

Citar: Fuente, Maria del Rosario de la, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” *en* Ley natural y multiculturalismo: II Jornadas Internacionales de Derecho Natural; Daniel A. Herrera compilador, Buenos Aires, EDUCA, 2008, 431-440.

CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Por Maria del Rosario de la Fuente*

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados se desprende de un fenómeno mayor que cobra relevancia y una nueva configuración en la actualidad: las migraciones internas e internacionales; forzadas y voluntarias; legales e irregulares y también aquellas provenientes del tráfico de seres humanos¹.

Los flujos migratorios influyen en la constitución de las sociedades, planteando la opción entre *multiculturalidad*² entendida como diversidad de hecho y *multiculturalismo*³, es decir, la diversidad entendida como un proyecto ideológico. Proyecto que no se contenta con acoger o armonizar las diferentes culturas presentes en un territorio buscando modos de pacífica coexistencia y un enriquecimiento mutuo sino como expresión del relativismo que sitúa toda expresión cultural sobre un plano de absoluta igualdad. El *multiculturalismo* implica la neutralidad del Estado ante las diversas culturas presentes en su territorio sin favorecer a ninguna.

* Abogada graduada en la Facultad de Derecho de la UCA, Profesora de Derecho Internacional Público en dicha Facultad y Becaria UCA en el Doctorado en Ciencias Jurídicas.

¹ Cf. Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI para la XCII Jornada Mundial del Emigrante y el Refugiado del 15 de enero de 2006. URL: www.vatican.va

² La definición corresponde a Monseñor Melchor José Sánchez de Toca y Alameda del Consejo Pontificio de la Cultura. Cf. Sánchez de Toca y Alameda, Melchor José, Intervención “*La Iglesia y la identidad cristiana en una Europa multicultural. Desafío para el Cristianismo*” en la Reunión del Servicio Europeo para las vocaciones, Sarajevo, Bosnia y Herzegovina, 7 de julio de 2002. URL: www.vatican.va

³ Cf. *supra*.

Otra diferencia entre *multiculturalidad* y *multiculturalismo* radica en que existe respeto a la diversidad cultural en la primera mientras que la defensa de la identidad cultural de los inmigrantes se hace a costa de la identidad de los Estados receptores haciendo propia la cultura de los recién llegados en el segundo.

Para otros pensadores, el término *multiculturalismo* sólo describe una sociedad que está predominantemente compuesta por grupos con diferentes raíces étnicas, geográficas, religiosas y culturales que pugnan por obtener posiciones iguales en los mercados laboral, de bienes y servicios y de capitales⁴. Para esta corriente de pensamiento, el multiculturalismo pone a prueba la tolerancia⁵ entendida como el respeto a quienes poseen convicciones diferentes⁶.

La problemática que plantea el multiculturalismo⁷ y, a su vez, las migraciones resultan relevantes en el plano de la protección internacional de los derechos humanos. Esto ha suscitado nuevamente el análisis de los derechos de los extranjeros⁸, en particular, los migrantes percibiéndose las migraciones internacionales como problema que afecta la seguridad nacional.

En este contexto, Monseñor Giovanni Lajolo, Secretario para las relaciones con los Estados de la Secretaría de Estado de Su Santidad, expresó en la Primera Sesión del Consejo para los Derechos Humanos que *“los países ricos deben comprender que el goce de los derechos humanos por parte de todos los habitantes de un país, incluidos los inmigrantes, no se opone a la conservación y al aumento del bienestar general ni a la preservación de los valores culturales”*⁹.

⁴ Cf. Broekman, Jan M., *“Multiculturalism”*, en *Persona y Derecho* No.48, Pamplona, 2003, 15-25.

⁵ El término tolerancia posee una connotación histórica referida a la separación entre Estado e Iglesia así como las guerras de religión y, por ello, preferimos no emplear este vocablo en relación con los migrantes. Cf. Robles, Gregorio, *“Tolerancia y sociedad multicultural”*, en *Persona y Derecho* No.49, Pamplona, 2003, 125-139.

⁶ Cf. Sánchez Cámara, Ignacio, *“Integración o multiculturalismo”*, en *Persona y Derecho* No.49, Pamplona, 2003, 163-183.

⁷ Cf. Massini, Carlos I., *“Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”*, en *Persona y Derecho* No.48, Pamplona, 2003, 63-95.

⁸ Cf. Martínez de Pisón, José, *“Derechos de la persona o de la ciudadanía: los inmigrantes”*, en *Persona y Derecho* No.49, Pamplona, 2003, 43-78.

⁹ Intervención de Monseñor Giovanni Lajolo, Secretario para las relaciones con los Estados de la Secretaría de Estado de Su Santidad, en la Primera Sesión del Consejo para los Derechos Humanos, Ginebra, 20 de junio de 2006. URL: www.vatican.va

El empleo de trabajadores en Estados distintos a los de su residencia o nacionalidad ha provocado situaciones de trato desigual o discriminatorio, que ha obligado a los organismos internacionales¹⁰ a exigir el respeto y la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes.

El 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo la oportunidad de referirse al fundamento de los derechos humanos en su Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados¹¹, siendo el primer tribunal internacional que se pronuncia sobre el particular¹².

Dicho pronunciamiento contó con dos audiencias públicas, la primera celebrada en febrero de 2003 en la sede de la Corte en San José de Costa Rica y la segunda realizada, en junio de ese mismo año, por primera vez en su historia fuera de su sede, en Santiago de Chile.

El procedimiento contó con la comparecencia de los siguientes Estados: México (Estado solicitante); Nicaragua; El Salvador; Canadá; Costa Rica; Estados Unidos de América; Honduras y, en calidad de observadores: Argentina; Paraguay; Uruguay; República Dominicana; Brasil; Panamá y Perú. Asimismo, participaron la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y diez entidades de la sociedad civil y centros académicos de distintos países de la región. La Relatora sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la Organización de las Naciones Unidas participó en carácter de observadora.

¹⁰ Barajas Montes de Oca, Santiago, “*La O.I.T. y los derechos humanos del trabajador*”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos - Unión Europea, 1998, 415-430.

¹¹ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18. URL: www.oas.org

¹² Cf. Lerner, Natan, “*Protección internacional de la diversidad cultural*”, en *Persona y Derecho* No.48, Pamplona, 2003, 143-158. El autor analiza los *leading cases* referidos a discriminación de los migrantes en sociedades multiculturales.

2. LA OPINIÓN CONSULTIVA

El 10 de mayo de 2002, México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva¹³ sobre la privación de ejercicio y goce de ciertos derechos laborales¹⁴ a los trabajadores migrantes indocumentados¹⁵ y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica¹⁶, no discriminación y protección igualitaria y efectiva ante la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna¹⁷ de un Estado americano. La consulta también versó sobre el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva ante la ley han alcanzado en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

2.1. Obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos

Al respecto, la Corte IDH manifestó que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Destacó el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política¹⁸. Ello se halla en consonancia con lo expresado por Monseñor Lajolo: *“en el derecho y en la conciencia moral de la comunidad internacional actual, la dignidad del hombre se manifiesta como la semilla de donde nacen todos los derechos, y sustituye la*

¹³ Artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹⁴ Los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores.

¹⁵ Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular es quien no cuenta con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional.

¹⁶ Artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 24 de la CADH, artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ Objetivos de política migratoria, laboral y seguridad nacional.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 §73.

*voluntad soberana y autónoma de los Estados como fundamento último de todo sistema jurídico, incluido el sistema jurídico internacional*¹⁹.

La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el *status* migratorio de las personas. En cumplimiento de dicha obligación, el Estado debe abstenerse de realizar acciones que de cualquier modo vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones discriminatorias *de iure*²⁰ o *de facto*²¹.

2.2. Principio de igualdad y no discriminación

El Estado sólo podrá establecer distinciones objetivas, proporcionales y razonables cuidando que éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y conforme al principio *pro homine*²². Debe asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos con independencia de su *status* migratorio.

2.3. Carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación y sus efectos

El Tribunal consideró que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*²³. Ello acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos respecto de terceros, inclusive particulares²⁴. El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos humanos de los trabajadores²⁵ ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales de protección²⁶.

¹⁹ *Vide supra*, nota 9.

²⁰ Dictado de leyes y actos administrativos discriminatorios.

²¹ Propiciar actuaciones y prácticas discriminatorias de la administración pública y sus funcionarios.

²² Principio de aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana

²³ Opinión Consultiva OC-18/03 §98-101.

²⁴ Opinión Consultiva OC-18/03 §102-110.

²⁵ Opinión Consultiva OC-18/03 §146.

²⁶ Opinión Consultiva OC-18/03 §137-160.

El Estado incurre en responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos a los trabajadores migrantes tanto cuando él mismo viola directamente esos derechos²⁷ como cuando esas violaciones provienen de acciones y prácticas de terceros²⁸.

2.4. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

Los objetivos de las políticas migratorias deben respetar y garantizar los derechos humanos. En el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que el Estado establezca medidas referidas al ingreso, permanencia y egreso de personas migrantes e inclusive puede establecer distinciones para sectores determinados de producción (atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas), siempre que no incurra en discriminación.

El Estado no puede subordinar o condicionar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación a la consecución de los objetivos de políticas públicas, incluidas las migratorias²⁹. Cualquier tratamiento discriminatorio le genera responsabilidad internacional.

2.5. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos. El migrante independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo, al asumir una relación laboral, adquiere derechos por ser trabajador.

²⁷ Denegación de una pensión a trabajador migrante que cumplió con todos los requisitos para obtenerla; cuando un trabajador acude a un órgano judicial para reclamar sus derechos sin obtener de éste las debidas garantías; denegación de una indemnización a trabajador migrante indocumentado por despido basado en el ejercicio de su derecho de libre asociación sindical.

²⁸ No reconocimiento de los mismos derechos que a los trabajadores nacionales; algún tipo de discriminación en el reconocimiento de esos derechos.

²⁹ Opinión Consultiva OC-18/03 §161-172.

Pese a que podría ser deportado, un trabajador migrante indocumentado tiene siempre derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador³⁰.

3. VOTO CONCURRENTES DEL PRESIDENTE DE LA CORTE IDH, JUEZ ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

El Presidente de la Corte IDH exhorta a reconstruir el derecho de gentes basado en un nuevo paradigma, ya no estatocéntrico, sino situando al ser humano en el centro³¹ haciendo propio el pensamiento de Jacques Maritain³² en sus obras “Los derechos del hombre y la ley natural” y “La persona y el bien común”. Coincide esta posición con lo señalado por Su Santidad Juan Pablo II: “*en el centro de todo orden jurídico justo, debe estar <el respeto al hombre>, a su dignidad y a sus derechos inalienables*”³³.

El Juez Cançado Trindade prosigue indicando que los principios de derecho fundamentales no dependen de la voluntad ni acuerdo ni consentimiento de los sujetos de derecho. Por ser la persona humana el fundamento necesario de todo orden jurídico, es titular de derechos inalienables, independientemente de su ciudadanía u otra circunstancia. Estos principios de derechos son, en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de la dignidad del ser humano y el principio de inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano³⁴. “*Tales principios son indispensables (jus necessarium), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una <idea de justicia objetiva> (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional*”³⁵.

³⁰ Opinión Consultiva OC-18/03 §159.

³¹ Opinión Consultiva OC-18/03. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, §26.

³² Opinión Consultiva OC-18/03. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, notas 31, 41, 46-48.

³³ Discurso del Santo Padre Juan Pablo II durante su histórica visita al Parlamento italiano, Roma, 14 de noviembre de 2002. URL:www.vatican.va

³⁴ Opinión Consultiva OC-18/03. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, §54. Cf. Opinión Consultiva OC-18/03 §157.

³⁵ Opinión Consultiva OC-18/03. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, §58.

El juez expone que el principio de la igualdad y no discriminación penetra todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, al ser uno de sus pilares e incluso elemento integrante del derecho internacional general³⁶.

Concluye destacando que *“no es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su <voluntad>, inclusive en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cuál es el Derecho. En la presente Opinión Consultiva n. 18 sobre La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, con firmeza y claridad, cuál es el Derecho. Este último no emana de la insondable <voluntad> de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no exenta de ambigüedades y contradicciones), sino más bien de la opinio juris communis de todos los sujetos del Derecho Internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia”*³⁷.

En este contexto, el juez omite precisar que *“la conciencia no es fuente autónoma y exclusiva para decidir lo que es bueno o malo; al contrario, en ella está grabado profundamente un principio de obediencia a la norma objetiva, que fundamenta y condiciona la congruencia de sus decisiones con los preceptos y prohibiciones en los que se basa el comportamiento humano”*³⁸. Y, que *“en lo más profundo de su conciencia descubre el hombre la existencia de una ley que él no se dicta a sí mismo, pero a la cual debe obedecer”*³⁹.

³⁶ Cf. Cançado Trindade, Antônio A., “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal”, en Cançado Trindade, A. A. y Ruiz de Santiago, J., *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, 19-78.

³⁷ Opinión Consultiva OC-18/03. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, §87.

³⁸ Carta Encíclica de Su Santidad Juan Pablo II, *Dominum et Vivificantem*, No.43.

³⁹ Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, No.16.

Esa ley no escrita o el derecho natural es un orden que el intelecto puede descubrir, y según el cual debe obrar la voluntad para adecuarse a los fines necesarios del ser humano en virtud de su propia naturaleza⁴⁰.

La conciencia moral del hombre tiene un conocimiento imperfecto de la ley natural. Por ello, es probable que ese conocimiento se desarrolle y afirme en tanto dure la humanidad⁴¹.

En este sentido, el Presidente de la Corte IDH enfatiza “*la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde, como sujeto del derecho tanto interno como internacional. La búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo ethos de la actualidad, en una clara manifestación, en nuestra parte del mundo, de la conciencia jurídica universal, en este inicio del siglo XXI. El despertar de esta conciencia, -fuente material de todo el Derecho-, conlleva al reconocimiento inequívoco de que ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos*”⁴². Es decir, no es posible concebir el orden legal haciendo abstracción del orden moral.

4. CONCLUSIÓN

La *multiculturalidad* presente en los Estados americanos a raíz del aumento de los flujos migratorios de hombres y mujeres en busca de un mayor bienestar socio-económico planteó la necesidad del análisis de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

⁴⁰ Cf. Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, Leviatán, 1982, 67.

⁴¹ Cf. *supra*, 70.

⁴² Presentación del Presidente de la Corte IDH, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) , Washington, D.C., 17 de abril de 2002, § 16. Presentación del Presidente de la Corte IDH ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA en el marco del Diálogo sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Washington D.C., 19 de abril de 2002, 18-20 y 24-27. URL: www.oas.org

Tanto la Opinión Consultiva OC-18/03 como el voto concurrente del Juez Cançado Trindade fundamentan los derechos humanos de los trabajadores migrantes indocumentados en la naturaleza y dignidad de la persona. Los derechos humanos están arraigados en la dignidad de la persona humana, en su naturaleza, no en su voluntad y, por lo tanto, no pueden ser separados de la moral.

Como explicara su Santidad Juan Pablo II: *“el conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendido integralmente, y no reducido a una sola dimensión; se refieren a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas; pero se refieren también, siempre y dondequiera que sea, al hombre, a su plena dimensión humana”*⁴³. Los derechos del hombre son ejercicio de sus deberes⁴⁴.

Las palabras pronunciadas por Su Santidad Juan Pablo II refiriéndose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos son aplicables tanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido que estos instrumentos internacionales no presentan los fundamentos antropológicos y éticos de los derechos del hombre que proclama⁴⁵.

⁴³ Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 2 de octubre de 1979. URL:www.vatican.va

⁴⁴ Cf. Castellano, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la “modernidad”*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 35.

⁴⁵ Lección Magistral del Santo Padre Juan Pablo II en ocasión de la concesión de la Licenciatura *Honoris causa* en Derecho por la Universidad La Sapienza de Roma, 17 de mayo de 2003. URL:www.vatican.va