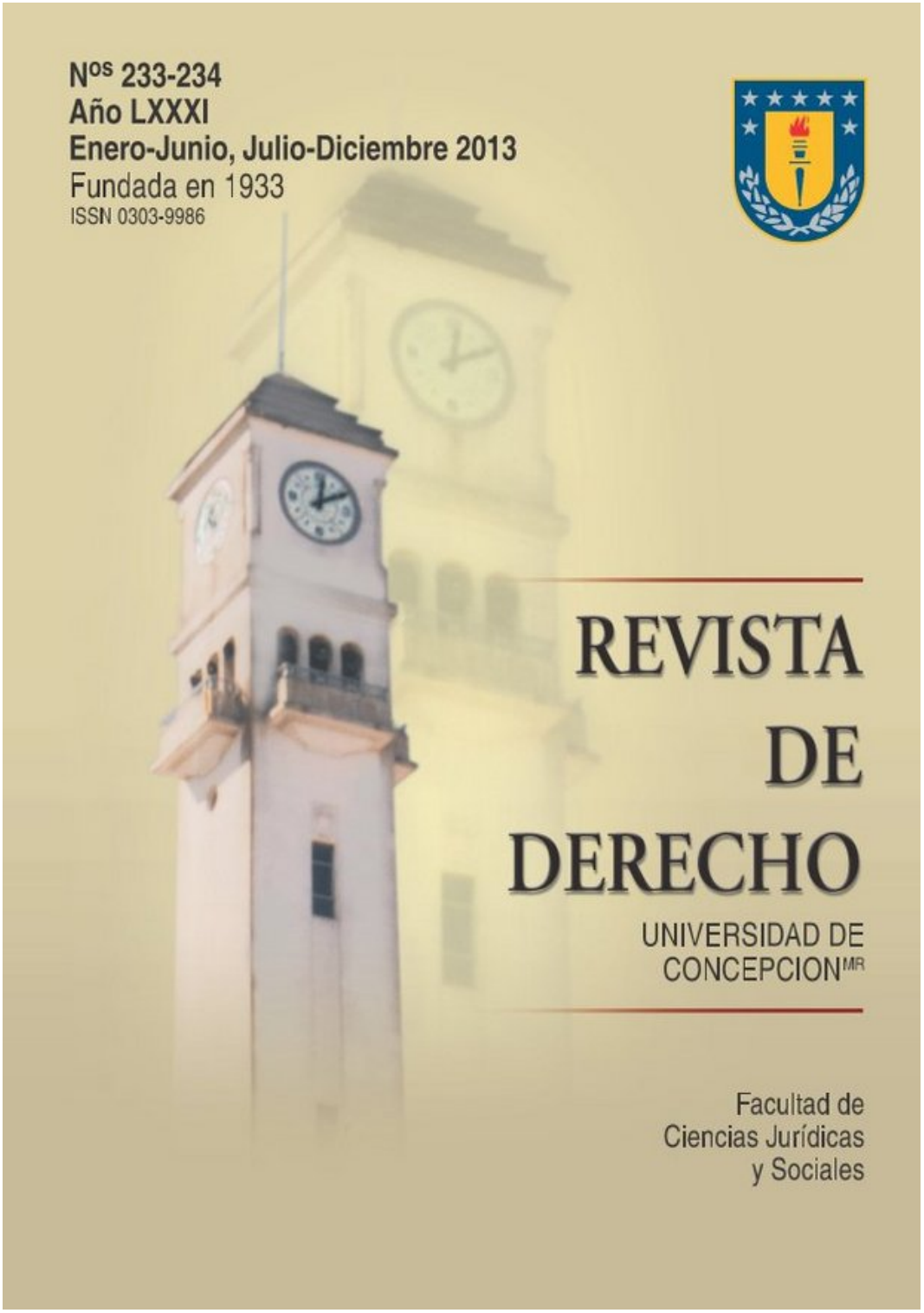
Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 233-234: 71-91, 2013 ISSN 0303-9986

MIGRACIONES. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL`

CARMEN GLORIA PÉREZ VILLAR¨
Profesora de Derecho Internacional
Universidad de Valparaíso, Chile

RESUMEN

El tema migratorio es uno de los principales tópicos de la globalización, sin embargo, no se ve un tratamiento claro y uniforme ni en ámbito político ni jurídico, debido, principalmente, a los intereses diversos que tienen los estados al respecto. De esta forma no es la mismo si se es un Estado receptor masivo de migrantes (países de mayor desarrollo económico, político y social), que si se es un Estado emisor de migrantes (países de menor desarrollo económico, pobres o de inestabilidad política y social). El desafío lo ha tomado la doctrina y la jurisprudencia, fundamentalmente en el ámbito de los derechos humanos, donde habrá que manifestarse sobre la tan publicitada igualdad de todas las personas, y sus reales dimensiones, especialmente respecto de los migrantes indocumentados o irregulares.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos más característicos de la globalización lo constituyen los desplazamientos de personas a través de todo el mundo. Los motivos son diversos –y a pesar de que no es un fenómeno nuevo en la historia

` Este artículo corresponde a una propuesta de ponencia aceptada por el Comité Científico de los Coloquios de Derecho Internacional 2012 que no fue presentada durante el desarrollo de los mismos, pero admitida para su publicación.

¨ Abogada Universidad Católica de Valparaíso, Magíster en Derecho por la Universidad de Valparaíso, Chile.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del hombre, pues responde a su natural curiosidad, que cada vez lo lleva a confines más extremos, aun interplanetarios–, la diferencia con fenómenos anteriores la encontramos en la masividad (que ha sido facilitada por los avances tecnológicos), y muchas veces la precariedad con que dichos desplazamientos se realizan, cada vez más hoy en día, cuestión que ha preocupado, especialmente en el ámbito de los derechos humanos.

En estas circunstancias, los países han tomado distintas medidas, pero no en la misma dirección, muy por el contrario, algunos con la firme idea de evitar el ingreso de extranjeros a sus territorios (los receptores masivos de la migración) han dictado leyes tendientes a criminalizar el fenómeno. Otros –los países de origen de los migrantes– han hecho valer su preocupación frente al trato que se da a sus nacionales en el extranjero.

Hay que tener presente que en la mayoría de los casos los migrantes son personas que ansían una mejor calidad de vida para ellos y sus familias, y lo que buscan concretamente son fuentes de trabajo que les permitan alcanzar estos objetivos. De esta forma, una de las vías más recurrentes, mediante la cual esta situación ha llegado a ser objeto de preocupación de los organismos y tribunales internacionales, ha sido por la vía laboral.

Nuestro país debería estar expectante frente a esta situación, por cuanto desde hace ya bastante tiempo es un importante destino para la inmigración, no sólo latinoamericana sino también transoceánica. Sin embargo, su regulación interna data de la década de los setenta y no da cuenta de esta nueva realidad, siendo más bien desconfiada del extranjero, y muy estricta en cuanto al ingreso, permanencia y expulsión del país de los mismos. Por otra parte, las circunstancias que actualmente se viven hoy en Chile, especialmente su estabilidad económica y política, que nos han puesto a la vanguardia en los índices de desarrollo, existiendo un gran interés por instalar proyectos de inversión de envergadura, como en el área minera y otras asociadas, lo que requiere, a su vez, de un importante contingente de mano de obra, que cada vez es difícil de lograr localmente. Con ello queda establecida la necesidad de abrir las fronteras a los extranjeros que quieran avecindarse en Chile, para suplir esta falencia de trabajadores locales, sin embargo esto debería hacerse conforme a los estándares de la normativa y jurisprudencia internacionales sobre la materia.

Así, en estas líneas quisiéramos aproximarnos a estos estándares mínimos que la jurisprudencia, especialmente interamericana, ha establecido en este sentido, por ejemplo en la opinión Consultiva Nº 18 y algunas sentencias dictadas recientemente que también consideran el tema.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. CHILE PAÍS DE MIGRANTES

Nuestro país es un buen ejemplo de contradicciones, pues no es un misterio que nuestra nacionalidad se ha forjado en un crisol, donde han concurrido una infinidad de nacionalidades, especialmente europeas, en la configuración de la patria, partiendo por el propio conquistador español, y luego en su consolidación y desarrollo, donde se establecieron programas especiales para la atracción de colonos, también de origen europeo, en términos bastante pintorescos, por decir algo[1]. Hoy en día este crisol se ha ido ampliando con el ingreso de personas provenientes de las más las lejanas culturas, como las asiáticas, árabes –y en menor medida–, africanas, pero no ausentes hoy en el paisaje local[2].

Sin embargo, en las últimas décadas del siglo recién pasado el fenómeno se invirtió, pues nuestro país se transformó en productor de migrantes. Dentro de los episodios más significativos, sin duda, está el exilio obligado y autoexilio que se dio como consecuencia de los conflictos políticos vividos en las décadas de los setenta y ochenta, una de las consecuencias más permanentes heredadas del régimen o gobierno militar. Luego, fueron las crisis económicas las causantes de la salida masiva de chilenos, especialmente hacia Europa, los países nórdicos y Canadá.

Siempre se habló de un millón de chilenos viviendo fuera del país, lo que sumado a los hijos de éstos nacidos en dicho exilio y sus posteriores descendencias, presentan un número no muy exacto. Hay que tener presente

[1] Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, crea el Departamento de Inmigración dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. Éste es el único texto legal que conocemos que usa el término migrante y lo define, en su artículo 5°, como el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones que dicha norma establece. Por otra parte, el artículo 14° dispone que el Ministerio de Relaciones Exteriores determinará anualmente los consulados que pueden otorgar la "Visación de Inmigración" a los extranjeros que deseen entrar al país, en las circunstancias que señala. Como dicha facultad no ha sido ejercida en décadas, la norma está en desuso, de manera que en la práctica dicha categoría migratoria no existe hoy en Chile. Adicionalmente, llama la atención como en el preámbulo se señala, entre otras cosas: "Que la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza".

[2] Según estimaciones provenientes de organismos no gubernamentales vinculados a comunidades migrantes, el número aproximado de extranjeros residiendo en Chile hacia el año 2003 sería de 350.000. El grupo numéricamente más importante es el proveniente de Argentina, aunque el grupo más visible, y por ello paradigmático, sigue siendo el peruano. Si este fuera el número efectivo de población extranjera en el país, su participación en el total de la población nacional alcanzaría aproximadamente a un 2,3%. Albornoz, Patricia y Castillo, Ana (coordinadoras), *Actas Jornadas nacionales de Derechos Humanos. Derechos Humanos… ¿Un proyecto de país?* Ministerio de Justicia/Universidad Central, 2007. Pp. 228.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que los nacidos fuera del país, en aquella época, eran formalmente apátridas, es decir no tenían nacionalidad, por cuanto no pudieron adquirir la nacionalidad chilena por falta del avecindamiento de un año que exigía la Constitución antes de la reforma de 2005 y porque tampoco adquirieron la nacionalidad del lugar de nacimiento en aquellos países donde, precisamente, la nacionalidad originaria se adquiere vía *ius sanguinis* y no vía *ius soli*. Por último, aporta también a esta inexactitud el hecho de que muchas de estas salidas fueron clandestinas producto de la situación de violencia política vivida, y por lo tanto no fueron registradas.

Aun así, nuestra ley de extranjería sigue siendo la misma dictada durante el gobierno militar, a pesar de la alta sensibilidad que tiene el tema migratorio para un considerable número de familias chilenas, sobre todo si pensamos, como ya decíamos, que se estima que un millón de compatriotas siguen viviendo afuera, lo que no es una cifra menor considerando que el universo de nuestra población bordea recién los dieciséis millones de habitantes.

Hoy, sin embargo, especialmente en la capital del país, donde se concentra toda la actividad política, administrativa y comercial, en un modelo extremadamente centralizado como el chileno, se puede apreciar a simple vista la mayor diversidad de su población, porque nos hemos convertido en un punto importante de atracción para extranjeros de las más variadas culturas y nacionalidades –según ya decíamos– y como ocurre en cualquier otro lugar del mundo, la mayoría de estos extranjeros viene a Chile buscando mejores condiciones de vida para ellos y sus familias, a través de la obtención de un trabajo[3]. Sin duda, no podemos desconocer la existencia de minorías que se trasladan con objetivos bastante menos dignos, como el encontrar plazas para la actividad ilegal y la delincuencia de todo tipo, desde el crimen organizado trasnacional, que involucra tráfico de drogas, armas, personas, mujeres y niños para los más nefastos objetivos, hasta los delincuentes de bagatela que se trasladan estacionalmente para sorprender a turistas en las épocas estivales, estigma del cual no están exentos nuestros propios compatriotas en el extranjero.

[3] "Respecto de Chile, es altamente probable que la inmigración mantendrá la tendencia creciente de los últimos años, como consecuencia de su reconocida estabilidad político-económica. Si bien sigue siendo en términos numéricos un país en donde hay más chilenos viendo fuera que extranjeros dentro, hay dos factores que explican la mayor visibilidad de la migración actualmente. Primero, el crecimiento sostenido desde mediados de la década de los 90, en particular respecto de la migración peruana y ecuatoriana. Y, también, el hecho de que un alto porcentaje llegue a Santiago, ya que el alto nivel de concentración en el país permite que sea muy visible aquello que ocurre en la capital". Stefoni, Carolina. "Migración en el siglo XXI: Chile debe sumar". En *Revista Mensaje*, Vol. 56, Nº 562 (sept. 2007), p. 40.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La experiencia hoy nos muestra que el desplazamiento en un mundo globalizado será un fenómeno creciente[4] respecto del cual, sin embargo, no ha habido una elaboración jurídica y política suficiente, que permita un manejo adecuado de la situación. Así, algunos paíces han intentado cerrar sus fronteras, tanto jurídicamente y aun con murallas físicas, lo que no ha hecho más que hacer surgir nuevos focos de delincuencia organizada que han encontrado en el tráfico de migrantes un nicho apropiado para ganar dinero ilegal a costa de la necesidad y los sueños de quienes escapando de vidas miserables se entregan a los más inescrupulosos "coyotes", "balseros" u otras denominaciones que se les da a estos traficantes.

En Chile, como decíamos, la ley no ha cambiado desde el gobierno militar. Así, en el Decreto Ley N° 1094 de 1975 –cuya inspiración es la doctrina de la seguridad del Estado, imperante en la época– podemos ver una gran desconfianza hacia el extranjero y donde los parámetros de selección para el ingreso al país se basan en criterios altamente cuestionables y discriminatorios. Esta ley, hasta hoy, sigue siendo muy restrictiva y estricta en el tratamiento de los extranjeros, penalizando situaciones que, muchas veces, son originadas en meras faltas administrativas, generalmente vinculadas con la regularización de los documentos de residencia, cuya infracción, a su vez, no tiene más fundamento que la falta de recursos económicos para el pago de derechos y multas.

Por ello, estimamos, es necesario abordar la nueva realidad de nuestro mundo globalizado y la chilena en particular, que se ha convertido en un país de atracción de migrantes, los que hoy, además, son y serán necesarios para satisfacer la creciente demanda de mano de obra que nuestro "auge" económico está provocando. Pero, como decíamos, aun no se vislumbra una política clara en la materia, ni en Chile ni a nivel global, lo que trae como consecuencia, en el caso particular de nuestro país, que aún no haya una actualización de la ley. Sólo la doctrina, especialmente en el ámbito de los derechos humanos, ha sido quien ha comenzado a trabajar sobre el tema y a denunciar los abusos

[4] Los autores, citando al Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas, señalan que los procesos migratorios "seguirán incrementándose en las próximas décadas, aunque no de una manera homogénea en todo el planeta: siguiendo las tendencias actuales, los inmigrantes seguirán proviniendo de países con economías vulnerables o de aquellos sumidos en largas crisis políticas. Y es necesario recordar que también ha comenzado a producirse un importante desplazamiento de migrantes provenientes de aquellos lugares que comienzan a ser afectados por los cambios climáticos que experimenta el planeta (inundaciones, sequías, tornados, entre otros)". Stefoni, Carolina (2007), p. 40.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de que son víctimas quienes se desplazan por el mundo, buscando mejores condiciones de vida, y que no han cometido más falta que anhelar un empleo digno para poder vivir ellos y sus familias, y que por ese solo hecho terminan –a veces–, detenidos o presos cual delincuentes comunes y en casos más extremos, muertos producto de un coyotaje fracasado o del abuso de los propios agentes del Estado del país receptor.

Las cifras de migrantes que se manejan hoy en el mundo son alrededor de doscientos millones de personas[5], por lo que no se trata de un tema aislado ni de una mera entretención para la doctrina.

Veremos, a continuación, algunas de las principales cuestiones que se están discutiendo por la doctrina a nivel internacional sobre el tema.

3. LA MIGRACIÓN EN LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

En el ámbito internacional la preocupación por los migrantes se puede situar en la década de los noventa y "se debe en gran medida al trabajo, informes y recomendaciones emanadas de los procedimientos especiales de Naciones Unidas y a las actividades realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante los Relatores Especiales"[6]. Este es "un mecanismo especial de vigilancia y supervisión. Está facultado para dirigirse a los Estados pertinentes, pedir explicaciones y realizar investigaciones y llamadas urgentes para salvar las vidas de las personas que estén en riesgo. Se apoya en las normas y tratados internacionales, la jurisprudencia generada por los órganos internacionales de derechos humanos, las recomendaciones y acuerdos de las conferencias internacionales, las medidas y decisiones de las Naciones Unidas y de los organismos internacionales, la jurisprudencia y otras medidas emanadas de organizaciones regionales y las políticas y leyes nacionales de los Estados parte del Sistema de las Naciones Unidas"[7].

El Relator Especial de Naciones Unidas, nombrado en 2006 para dedicarse a la investigación de ciertos temas que estaban afectando directamente a los

[5] Ver Withol de Wenden, Catherine, "Europa, laboratorio de una reflexión sobre el derecho a la movilidad y la gobernanza mundial de migraciones", en *Foro Bicentenario,* LOM ediciones, Santiago 2008. Pp. 138.

[6] Naciones Unidas, *América Latina y el Caribe: Migración internacional, derechos humanos y desarrollo.* Ed. Naciones Unidas, Santiago 2008. P. 306.

[7] Naciones Unidas (2008).

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

migrantes[8], y donde se plantearon desafíos muy relevantes, para que los estados asumieran un rol más activo frente a situaciones graves de vulneraciones de los derechos humanos, se hizo cargo de las más graves infracciones denunciadas que dicen relación con detenciones arbitrarias y en condiciones deplorables, malos tratos en los controles fronterizos, incluso muertes a causa del uso excesivo de la fuerza por parte de los propios agentes del Estado, expulsiones sumarias, impunidad por delitos cometidos contra inmigrantes, violencia de género, entre otros.

El relator especial expresó, en su momento, su preocupación por la vulneración de los derechos humanos, especialmente de los trabajadores migrantes, relacionadas con abusos en las condiciones de trabajo algunas veces similares a la esclavitud o al trabajo forzoso, la retención de documentos, el pago parcial de las remuneración o simplemente su omisión, limitaciones a la libertad de circulación, condiciones precarias en el alojamiento que los empleadores pueden estar obligados a proporcionar, abusos de las agencias de contratación de trabajadores migrantes o clandestinidad de las mismas como consecuencia de la falta de regulación.

En su resolución 60/227 sobre la migración internacional, la Asamblea General estableció los principales temas que debían examinarse, entre los que señaló los siguientes: los efectos de la migración internacional para el desarrollo económico y social; los aspectos multidimensionales de la migración internacional y el desarrollo, incluidas las remesas de fondos; la promoción del establecimiento de alianzas y el fomento de la capacidad y el intercambio de las mejores prácticas en todos los planos, incluidos los planos bilateral y regional; y las medidas para asegurar el respeto y la protección de los derechos humanos de todos los migrantes[9].

El hecho de que la Asamblea General destacara la protección de los derechos humanos de los migrantes constituye una importante decisión en pos de la visibilización del problema y también respecto de los aportes que una migración bien administrada puede generar para el desarrollo tanto del país emisor como receptor. Estos beneficios a menudo se centran en las remesas de fondos y otras cuestiones financieras vinculadas a la migración, pero también

[8] *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes* (2006): Asamblea General de Naciones Unidas, sexagésimo primer periodo de sesiones, 11 de septiembre de 2006 (Derechos humanos de los migrantes A/61/324).

[9] Asamblea General (2006).

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

está la transferencia de los conocimientos y aptitudes de los migrantes hacia sus países de origen [que producen un desarrollo en escala difícil de cuantificar, por ejemplo, un caso muy concreto puede ser el manejo o aproximación a un segundo idioma]. Sin embargo, aunque la atención que se presta a estos aspectos generalmente positivos de la migración sea un elemento importante que puede contrarrestar algunos de los numerosos mitos y percepciones de signo negativo que se asocian con el fenómeno, en ocasiones puede dar la impresión de que en esos análisis no se tiene suficientemente en cuenta la dimensión humana que constituye el núcleo de la experiencia de la migración[10].

Por ello es tan importante que la Asamblea General haya reconocido que los migrantes son un grupo particularmente vulnerable, pues la dimensión humana del fenómeno suele quedar invisibilizada tras las cifras macroeconómicas que significan las remesas. Efectivamente, en el preámbulo de su resolución 60/169, relativa a la protección de los migrantes, la Asamblea enumeraba muchas de las causas subyacentes de esta vulnerabilidad en los siguientes términos: "Consciente de que el número de migrantes es cada vez mayor en todo el mundo, y teniendo presente la situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse los migrantes y los familiares que los acompañan cuando están fuera de sus Estados de origen debido, entre otras cosas, a las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en la sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular, …".

En varios trabajos anteriores[11] hemos llamado la atención sobre el déficit en la protección de los derechos humanos de los migrantes, cuestión que hasta el momento, estimamos, no ha permeado la política y legislación interna de los estados. Sin embargo, ello no ha sido así a nivel doctrinario, especialmente en el ámbito internacional, ya que cada vez más se oyen voces que reconocen el problema, se han ido haciendo cargo de él y de los nuevos desafíos que

[10] Asamblea General (2006).

[11] Pérez Villar, Carmen Gloria:
- "Los *otros*". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (Nº 20). Valparaíso 2002. pp. 395-406.
- "La movilidad humana y su reflejo en el Derecho Internacional actual". *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago 2005. pp. 115-120.
- "La igualdad de las personas. Algunas observaciones al Art. 57 del Código Civil", *Estudios de Derecho Civil* (NºIII). Santiago 2008, pp. 49-62.
- "Gobernanza migratoria. Los nuevos actores de la globalización". En *Revista académica* Nº 51, Academia de Ciencias Policiales de Carabineros. Santiago 2011, pp. 98-108.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

presenta la globalización en el ámbito de los derechos humanos y han esbozado los postulados sobre los cuales se debería concentrar el debate en el tema de los desplazamientos. Ello, adicionalmente, presenta un interesante campo para la elaboración teórica, partiendo por la misma determinación del sujeto concernido (los migrantes)[12] los derechos que estarían en juego (los mismos u otros)[13], los conceptos o definiciones previos para el mejor entendimiento y gobernanza del tema.

Sin duda, y como también se ha dicho en nuestros trabajos anteriores, estamos ante un gran desafío, especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para poner a prueba la universalidad de los derechos fundamentales, tan publicitada en la doctrina y la jurisprudencia, pero que, al parecer, está aún pendiente en el caso de los migrantes y desplazados. De esta manera, ha llegado el momento de poner a prueba si los estándares de protección y respeto *de jure* y *de facto* son para todos los seres humanos o sólo para algunos, los que cuentan con un documento de residencia al día.

4. EL ÁMBITO PENAL Y LABORAL COMO EJE DE LA PROTECCIÓN

Sin duda, existen aspectos urgentes que deben preocupar a los organismos de derechos humanos y a los estados afectados, como es el caso de la trata de migrantes y el tráfico de migrantes que se insertan en el ámbito de la criminalidad internacional, y que en Chile, estimamos, es incipiente o no muy masivo aún, a pesar de que justo en estos días se habla de una importante denuncia al

[12] En trabajos anteriores hemos señalado que, en nuestro concepto, a quienes debe llamarse "migrantes" en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son quienes están totalmente al margen de la ley interna de extranjería del Estado receptor: los indocumentados. Son ellos quienes requieren de una especial atención, por el grado de vulnerabilidad en que se encuentran. Así, ni el migrante documentado, ni los residentes, turistas o inversionistas, aunque sean extranjeros, están en la situación de desmedro de los "ilegales" o "irregulares" como los llaman otros, como si el tema semántico alterara las consecuencias de ser un extranjero en otra tierra.

[13] En un documento de trabajo, elaborado en el ámbito de la Organización Internacional para las migraciones (OIM), de la Misión en Chile, en el 2003, se enumeran algunos derechos específicos de los migrantes, como son: el derecho a no migrar; el derecho a dejar su país y volver a él libremente como facultad propia de la nacionalidad; y en el país de acogida, gozar de los mismos derechos que los nacionales de ese país respecto del acceso a la justicia, al ingreso al mercado laboral y a los servicios sociales y el derecho a mantener su cultura. Hernández, Pedro. "Las Migraciones Internacionales: Análisis y Perspectivas para una política migratoria". Pp. 4-5. [En línea] [consulta: 11 de agosto de 2011] http://www.cimal.cl

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

respecto[14]. Con todo, Chile suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos conexos en el año 2005[15]. Esta es una cara o dimensión del aspecto penal que involucra a los migrantes, pues no hay que olvidar que en muchos países, incluido el nuestro, la misma inmigración se criminaliza cuando no se siguen las estrictas y a veces contradictorias normas administrativas que regulan el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del país, considerando al migrante, ya no como víctima, sino como destinatario mismo de las normas penales[16]. Esta situación no ocurre solamente en Chile, por cierto, por ello la doctrina, en términos cada vez más firmes, está denunciando las discriminaciones y atropellos que se producen en este ámbito[17].

Sin duda, estamos viviendo una etapa interesante en el desarrollo del tema, pues a nivel intelectual nos encontramos con enérgicas denuncias, con una perspectiva interdisciplinaria del debate y con un proceso de transparentación de estas situaciones poco gratas de la experiencia globalizadora. Así, por ejemplo, se reconoce que "como condición moderna del hombre y de la humanidad, la inmigración tiene formas y lógicas que se transfiguran hasta estereotipar negativamente a los inmigrantes, por ejemplo, desde figuras incorporadas al imaginario social como el indigente y el errante, asociado al vagabundo como peligro y pobreza y que construyen la representación social de individuos anónimos, potenciales desestabilizadores del orden, 'extraños'

[14] http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/05/680-522821-9-fiscalia-investiga-a-empresa-del-maule-por-emplear-a-trabajadores-bolivianos.shtml

[15] Decreto Supremo Nº 342, *Diario Oficial* de 16 de febrero de 2005. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

[16] Citamos, a modo de ejemplo, los siguientes epígrafes: "La criminalización de la inmigración: acerca del problema de la inmigración en España o cómo convertir un fenómeno histórico-social humano en problema"; "La construcción de un nuevo enemigo a combatir: la figura del inmigrante ilegal". Goldberg, Alejandro, *Tu sudaca: las dimensiones histórico-geográficas, sociopolíticas y culturales alrededor del significado de ser inmigrante (y argentino) en España.* Prometeo Libros, Buenos Aires 2007. Pp. 69 y 82.

[17] "El 21 de julio de 2007 ha sido la peor tragedia sufrida por la inmigración africana en aguas de las islas Canarias. Se estima que murieron cerca de 50 inmigrantes subsaharianos, ahogados por el fuerte oleaje al sur de Tenerife. El triste episodio abrió nuevamente la discusión sobre el modo de enfrentar el tema del traslado masivo e ilegal de centenares de personas hacia el continente europeo". Ávila, Oscar S.J. "Migración clandestina a España: Se hunden como piedras…", en *Revista Mensaje,* septiembre 2007.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del exterior"[18]. Pero también se reconocen las consecuencias más extremas de la migración cuando se habla derechamente de "los muertos en las fronteras y en el Mediterráneo, que hoy no es solamente un lugar de turismo sino un cementerio para jóvenes sin papeles"[19].

A pesar de las graves consecuencias que, en casos extremos –según hemos señalado–, produce la migración, su efecto más masivo y notorio es, sin duda, el desplazamiento de grandes fuerzas laborales. Y es este aspecto, o sea el laboral, el más transversal a todo migrante, pues precisamente lo que buscan mayoritariamente estas personas no es más que obtener un trabajo o poder desarrollar una actividad económica que les permita unas condiciones de vida más dignas que las existentes en sus países de origen[20].

Sin embargo, las convenciones laborales no tienen la amplitud que a veces se requiere porque en este último caso el destinatario del resguardo está circunscrito a una persona determinada que cumple ciertos requisitos como es el ser un trabajador en los términos de la Convención, y ello no siempre es así, pues puede ocurrir que una persona migrantes no tenga trabajo y con ello puede quedar fuera de la convención. Hay que tener presente, además, que los trabajadores migrantes documentados, en los hechos, tienen siempre una situación bastante más favorable que los indocumentados.

En este ámbito, como es sabido, existe la "Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares" de 1990[21], pero ello requiere de un adecuado desarrollo legislativo que permita la correcta ejecutabilidad de la misma. Además, la convención sólo ha reunido el mínimo de ratificaciones para alcanzar su vigencia y ellas han venido de los países de emigración y no de las potencias receptoras de dicha migración.

Así, desde una perspectiva práctica, la doctrina especializada ha propuesto reponer los planes de migración temporal (PMT), que son programas dirigidos por los estados receptores, donde se invita a ciertos trabajadores seleccionados a cumplir contratos de trabajo por un periodo determinado, con el objeto

[18] Tijoux, María, "El cuerpo del 'otro'", en *Foro Bicentenario,* LOM ediciones, Santiago 2008, pp. 145-146.

[19] Ver Withol de Wenden, Catherine (2008), p. 138.

[20] Ver Stefoni, Carolina, "Migrantes en Chile. Algo más que estereotipos", en *Foro Bicentenario,* LOM ediciones, Santiago 2008, p. 131.

[21] Decreto Supremo Nº 84, Ministerio de Relaciones Exteriores (*Diario Oficial* 8.VI.2005), promulgó la "Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares".

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de asegurar su retorno. Las críticas son considerables por cuanto significa restringir importantes libertades del trabajador, especialmente en cuanto al desplazamiento y a la libertad de contratación al quedar atado a un empleo o a un empleador el del contrato que justifica el PMT[22].

Por último, la doctrina reconoce "una tensión permanente entre el derecho soberano de los Estados de controlar y regular la admisión, permanencia y tránsito de extranjeros en sus respectivos territorios y las necesidades de movilidad que se manifiestan en grupos crecientes de la población, motivados por las condiciones existentes en las comunidades de origen y por la incuestionable demanda de los países de destino"[23]. De igual modo se reconoce que "los Estados tienen facultades indiscutibles para determinar qué personas extranjeras pueden ser admitidas en su territorio, expulsar a algunas de ellas en ciertas circunstancias, controlar sus fronteras y adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad cuando se considera amenazado. Al mismo tiempo, nadie duda que este poder de administrar y regular la migración internacional debe ejercerse con pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, conferidas en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de las normas del derecho internacional consuetudinarias. Las legislaciones de todos los estados soberanos consagran los derechos humanos, de manera que no puede concebirse un Estado en que no se respeten los derechos de parte de sus miembros por el hecho de ser extranjeros[24].

5. EL APORTE DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES

Veremos, a continuación, algunos casos de particular interés sobre el asunto que aquí nos convoca, que se han planteado en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en su vertiente consultiva como contenciosa, y donde el tema presenta especial sensibilidad ya que en este espacio coexisten países de emigración como de inmigración.

a) *Jurisprudencia consultiva:* Sin duda, un aporte fundamental en esta materia lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

[22] Ruhs, Martin, "Potencial de la inmigración temporal en la política internacional de migraciones", en *Revista internacional del trabajo*, número monográfico "La migración internacional". Vol. 125, 1-2, 2006.

[23] Citado por Naciones Unidas (2008).

[24] Ibídem.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

primero, en su Opinión Consultiva N° 16, de 1999[25] y luego, especialmente, en su Opinión Consultiva N° 18, de 2003, donde se plantearon cuestiones de fundamental importancia que impactan directamente sobre los principales problemas que debe enfrentar la migración[26]. Así, en primer lugar, se plantea la situación de alta precariedad en que vive este grupo cada vez mayor de seres humanos, reconociéndose que: "Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones "de jure" (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y "de facto" (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado" (N° 112).

De esta forma, se reconoce abiertamente que "existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra" (N° 113).

Como ya hemos dicho en otros trabajos[27], estimamos que el problema central en el tema migratorio o de la movilidad humana, en general, está en las graves consecuencias que los estados atribuyen a la irregularidad documental o indocumentación del migrante, de tal manera que este tipo de sujetos, los "indocumentados", debieran ser el principal foco de preocupación y de protección jurídica de sus derechos fundamentales. Así, los extranjeros indocumentados están expuestos a múltiples abusos por la precariedad jurídica y de hecho en que viven y son, frecuentemente, objeto de la persecución oficial de los órganos del Estado receptor[28]. Por lo tanto, en estos casos el irrespeto de los derechos fundamentales puede venir de una doble vía: la pública proveniente del Estado y sus órganos, y la privada proveniente de quienes,

[25] *Opinión Consultiva* N°16 (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de octubre de 1999 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, OC-16/99).

[26] Con fecha 10 de mayo de 2002, México sometió a la Corte Interamericana una solicitud de opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

[27] Pérez (2011), pp. 98-108.

[28] Decreto Ley 1.094 de 1975, actual ley de extranjería de Chile, trata en su Título II "De las infracciones, sanciones y recursos". La pena de presidio es considerada en los artículos 68, 69, 75 y 87.

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aprovechándose de esta precariedad, los conducen, en casos extremos, al trabajo forzoso, la explotación sexual y aun a la esclavitud.

En este sentido la Corte Interamericana planteó enfáticamente que: "… la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa" (N° 118).

En el mismo sentido la Corte ha señalado que: "Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, 'siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos'. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana" (N° 119).

Por último, la Corte manifestándose sobre los efectos del principio de igualdad y no discriminación ha señalado que "esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas" (N° 102), y que luego señala cuales son estas consecuencias, en los siguientes términos: "en cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales" (N° 103).

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias" (N° 104). "En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana" (N° 105).

"El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas" (N° 106).

"Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben 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, independientemente de su estatus migratorio" (N° 107).

Como vemos, la respuesta de la Corte ha sido sólida en el sentido que el estatus migratorio es absolutamente independiente del debido respeto de los derechos humanos y que el incumplimiento de estas obligaciones acarrea responsabilidad internacional del Estado.

b) *Jurisprudencia contenciosa*: Citaremos, en esta oportunidad, dos sentencias recientes que consideran especialmente el estatus migratorio de las víctimas afectadas y transcribiremos algunos párrafos que muestran expresamente la consideración de los migrantes y sus derechos fundamentales.

– Caso Vélez Loor vs. Panamá (sentencia de 23 de noviembre de 2010)[29]. Con fecha 11 de noviembre de 2002, don Jesús Tranquilino Vélez Loor, ecuatoriano, fue retenido en el Puesto Policial de Tupiza, República de Panamá, por no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país. Posteriormente, la directora nacional de Migración dictó orden de detención en

[29] http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su contra, y el señor Vélez Loor fue trasladado a la Cárcel Pública de La Palma. Mediante resolución 7306 de 2002 la directora nacional de Migración, luego de constatar que el señor Vélez Loor había sido deportado el 18 de septiembre de 1996 de Panamá, resolvió imponerle la pena de dos años de prisión en uno de los centros penitenciarios del país, por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley N° 16 sobre Migración de 1960. La referida resolución no fue notificada al señor Vélez Loor. El 18 de diciembre de 2002 fue trasladado al Centro Penitenciario La Joyita. Mediante resolución 8230 de 2003 la directora nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta, y el 10 de septiembre de 2003 el señor Vélez Loor fue deportado hacia la República de Ecuador.

En el conocimiento de este caso la Corte Interamericana recordó que en el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias, los estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyos, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En tal sentido, la Corte señaló que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. Al respecto, se refirió a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular por ser los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes. El Tribunal también observó que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia,* a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.

De otra parte, la Corte indicó que la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, tal como ocurrió en el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los detenidos. Por ello, de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. La Corte concluyó que dado que el señor Vélez Loor fue privado de libertad en centros penitenciarios, en los cuales fue recluido junto con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, el Estado violó el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Por último, respecto a las reparaciones, la Corte dispuso que, si bien la misma sentencia constituye una forma de reparación, adicionalmente se ordenó, entre otras medidas, que el Estado de Panamá debe, en relación a la víctima, las siguientes prestaciones:

a) pagar la suma fijada en la Sentencia, por concepto de tratamiento y atención médica y psicológica especializada, así como medicamentos y otros gastos futuros relacionados;

b) continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia y dentro de un plazo razonable, la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por el señor Vélez Loor, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea;

c) adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado;

d) implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, y

e) implementar programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción, destinados

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean los primeros llamados a atender a víctimas de tortura.

– Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (sentencia de 24 de octubre de 2012)[30].

Fue acreditado ante el Tribunal que el 18 de junio de 2000 un camión amarillo que transportaba un grupo de aproximadamente 30 nacionales haitianos, quienes se encontraban en territorio dominicano, no se detuvo frente a un puesto de control ubicado en Botoncillo. Ante tal situación, militares dominicanos iniciaron una persecución por varios kilómetros, realizando disparos que impactaron a las personas que se transportaban en éste, resultando en la muerte de cuatro personas y varias más heridas. Con la posterior volcadura del camión, perdió la vida una quinta persona y varias más corrieron para salvar sus vidas; momento en el cual los militares dispararon provocando la muerte adicional de dos personas. En virtud de dicho despliegue de fuerza perdieron la vida seis nacionales haitianos, un nacional dominicano y al menos 10 personas resultaron heridas. Algunos de los sobrevivientes fueron trasladados a un hospital sin que fueran registrados ni atendidos debidamente, y los restantes sobrevivientes fueron detenidos y llevados al Destacamento Operativo de Inteligencia Fronteriza en Montecristi. Horas más tarde fueron llevados al cuartel militar de Dejabón, lugar en el cual agentes militares los amenazaron con llevarlos a una prisión, y les señalaron que podrían trabajar en el campo o pagar dinero a los agentes para ser llevados a la frontera con Haití. En respuesta, los detenidos entregaron dinero a los agentes militares, y en horas de la tarde del 18 de junio de 2000 fueron trasladados al poblado de Quanaminthe (Wanaminthe), en Haití. Los cuerpos de los haitianos fallecidos fueron inhumados en una fosa común y, a la fecha, no han sido repatriados ni entregados a sus familiares.

Al respecto, la Corte observó que en el contexto de discriminación contra migrantes, el uso de la fuerza desmedida en el caso, demostró la falta de implementación de medidas razonables y adecuadas para lidiar con esta situación en perjuicio de este grupo de personas haitianas. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado de República Dominicana violó el derecho a la vida

[30] http://www.corteidh.or.cr/sitios/boletines/bol_02_spa.pdf

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en su dimensión de respeto, con motivo de la privación arbitraria de la vida de cinco víctimas fallecidas durante la persecución. Además, la Corte encontró responsabilidad del Estado por la ejecución extrajudicial de dos víctimas, quienes corrieron luego de la volcadura del vehículo, en contravención de los mismos artículos.

Además, la Corte consideró que, a pesar de que las detenciones tuvieron lugar por un lapso inferior a las 48 horas correspondientes al plazo constitucionalmente establecido por el ordenamiento jurídico dominicano para la presentación del detenido ante una autoridad judicial competente, los migrantes no fueron puestos en libertad en República Dominicana, sino que los agentes militares, unilateralmente, aplicaron la sanción de expulsión, sin que las víctimas hubieran sido puestas ante una autoridad competente quien, en su caso, pudiera determinar su libertad. Finalmente, la Corte encontró que en vista de la expulsión expedita, las víctimas migrantes carecieron de toda oportunidad para accionar un recurso adecuado que tutelara la legalidad de la detención. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7, y sus incisos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención en perjuicio de las víctimas detenidas.

Respecto de las garantías judiciales, la Corte consideró que la expulsión de los migrantes haitianos no se adecuó a los estándares internacionales en la materia, ni a los procedimientos previstos en la normativa interna. No se respetó a los migrantes haitianos ninguna de las garantías mínimas que les correspondían como extranjeros. Por tanto, la Corte consideró que República Dominicana violó el derecho al debido proceso y las garantías judiciales, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas expulsadas.

En razón de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado trató a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos o darles un trato diferenciado como seres humanos, y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección. Lo anterior representó una expulsión colectiva, en contravención con el artículo 22.9 de la Convención Americana.

Respecto del deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, la Corte observó diversas situaciones de vulnerabilidad en contra de las víctimas haitianas, en razón de su condición de migrantes irregulares. En este sentido, la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió, *inter alia*, a:

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití;

b) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas;

c) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos;

d) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías;

e) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y

f) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares.

Todo lo anterior evidenció que, en el presente caso, existió una discriminación *de facto* en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de los derechos que la Corte declaró violados en esta Sentencia. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación, en contravención del artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25 de la misma.

6. CONCLUSIONES

Uno de los efectos más visibles de la globalización es el masivo desplazamiento de personas por todo el mundo. Ello se viene haciendo en condiciones cada vez más precarias para la vida y la integridad física y psicológica de los migrantes. Frente a esta necesidad de desplazamiento se han creado lucrativos negocios ilegales que han sido tipificados en el derecho internacional como es el tráfico de migrantes y la trata de personas. El aspecto laboral, que es una de las principales motivaciones de los migrantes, también ha tenido respuesta en el derecho internacional mediante la suscripción de una convención en el ámbito de Naciones Unidas que, sin embargo, no ha tenido una adecuada acogida en la comunidad de estados, lo que se refleja en su bajo número de ratificaciones. Ha sido la doctrina uno de los agentes más activos en la denuncia y el levantamiento del tema, desde la definición de un nuevo sujeto de derecho internacional, hasta los derechos mismos de que son titulares. Todo este camino está culminando hoy en una cada vez más interesante

Artículo: Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Carmen Gloria Pérez Villar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

jurisprudencia internacional que reivindica los derechos fundamentales de los migrantes, en términos de igualdad y no discriminación, independientemente de su regularidad documental. En virtud de ello, es necesario revisar nuestra actual ley de extranjería que, estimamos, no se adecua a estos estándares internacionales en materia de movilidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

Albornoz, Patricia y Castillo, Ana (coordinadoras), *Actas Jornadas nacionales de Derechos Humanos. Derechos Humanos… ¿Un proyecto de país?* Ministerio de Justicia/Universidad Central, 2007.

Goldberg, Alejandro, *Tu sudaca*: *las dimensiones histórico-geográficas, sociopolíticas y culturales alrededor del significado de ser inmigrante (y argentino) en España.* Prometeo Libros, Buenos Aires 2007.

Naciones Unidas, *América Latina y el Caribe: Migración internacional, derechos humanos y desarrollo.* Ed. Naciones Unidas, Santiago 2008. Pág. 306.

Pérez Villar, Carmen Gloria:

– "Los *otros*". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (N°20). Valparaíso 20002. pp. 395-406.

– "La movilidad humana y su reflejo en el Derecho Internacional actual". *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público.* Santiago 2005. pp. 115-120.

– "La igualdad de las personas. Algunas observaciones al Art. 57 del Código Civil", *Estudios de Derecho Civil* (Nº III). Santiago 2008. pp. 49-62.

– "Gobernanza migratoria. Los nuevos actores de la globalización". En *Revista académica* Nº 51, Academia de Ciencias Policiales de Carabineros. Santiago 2011.

Ruhs, Martin, "Potencial de la inmigración temporal en la política internacional de migraciones", en *Revista internacional del trabajo*, número monográfico *La migración internacional* Vol. 125, 1-2, 2006.

Stefoni, Carolina. "Migración en el siglo XXI: Chile debe sumar". En *Revista Mensaje*, Vol. 56, Nº 562 (sept. 2007), p. 40.

–"Migrantes en Chile. Algo más que estereotipos", en *Foro Bicentenario*, LOM ediciones, Santiago 2008.

Tijoux, María, "El cuerpo del 'otro'", en *Foro Bicentenario*, LOM ediciones, Santiago 2008.

Withol de Wenden, Catherine, "Europa, laboratorio de una reflexión sobre el derecho a la movilidad y la gobernanza mundial de migraciones", en *Foro Bicentenario*, LOM ediciones, Santiago 2008.