencia de 13 de noviembre de 2007 (GC), párrafo 182. En este caso se examina si la evidente desproporción de estudiantes gitanos en las escuelas para niños con dificultades de aprendizaje (escuelas especiales) constituía o no una violación de su derecho a no ser objeto de discriminación racial en el ámbito de la educación. El TEDH determinó que se había violado el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en relación con un patrón de discriminación racial en una esfera particular de la vida pública, en este caso, las escuelas primarias. La Corte puso de relieve que la Convención se refiere no solo a actos de discriminación, sino también a prácticas sistémicas que impiden el disfrute de los derechos de grupos raciales o étnicos.

tener un grupo determinado para ser considerado como vulnerable (Cano, 2010).

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el concepto de grupo vulnerable tendría tres características: es relacional, es particular y se basa en el perjuicio o daño. El TEDH considera que la vulnerabilidad se sitúa no sólo en el individuo, sino más bien en sus circunstancias sociales, históricas e institucionales. Por consiguiente, la noción de grupo vulnerable es relacional, ya que se supedita la vulnerabilidad de la persona con su entorno social o institucional, que es donde se origina y se mantiene la vulnerabilidad del grupo del que la persona forma parte (Jimena, 2014).

En referencia a los inmigrantes laborales internacionales en situación administrativa irregular como grupo o categoría, encontramos que este carácter relacional se derivaría de un conjunto de elementos culturales con significados despectivos que tienden a justificar las diferencias de poder entre nacionales y no nacionales (Costello y Freedland, 2014). Algunos de estos elementos son los estereotipos, los prejuicios, el racismo, la xenofobia, la ignorancia y la discriminación institucional. La combinación de las diferencias de poder basadas en una estructura social donde los inmigrantes se encuentran en un nivel inferior al de los nacionales se traduce en la justificación de los diversos grados de impunidad para los casos de violación de los derechos humanos de los que han llegado nuevos. Esta impunidad se convierte en la constatación de su impotencia ante la injusticia, el daño y el trato discriminatorio, o lo que es lo mismo, en su vulnerabilidad (Bustamante, 2002).

Lo más importante que podemos extraer de ello es que la vulnerabilidad, en este caso, no es una característica propia de las personas que salen de sus países de origen para buscar una vida mejor. Tampoco se trata exclusivamente de una característica inherente a cuestiones raciales, étnicas, relativas a las condiciones del país de procedencia o directamente relacionadas con la situación administrativa de la persona o con la forma en que entró en el país de destino. No debemos confundir las causas de la vulnerabilidad con las causas de la inmigración, pues en realidad constituye una combinación de causas endógenas y exógenas, estas últimas situadas tanto en el país de origen como en el de destino (Flegar, 2016).

EL SIGNIFICADO DE VULNERABILIDAD SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Desde su primera sentencia sobre el fondo, dictada en julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se interesó específicamente por las diferentes formas de exclusión en el seno de los estados, y particularmente por las que afectan a personas o grupos de personas en situación de riesgo.¹¹ En esta línea y en su examen de las poblaciones indígenas, por ejemplo, se ha referido en numerosas ocasiones a escenarios que multiplican la vulnerabilidad, como puede ser la administración de justicia. Y ello por causas ajenas al sujeto mismo como son no contar con intérpretes de español, no disponer de suficientes recursos para contratar a un abogado o no poderse desplazar hasta los órganos judiciales. Como se explica más abajo, podría ser este un escenario similar al que viven los migrantes irregulares en este ámbito.

Es importante señalar que cuando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se aborda el concepto de sujeto vulnerable no se hace una especial distinción entre el individuo y el grupo. En su construcción del concepto, tanto la Comisión Interamericana como la Corte aplican su análisis por igual a los individuos y a los colectivos, lo que se lleva a cabo en un estudio caso por caso, ya que algunos colectivos han sido aceptados como titulares de derechos convencionales (Ventura, 2011). Y así, los derechos de los pueblos indígenas y tribales son considerados de manera complementaria para los individuos que componen el grupo y para el grupo en sí mismo.¹²

Para el tribunal interamericano la vulnerabilidad es una consecuencia directa de que en Latinoamérica los derechos y obligaciones no se distribuyan por igual entre la población, al menos en la práctica. En otras palabras, resulta un hecho que aunque el Estado garantice la distribución de los recursos a través del acceso a los derechos, al final esto casi siempre depende de factores sociales y económicos como pueden ser el género, el origen étnico, la condición social o la edad. En su jurisprudencia, al igual que hemos visto en el caso del Sistema Europeo, la Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección

11 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

12 Sobre el particular pueden consultarse los casos siguientes: *Pueblo Saramaka Vs. Suriname*; *Yatama Vs. Nicaragua* y *Comunidad Indígena de Yakye Axa Vs. Paraguay*.

especial, y ello en atención a los deberes especiales que el Estado debe cumplir necesariamente para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

Esto significa que no es suficiente con que los estados se abstengan de violar los derechos de personas o grupos, sino que deben adoptar medidas positivas determinadas en base a las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Rabotnikof, 2016). De hecho, el análisis de la exclusión en el acceso a los derechos convencionales es el primer elemento para concretar si existe vulnerabilidad y uno de los puntos de contacto más importantes con la cláusula de no discriminación del artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Estupiñán, 2014).

Otro de los factores que influye decisivamente en la configuración del significado de vulnerabilidad y en su atribución a determinadas minorías es la existencia de los estereotipos. Estos pueden ser considerados como causas de vulnerabilidad desde el momento en que aumentan la sensibilidad y la exposición de estos grupos frente a la amenaza de violación de sus derechos (Ceriani, 2016). La Corte IDH ha establecido que estos estereotipos obstaculizan la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad y facilitan la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas en su contra. En el caso de los inmigrantes internacionales los “prejuicios culturales” (por razón de la etnia, xenofobia, racismo...etc.) son factores que figuran entre las causas que facilitan la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad (CIDH, 2013). En este sentido resulta emblemática la opinión consultiva sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados que veremos en el apartado siguiente.

En el caso de los inmigrantes la Corte IDH siempre ha reconocido que la vulnerabilidad se alimenta tanto de situaciones de hecho (desigualdades estructurales) como de derecho (desigualdades ante la ley entre nacionales y no nacionales), y que tanto unas como otras tienen consecuencias determinantes en el acceso a los recursos públicos. Los migrantes se encuentran en situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder en comparación con la población no migrante. De hecho, esta vulnerabilidad aumenta cuando se encuentran en situación de irregularidad administrativa, ya que esto implica una fragilidad jurídica mayor y aumenta el riesgo de que sean

conculcados sus derechos laborales, sus garantías judiciales y su derecho al debido proceso (Olea, 2015).

LA VULNERABILIDAD DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La migración irregular suele asociarse con aquellas personas que recorren las diversas rutas clandestinas pasando de un país a otro y atravesando múltiples situaciones de riesgo que ponen en peligro su vida e integridad física durante su trayecto. Estos migrantes se encuentran ante una evidente condición de vulnerabilidad, en la medida en que en numerosas ocasiones se atenta contra su dignidad y sus derechos humanos. De esta manera, la condición migratoria irregular es el escenario idóneo para que las personas que se desplazan sin las autorizaciones administrativas necesarias sean sujetos de abusos y violaciones a sus derechos, propiciando esta situación su negativa a denunciar (en el país al que llegan) los maltratos sufridos en el viaje, lo cual redundo en un aumento de su vulnerabilidad al no poder reivindicar sus derechos ante la justicia (Ramji, 2014).

Es importante detenerse en el concepto de vulnerabilidad atribuido a los migrantes internacionales laborales en situación de irregularidad administrativa como grupo. La importancia de delimitar este concepto está ganando relevancia en los sistemas de protección de derechos humanos y el interés de los expertos en la materia aumenta rápidamente, pues debatir el significado de vulnerabilidad desde un enfoque colectivo abre un abanico de posibilidades, especialmente la de acercarse a una noción más robustecida de equidad.

Los estados desarrollados insisten en la implementación de mecanismos de control para evitar la inmigración irregular, pero los flujos migratorios hacia estos lugares aumentan cada día en su afán legítimo por mejorar su calidad de vida, a pesar de conocer los problemas con los que van a encontrarse (Estrada, 2016). La Corte IDH estableció que el derecho a la vida no sólo significa el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

Con base en base a esta premisa, el Estado tiene la obligación de adoptar disposiciones positivas, concretas y orientadas a garantizar el derecho a una vida digna, especialmente cuando se trata de perso-

nas en circunstancias de vulnerabilidad y riesgo tales como migrantes, mujeres, niños, jóvenes, indígenas, entre otros (Bonilla, 2003).

Uno de los casos más importantes donde la Corte IDH se refirió específicamente a la vulnerabilidad de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa es el Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Los hechos se refieren a un nacional ecuatoriano que es detenido y trasladado a una cárcel pública en Panamá por presuntamente no portar la documentación necesaria para permanecer en este país. Tras casi un año en prisión, fue deportado a Ecuador, alegando haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos durante su estancia en los diversos centros penitenciarios. Estableció la Corte en 2010 que este colectivo es uno de los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos, sufriendo un nivel elevado de desprotección y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado en comparación con los nacionales o los extranjeros residentes legales. Admite que se trata de una condición de vulnerabilidad que conlleva una dimensión ideológica que se presenta en un contexto histórico diferente para cada Estado y que, a su vez, se mantiene por situaciones de hecho y de derecho, como se ha visto más arriba.¹³

Asimismo, el tribunal interamericano asumía en esta resolución que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los inmigrantes indocumentados quedaban muchas veces en impunidad debido, entre otros factores, a la existencia de prejuicios culturales, discriminación por diversas causas, a la falta de acceso a las estructuras de poder y a impedimentos normativos y fácticos que convierten en una quimera el efectivo acceso a la justicia de estas personas (CIDH, 2015).

En atención a esta situación, interpreta que los estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio sin discriminación por su situación administrativa, al adoptar medidas que les afecten. Y así, tomando como ejemplo la garantía frente a la expulsión del artículo 22.6 de la CADH, debe entenderse que pese a que se refiere expresamente a los extranjeros cuya situación administrativa en el territorio de un Estado Parte es de carácter regular, esto no significa que quienes hayan ingresado ilegalmente o permanezcan en el país más allá del tiempo permitido no gocen de ningún tipo de garantía frente a la expulsión (Martínez, 2013).

13 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Otra de las resoluciones emblemáticas del SIDH donde la Corte IDH también se refiere al estatuto jurídico de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa es la Opinión Consultiva 18 del año 2003 sobre “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. En concreto, la consulta versaba sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados Miembros de la OEA de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Trataba además la consulta sobre el carácter que estos tres principios han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

Los Estados Mexicanos invocaban el marco del principio de igualdad jurídica consagrado, entre otros, en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) para formular dos preguntas muy concretas a la Corte. La primera de ellas era si un Estado americano puede, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, y ello en el sentido de que dicha condición migratoria impide *per se* el goce de tales derechos.

La segunda pregunta cuestionaba si los artículos 2.1 de la DUDH, el artículo II de la DADDH, el 2 y el 26 del PIDCP, y el 1 y el 24 de la CADH deberían interpretarse en el sentido de ser condición necesaria que las personas extranjeras en el territorio de un Estado americano estuvieran residiendo de forma legal para que dicho Estado respetara y garantizara los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones. Asimismo cuestionaba, en atención a estos mismos preceptos, si debía considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la pro-

tección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones internacionales (CIDH, 2003).

En lo referente a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes indocumentados, la Corte IDH reconoce en la Opinión Consultiva 18/03 el hecho de que estas personas se encuentran, en múltiples ocasiones, inmersos en un ambiente de rechazo, menosprecio y estigmatización que se sustenta en los prejuicios sociales y en:

la intolerancia racial o cultural, en función de su origen extranjero, raza, nivel económico, estatus legal, pertenencia étnica, edad, género y eventualmente por una condición de discapacidad.

Llega a la conclusión de que la discriminación constituye un elemento cultural central que impide su integración social y cultural, pudiendo llegar a limitar el derecho fundamental más básico: la vida.

Señala la Corte en la resolución aludida que la situación regular de una persona en un país concreto no es condición necesaria para que se respete y garantice el principio de igualdad y no discriminación, ya que este tiene carácter fundamental. Por ello, cada Estado debe garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, lo cual no significa que no se pueda iniciar acciones contra aquellos inmigrantes que incumplen el ordenamiento jurídico estatal. Destaca la Corte la importancia de que los estados respeten los derechos humanos y garanticen su ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su situación regular o irregular, o por las demás causas aludidas (CIDH, 2003).

CONCLUSIONES

Tal como se ha descrito, partimos de un contexto normativo internacional que consagra la posibilidad de que los poderes públicos estatales den un trato diferenciado a las personas migrantes en situación documental irregular, algo que se ha plasmado de una forma restrictiva en las políticas de control de fronteras y gestión de flujos migratorios tanto de los estados como de espacios de integración política regional como es la Unión Europea. Una de las consecuencias más graves de dichas políticas es la tragedia diaria en forma de pérdida de vidas humanas que se vive actualmente en diferentes puntos del planeta.¹⁴

14 A modo de ejemplo, señalar que en el periodo 1993-2014 cerca de 30.000 personas perdieron la vida tratando de alcanzar suelo europeo, escenario que ha empeorado en los últimos años con la conocida como "crisis" de los refugiados (Datos de la ONG Uni-

Esta situación está representando un alto coste que se materializa en constantes vulneraciones de derechos humanos sobre las personas que migran por vías irregulares y que, consecuentemente, se encuentran en una situación de irregularidad administrativa en el país donde se han establecido o por el que transitan. Todo lo cual dota de una base sustantiva inapelable a la principal conclusión que alcanzamos en este artículo, y es la de que este colectivo debe tener cabida dentro del concepto de “grupo vulnerable” elaborado (aunque poco desarrollado) por la jurisprudencia internacional analizada en el texto. A nuestro juicio, el colectivo de trabajadores inmigrantes internacionales en situación irregular y los miembros de sus familias cumpliría con los requisitos formales establecidos por el TEDH y por la Corte IDH para ser incluido en la categoría.

La especial protección derivada de ser considerado como un grupo vulnerable obliga a un replanteamiento global de las políticas migratorias y de control de fronteras por parte de los países de destino y de tránsito, y ello para evitar vaciar de contenido principios internacionales como el de “no devolución” o el del interés superior del menor, así como para no restringir de forma arbitraria el ejercicio normalizado de derechos fundamentales como el de la vida o la integridad física. Aportaría esta consideración, además, un valioso elemento para la consecución del objetivo de la reducción de la irregularidad en las migraciones internacionales.

ted for Intercultural Action, obtenidos a través de su proyecto The Migrants' Files Project <http://www.themigrantsfiles.com/>). Estas circunstancias se reproducen en otras zonas del mundo con destacados movimientos migratorios como es el corredor centroamericano, o la situación que sufren las personas migrantes en México, o el periplo migratorio hacia Estados Unidos por parte de los menores inmigrantes no acompañados de los países del Istmo. Para mayor información, puede consultarse Guadagno, L. y Hernández-Ardieta, I. (coords.) (2016), “Migrantes en México. Vulnerabilidad y riesgos”, OIM, Ginebra. Accedido el 22 de enero de 2017 en: http://publications.iom.int/es/system/files/pdf/micic_mexico_1.pdf; así como UNICEF (2016), “Sueños rotos: el peligroso viaje de los niños centroamericanos a los Estados Unidos”, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Nueva York. Accedido el 22 de enero de 2017 en: [https://www.unicef.org/lac/2016082_UNICEF_Child_Alert_CA_ES\(3\).pdf](https://www.unicef.org/lac/2016082_UNICEF_Child_Alert_CA_ES(3).pdf)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albertson, Martha, (2008) "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", en *Yale Journal of Law & Feminism*, 20 (1), 1-23, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1131407

Anguiano, M^a Eugenia y Cruz, Rodolfo, (2014) *Migraciones internacionales, crisis y vulnerabilidades. Perspectivas comparadas*. El Colegio de la Frontera Norte: México.

Bonilla, Marcelo, (2003) "La construcción de la imagen y el estatuto del inmigrante-indocumentado en la España de la época de la globalización", en D. Mato (Coord.), *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*, FACES, Universidad Central de Venezuela: Caracas, pp. 221-237.

Bustamante, Jorge A., (2002) "Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights", en *The International Migration Review*, 36 (2), 333-354, disponible en: https://www.jstor.org/stable/4149456?seq=1#page_scan_tab_contents

Cano, M^a Ángeles, (2010) "Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios", en *Persona y Derecho*, 63, 137-162, disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/5094>

Ceriani, Pablo, (2016) *El lenguaje como herramienta de la política migratoria*, SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos, 23. (consultado el 19 de noviembre de 2017), disponible en: <http://sur.conectas.org/es/el-lenguaje-como-herramienta-de-la-politica-migratoria/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México", en *Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 48/13, de 30 de diciembre de 2013. Washington, OEA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2003) *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, San José de Costa Rica, Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2015) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: Migrantes*, San José de Costa Rica, 2015.

Costello, Cathryn y Freedland, Mark, (2014) "Migrants at Work: Immigration & Vulnerability in Labour Law", en Cathryn Costello and Mark Freedland (Eds.), *The Modern Law Review*, Oxford University Press: Oxford, pp. 519-536.

Dagilyte, Egle y Greenfields, Margaret, (2015) "United Kingdom welfare benefit reforms in 2013-2014: Roma between the pillory, the precipice and the slippery slope", en *Journal of Social Welfare and Family Law*, 37(4), pp. 476-495. <http://dx.doi.org/10.1080/09649069.2015.1121954>

De Lucas, Javier, (2006) "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los Derechos Humanos", en I. Campoy (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*. Dykynson: Madrid, pp. 59-128.

De Lucas, Javier; Solanes, Ángeles y Peña, Salomé (2001) *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*. Germania: Alzira.

Estrada-Tanck, Dorothy, (2016) "Undocumented Migrant Women in Europe: a Human Rights Perspective from Public International Law", en *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 12, pp. 119-143, disponible en: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/253>

Estupiñán-Silva, Rosmerlin, (2014) "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", en Burgorgue, Maués y Sánchez (coord.) *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Universitat Pompeu Fabra: Barcelona, pp. 193-231.

Flegar, Veronika, (2016) "Vulnerability and the Principle of Non-refoulement in the European Court of Human Rights: Towards an Increased Scope of Protection for Persons Fleeing from Extreme Poverty?", en *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 8(2), pp. 148-169, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737302

Jimena, Luís, (2014) "El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 29(1), pp. 171-189, disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>

Martínez, Claudia Arianne, (2013) "La violación de los derechos humanos de los migrantes irregulares. Un análisis a través del enfoque del estado de excepción de Giorgio Agamben", en *Dignitas*, 23, 11-35, disponible en: <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/irregulares-lisis-trava-giorgio-agamben-499569398>

Olea, Helena María, (2015) "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Eunomía*, 9, 249-272, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2826>

Organización de Naciones Unidas, (2016) *Migración internacional y desarrollo*, Informe del Secretario General ante la Asamblea General de la ONU, A/71/296 de 4 de agosto de 2016.

Organización de Naciones Unidas, (2015-a) *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Asamblea General, Resolución 70/1 de 25 de septiembre de 2015.

Organización de Naciones Unidas, (2015-b) *Informe sobre perspectivas de población mundial, Revisión de 2015*, Departamento de Economía y Asuntos Sociales.

Organización de Naciones Unidas, (2006) *Los derechos de los no ciudadanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra.

Organización de Naciones Unidas, (1990) *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Asamblea General, Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990.

Organización Internacional de las Migraciones, (2009) *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*. Ginebra.

Rabotnikof, Nora, (2016) "El futuro de los derechos humanos (Samuel Moyn y La última utopía)", en *Sociológica*, 87, pp. 269-284. disponible en: <http://www.sociologicamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/1262>

Ramji-Nogales, Jaya, (2014) "The Right to Have Rights: Undocumented Migrants and State Protection", en *Kansas Law Review*, 63, pp. 1045-1065, disponible en: <https://doi.org/10.17161/1808.20300>

Ventura, Manuel Enrique, (2011) *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Prensa Académica, t. II: San José de Costa Rica.

RESUMEN CURRICULAR DE LOS AUTORES

Laura García Juan

Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España). Máster en Cooperación al Desarrollo, con especialidad en Codesarrollo y Movimientos Migratorios por el Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local de la misma Universidad. Actualmente es Coordinadora de Investigación de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana (Sede Medellín, Colombia).
Dirección electrónica: laura.garciaj@upb.edu.co

Carlos Arce Jiménez

Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba (España). Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales, Históricas y Filosofía del Derecho de la UCO y del Departamento de Derecho de la Universidad Loyola-Andalucía. Desde el año 2009 desarrolla su labor en el tercer sector como Coordinador del Área de Migraciones de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía.
Dirección electrónica: carce@uco.es