

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN IRREGULAR: LA AGENDA PENDIENTE PARA EL DERECHO MEXICANO

Julieta Morales Sánchez

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (México). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla- La Mancha (España). Actualmente es becaria del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) para la realización de estudios de posgrado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Al Dr. Sergio García Ramírez, mi padre académico.

CONTENIDO: I. A manera de introducción. II. Migración regular e irregular. III. Carácter delictivo de la migración irregular: mito o realidad. IV. La migración irregular, ¿un desafío para el Derecho? V. Corte Interamericana de Derechos Humanos y migrantes irregulares. VI. La agenda pendiente en México. VII. Retos y Perspectivas.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El respeto irrestricto de los derechos humanos constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos. Esta situación conduce a cuestionarnos sobre las deficiencias de los mecanismos de protección de los derechos y, a su vez, evidencia los desajustes del sistema.

Cuando se empieza a hablar de “migración” el tema resulta conocido para todas las personas, en todas partes del mundo, es decir, no es una realidad ajena a nuestros particulares contextos ni a la naturaleza del ser humano. Empero, la palabra “migración” puede tener diferentes significados para cada uno de nosotros: en algunos casos recordará a un familiar que se fue o representará una oportunidad de vida digna, una posibilidad de superación o una manera de sobrevivir o de morir. Todo depende de nuestra experiencia personal, del lugar, tiempo y condiciones económicas o culturales en las que hayamos nacido y crecido. Para otras personas la palabra “migración” no significará nada y a ellas, especialmente, las invito a seguir leyendo este texto ya que, con base en la premonición de Bertolt Brecht (retomada de Martin Niemöller), la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos: si hoy somos indiferentes a la grave situación que enfrentan cotidianamente los migrantes y si permitimos que sus derechos humanos sigan siendo vulnerados, mañana podremos ser nosotros quienes seamos violentados en nuestros derechos.

El lector habrá podido percatarse de la complejidad del tema de la “migración”. El panorama se complica aún más ya que día a día se acentúa la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados, lo que, aunado a otros factores,¹ trae como consecuencia la migración de la

¹ La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde tres perspectivas diferentes: la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural y la teoría de sistemas migratorios. La primera establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que

población de éstos últimos hacia los primeros. Además, las fronteras de los países desarrollados, en múltiples ocasiones, se han “abierto” al trabajo de migrantes debido al envejecimiento de su población o al crecimiento de su economía. Lamentablemente, en la mayoría de ocasiones, el tránsito fronterizo de personas se produce sin cumplir los requisitos establecidos por las legislaciones internas de los países receptores, apareciendo la figura de los migrantes indocumentados o en situación irregular.

En múltiples países se constatan, cotidianamente, violaciones a los derechos humanos² de migrantes. Los gobiernos que han sido incapaces de ofrecer una vida digna a sus nacionales dentro de su territorio también lo han sido para comprender el fenómeno migratorio y proporcionar soluciones reales que no lesionen los derechos humanos de migrantes. En México, el fenómeno adquiere matices diversos, y aún más complejidad, por el hecho de que es un país de origen, tránsito y destino migratorio. Aunque esta

las conducen a algunos países receptores; supone que los individuos “buscan” el país de residencia que maximice su bienestar. La aproximación histórica estructural examina el reclutamiento masivo de mano de obra por el capital, percibe a los intereses del capital como absolutamente determinantes. La teoría de sistemas migratorios sostiene que los movimientos migratorios se generan por la existencia de vínculos previos entre los países de envío y recepción basados en la colonización, la influencia política, el intercambio, la inversión o los vínculos culturales. Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Cámara de Diputados, México, 2004, pp. 34 y ss.

² No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.

problemática puede abordarse desde diferentes perspectivas, aquí se hará desde una visión humanista.³

En el presente estudio se reconocen dos realidades: 1) que los flujos migratorios plantean problemas estructurales,⁴ por lo que deben de abordarse con políticas igualmente estructurales;⁵ 2) aunque se admite que, en ocasiones, es poco lo que se puede hacer contra estos problemas estructurales, en este estudio se sostiene que lo que sí se puede y debe hacer es asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los migrantes en el país receptor; no se puede olvidar que es una obligación de todo Estado proteger a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Aquí resalta la importancia de las jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos y aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de

³ Para profundizar en el humanismo como fundamento filosófico de los derechos humanos en el siglo XX y XXI, remítase a Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, EDIAR, Buenos Aires, 2007, p. 46.

⁴ Para indagar en la exclusión que impone límites al ejercicio de los derechos, véase Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales” en Abramovich, Víctor/ Bovino, Alberto/ Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales/Canadian International Development Agency, Buenos Aires, 2007, p. 223.

⁵ Actualmente algunos países ubican el tema migratorio en la agenda de seguridad y no en la de desarrollo, ello implica un problema debido a que no permite vislumbrar el verdadero origen y las estrategias para erradicar las violaciones a los derechos humanos de migrantes.

renuencia que las consideran atentatorias a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éstas tienen frente a la jurisdicción interna de los Estados.

El presente trabajo iniciará con una somera referencia a los conceptos de migración regular e irregular, para continuar con una reflexión sobre el carácter delictivo de la migración irregular y los desafíos que ésta plantea al derecho (en donde se hará una breve precisión sobre la universalidad de los derechos humanos, en particular de las personas migrantes, y un breve análisis sobre los impactos de la migración en las familias). Posteriormente se entrará al estudio de la jurisdicción regional de protección de derechos humanos en América, en la cual se analizará la composición y atribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), enfocando el estudio en dos de sus opiniones consultivas relacionadas directamente con los derechos humanos de migrantes (las Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC-18/03) y en un caso contencioso resuelto por la CorteIDH sobre esta materia. Finalmente, se hablará sobre la agenda pendiente en México y la recepción de los criterios de la CorteIDH por el derecho interno.

II. MIGRACIÓN REGULAR E IRREGULAR

Para efectos de este apartado se recurrirán a las definiciones establecidas en la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF) y las contenidas en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH; aunque las mismas se refieren a los trabajadores migratorios, se proyectarán a todas las personas migrantes.

El artículo 5, inciso a), de la CIPTMF establece que los

migrantes “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar (y) a permanecer ... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

La CortelDH estima que los migrantes regulares son aquellas “persona(s) que se encuentra(n) autorizada(s) a ingresar (y) a permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.⁶

El artículo 5, inciso b), de la CIPTMF menciona que “serán considerados no documentados o en situación irregular (quienes) no han sido autorizados a ingresar (ni) permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

Por su parte, la CortelDH refiere que indocumentadas son aquellas: “persona(s) que no se encuentra(n) autorizada(s) para ingresar... (ni) permanecer ... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte...”⁷

III. CARÁCTER DELICTIVO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR: MITO O REALIDADE

En este apartado se pretende dar una respuesta (nunca única, ni absoluta) a las siguientes preguntas: ¿la migración

⁶ Véase glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ *Idem*.

irregular es un delito? ¿atenta contra la soberanía de los Estados?, ¿está justificada la violación de los derechos humanos de las personas migrantes?

La respuesta a esta última pregunta la ha dado Jorge Bustamante al afirmar que: “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.⁸

Bustamante establece que existe una contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía por la cual se da un conflicto entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras -y decidir su política de migración- y la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.⁹

La nacionalidad¹⁰ se ha convertido en una institución de exclusión y discriminación y constituye un requisito indispensable para que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos. Los derechos derivan de la dignidad humana pero lamentablemente están siendo condicionados, en su

⁸ Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

⁹ Existe una paradoja en esta contradicción: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Véase Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123- 156.

¹⁰ Ibarra Palafox sostiene que es la institución de la ciudadanía la que se configura como una institución de exclusión, sin embargo, en este estudio, se entiende que para el caso de México y la mayoría de países latinoamericanos la nacionalidad comprende a la ciudadanía (es decir,

goce y ejercicio, a una nacionalidad. Por lo que aquellas personas que están imposibilitadas para adquirir la nacionalidad del Estado en el que residen -legal o ilegalmente- no tienen la posibilidad de reclamar el goce y ejercicio de sus derechos.

Ha surgido así una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.¹¹ Lo que necesitan las personas es “gozar de sus derechos como seres humanos,

todos los ciudadanos son nacionales, pero no todos los nacionales son ciudadanos; además de que la principal exigencia de los migrantes se refiere fundamentalmente a los derechos civiles, los cuales son otorgados a todos los nacionales aunque no sean ciudadanos); entendiendo que la postura adoptada por Ibarra Palafox es consecuencia de que la diferenciación entre ciudadanía y nacionalidad no existe en algunos países (como EUA o países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía). Por lo anterior, si el presente artículo es leído por una persona en cuya tradición jurídica no exista la diferenciación antes mencionada, la expresión correcta sería “la ciudadanía se ha convertido en un institución de exclusión”. Cfr. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 164 y 188. Carbonell afirma que “con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento”. Cfr. Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006, p. 5.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 315 y 316.

no como ciudadanos de un país”.¹² En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.¹³

Supeditar el goce y ejercicio de los derechos humanos a una nacionalidad o ciudadanía constituye una visión restringida de la dignidad humana. Pero ¿qué se entiende por dignidad humana? En este estudio se retomará el concepto establecido por algunos tribunales constitucionales.

En el expediente 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú menciona que “la dignidad... constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.¹⁴ Esta posición fue adoptada primeramente por el Tribunal Constitucional español en la STC 57/94.

El Tribunal Constitucional Español en la STC 53/85 determinó que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en

¹² García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, en *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, La Habana, p. 197.

¹³ Peces-Barba, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 198.

¹⁴ Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento XV, 218, p. 86, en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador planteó la vinculación axiológica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Constitución y en el caso de inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras estimó:

(la Constitución) –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad...¹⁵

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N2730-2006/PA/CT establece el “...reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconoce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”.

Así, todas las personas poseemos la misma dignidad por el sólo hecho de ser humanos, la cual no está condicionada a un trámite administrativo, ni a un estatus

¹⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibidem*, pp.158-161.

económico, ni a un documento, ni a una calidad migratoria. La dignidad es el fundamento de los derechos humanos y todo Estado tiene la obligación de garantizar, a cualquier persona que se encuentre en su territorio, el goce y ejercicio de sus derechos. Se le pide al lector recordar estas ideas cuando se analice, más adelante, lo concerniente a la universalidad de los derechos humanos.

En otra tesitura, se estima pertinente abordar someramente los nuevos significados de la palabra “soberanía”. Zagrebelsky sostiene que, con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, la soberanía se ha transformado debido a la actuación de fuerzas corrosivas internas y externas, como son: el pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes al Estado, la institucionalización supraestatal y la atribución de derechos a las personas que pueden hacer exigibles y justiciables ante jurisdicciones internacionales demandando a los Estados por su actuación u omisión en perjuicio de dichos derechos.¹⁶

En este contexto, “la comunidad internacional de los Estados posee un fragmento amplio de soberanía en materia de los derechos humanos...” y “...debe de estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional”¹⁷; por lo que

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª.ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007, pp. 10-14.

¹⁷ Kotzur, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 106.

“la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones parcialmente soberanas al servicio del ser humano”.¹⁸ Kotzur afirma que “solamente una concepción instrumental de la soberanía al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder”,¹⁹ esto nos debe de llevar a reflexionar sobre la clase de soberanía que existe actualmente en cada uno de los países americanos.

Sin embargo, y a pesar de este mundo interconectado lleno de “relativas soberanías”, Carrillo Salcedo observa que “la relevancia del Estado sigue siendo indiscutible en la protección de los derechos humanos, incluso en esta época de transición en la que las estructuras tradicionales se encuentran en crisis...”²⁰. Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos (muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos), pero ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens* de derechos humanos. Pero el autor mencionado también afirma que “la primacía del Derecho internacional es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado”.²¹

En otro tenor, se ha llegado sostener que la globalización no prioriza el goce y ejercicio de los derechos

¹⁸ *Ibidem*, p. 107.

¹⁹ *Ibidem*, p. 111.

²⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

²¹ *Ibidem*, p. 76.

humanos y que es incongruente al permitir el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones pero no el libre tránsito de personas.

Aunque esa afirmación puede ser parcialmente correcta, se estima adecuado retomar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba al respecto:

...la globalización no tiene porque ser presentada como una reacción enfrentada a los derechos. Podría pensarse que, muy al contrario, se trata de un fenómeno que podría favorecer la satisfacción de los derechos. La cuestión principal es en este punto como gestionarla para llevar a cabo esa satisfacción. Seguramente aquí es, donde surgen los problemas de la globalización, en el sentido de que hasta el momento, la gestión de la globalidad parece dar la espalda al discurso de los derechos.²²

En este mundo globalizado, en algunas ocasiones, los migrantes irregulares, son considerados delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes irregulares sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidos en su travesía por el país de tránsito.²³

²² Peces-Barba, Gregorio, *Educación...*, *op. cit.*, p. 191.

²³ Es claro que, en algunos casos, los migrantes irregulares no pretenden los fines anteriores y sí representan un peligro para la salud o seguridad de los habitantes de los países a los que ingresan. Ejemplo de ello es el grupo de los “mara salvatrucha”; o los inmigrantes que pueden ser transmisores de enfermedades.

En cuanto a la criminalización de las personas migrantes, se estima pertinente retomar una pregunta formulada por Carbonell: ¿Se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo o hija no crezca en la más absoluta de las miserias?²⁴ Tajantemente la respuesta es no.

Estamos frente a un tipo de migración que ha ido abandonando su carácter voluntario para convertirse en un fenómeno forzado. A continuación se asentarán algunas ideas sobre la necesidad de relativizar el carácter “voluntario” de la migración irregular.

Con excepción de África al Sur del Sahara, América Latina y el Caribe es la región que presenta mayor desigualdad. Según el Banco Mundial, el 10% más rico de la población de la región percibe 48% de los ingresos totales, mientras que el 10% más pobre sólo percibe 1,6%.²⁵ La comparación entre regiones al interior de los países revela diferencias asombrosas en los niveles de prosperidad. En Bolivia, Honduras, México, Paraguay y Perú, la diferencia en los recuentos de pobreza entre una región y otra es de más de 40 puntos porcentuales.²⁶

²⁴ Carbonell, Miguel, “¿Se justifican...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁵<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/OcontentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

²⁶<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/OcontentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

Frente a esta realidad, las personas no migran para mejorar sus condiciones de vida, migran para sobrevivir. Se ven forzadas a migrar ante la falta de oportunidades, la falta de empleo, la falta de esperanza en su lugar de origen.

Por lo que es conveniente cuestionar ese típico discurso que muestra un carácter voluntario del fenómeno migratorio (por el cual las personas “voluntariamente” migran). Este discurso no muestra que la voluntad, que ese supuesto consentimiento que las personas migrantes manifiestan a los traficantes (comúnmente llamados polleros) es un consentimiento viciado. Viciado por la violencia de una estructura de Estado que no les ha dejado otra opción, viciado por el engaño de que en los países desarrollados tendrán una mejor vida y un mejor futuro para ellos y su familia, cuando, en múltiples ocasiones, mueren en el intento de alcanzar el sueño de una vida digna.

Entonces surge la pregunta: ¿se puede sancionar a alguien que no tiene medios para subsistir, para sobrevivir? ¿se puede sancionar a alguien por querer alcanzar el sueño de una vida digna? Si se tiene un poco de humanidad, la respuesta es no.

Lamentablemente el carácter delictivo que se les atribuye a los migrantes irregulares no es un mito, sino una realidad. En casos como México, la legislación sancionaba penalmente a los migrantes irregulares hasta el 21 de julio de 2008; en otros países, aun cuando la legislación no tenga prevista sanción penal, los nacionales y las autoridades tratan a los migrantes como si fuesen delincuentes. Esta es una realidad que debe de modificarse.

Hay quienes se han preguntado si se justifican las fronteras en el siglo XXI. Frente a este pregunta no hay una respuesta unánime, pero lo que es claro para Addiechi es que “no existe la menor oportunidad de que las fronteras

desaparezcan porque ellas constituyen un requisito indispensable para la generación de ganancias, porque hay que salvaguardar los espacios nacionales de privilegio y porque los cada vez más miserables del mundo cometen la imprudencia de defender su derecho a no morir de hambre”.²⁷

Se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados. La migración irregular tiene orígenes diversos, si se quiere centrados en las precarias condiciones económicas, en la falta de desarrollo y de empleo, en la desigualdad e inequidad, en la brecha socio-económica y en las deficiencias estructurales de los países de origen, por un lado; y por otro lado, en el envejecimiento de la población y la demanda de mano de obra barata por los países desarrollados, entre muchos otros factores. Pero, sin duda, la migración irregular evidencia un problema de desarrollo y no, se enfatiza el “no”, un problema de seguridad. Los migrantes irregulares no son delincuentes ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,²⁸ simplemente buscan una vida mejor.

En resumen, se estima que la migración irregular constituye una falta administrativa, una infracción a las leyes y políticas de inmigración de los Estados, que en ningún caso,

²⁷ Addiechi, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005, pp. 256-257.

²⁸ Una excepción a esta afirmación lo constituye el terrorismo. En este sentido, es necesario enfatizar que la migración irregular no es terrorismo. Sin embargo, algunos Estados han utilizado como excusa el que algunos terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos.

ni bajo ninguna hipótesis, justifica la violación de los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

IV. LA MIGRACIÓN IRREGULAR, ¿UN DESAFÍO PARA EL DERECHO?

1. ¿Universalidad de los derechos humanos?

Los derechos humanos son “un referente inexcusable de la modernidad”, su “signo distintivo”. En “los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”.²⁹

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad”.³⁰

García Ramírez establece que la idea de universalidad implica que “nadie debiera quedar excluido de los beneficios que entrañan los derechos humanos, y más estrictamente, nadie debiera hallarse al margen de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan el medio precioso para la exigencia, la consolidación o la recuperación de esos derechos”.³¹

²⁹ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional...*, op. cit., pp. 325.

³⁰ Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 58 y 59. Del mismo autor véase *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, p. 61 y ss.

³¹ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México,

Sin embargo, hoy día aún no es fácil hablar de la universalidad de los derechos humanos. Incluso en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se puede decir que surgen los derechos humanos en su concepción “moderna” éstos no eran universales,³² ya que se limitó su “reconocimiento” y se excluyó a las mujeres.³³

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades³⁴ de las que fue testigo (ejemplos del *Homo homini lupus* del que hablaba Tito Marcio Plauto y, posteriormente, Hobbes) y da inicio un extenso³⁵ proceso

³² Gregorio Peces-Barba Martínez menciona que la universalidad “arranca del humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes”. Véase “La universalidad de los derechos humanos” en Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos/Unión Europea, San José, 1994, p. 399.

³³ Por ello de manera alterna aparece la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana elaborada en 1789 por Olimpia de Gouges, que enunció la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; murió en la guillotina por esta razón. La Declaración de referencia consta de 17 artículos en donde se reconocen diversos derechos para la mujer entre los que destacan: la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, resistencia a la opresión, libertad de expresión, la participación de las mujeres en la elaboración de leyes y en la vida política, así como el desempeño de cargos públicos.

³⁴ Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

³⁵ La vocación expansiva de los Derechos Humanos; expansiva tanto en número como en intensidad: cada vez más derechos y cada vez más derecho. Cfr. *Ibidem*, p. 61.

declarativo³⁶ de derechos fundamentales a favor de la persona humana.³⁷ Empero, no se debe perder de vista el carácter “relativo” que adquieren algunos derechos cuando el contexto cultural se modifica.

Pero, pese a todos los obstáculos, se ha construido un orden jurídico internacional de carácter convencional (sin perjuicio de otras fuentes), en el que el ser humano figura como titular de derechos fundamentales: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁸

³⁶ Se elaboran la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, adicionado por los Pactos de 1966 (El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

³⁷ Sergio García Ramírez observa que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo, que demandan y establecen sus propias garantías; y cuya explosión ha sido producto del trauma que se produjo al cabo de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, op. cit., 2002, p. 5.

³⁸ Hitters y Fappiano definen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una “rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre”. Cfr. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 404. José Guillermo Vallarta Plata entiende que “el derecho internacional de los derechos humanos consiste en un conjunto de declaraciones y principios que sirven como base para la consolidación de instrumentos internacionales convencionales que comprometen a los Estados a respetar los derechos humanos reconocidos universalmente. Cfr. *La protección de los derechos humanos. Régimen Internacional*, Porrúa, México, 2006, p. 238.

El orden internacional de los derechos humanos³⁹ se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la dignidad del ser humano con sentido “antropocéntrico”;⁴⁰ asimismo se fortalece con el principio *pro homine*⁴¹ para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

Sin embargo, y a pesar de los grandes avances en la protección de los derechos humanos, es indudable que dichos derechos son “negados” a un conjunto de personas

³⁹ Se han definido a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como aquellos conformados por instrumentos (tratados internacionales) y por mecanismos que precisamente son los organismos que garantizan los derechos reconocidos en esos instrumentos. *Cfr.* Valencia Villa, Alejandro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara/Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, 2006, p. 120.

⁴⁰ *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 115.

⁴¹ El principio *pro homine* se ha definido como el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. Véase Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.⁴²

En este sentido, considero valioso retomar las palabras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

A comienzos del siglo XXI, habitamos un mundo dividido, en el que la interconexión es cada vez más intensa en la medida en que el comercio, la tecnología y la inversión acercan a las diversas sociedades; independientemente de la “separación” político-territorial entre los Estados. Pero en términos de *desarrollo humano y calidad de vida el espacio entre los países* se ha caracterizado por profundas e, incluso, *crecientes desigualdades en el ingreso y en las oportunidades de vida digna*. Por ejemplo, el ingreso económico total de los 500 individuos más ricos del mundo resulta superior al ingreso de los 416 millones más pobres. Los 2,500 millones de personas que viven con menos de 2 dólares al día (y que representan el 40% de la población del

⁴² Thomas W. Pogge señala que “diversos derechos humanos son ampliamente reconocidos por la ley internacional...Estos derechos prometen a todos los seres humanos protección contra daños severos específicos que podrían serles infligidos por gente de su misma nación o por extranjeros. Sin embargo, la ley internacional también establece y mantiene estructuras institucionales que en gran medida contribuyen a la violación de estos derechos humanos...” Véase “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de Antioquia/Pontificia Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007, p. 27.

orbe) obtiene sólo el 5% del ingreso mundial; mientras que el 10% más rico consigue el 54%. *Y en este planeta interconectado en que vivimos, se evidencia que un futuro fundado en la pobreza masiva en medio de la abundancia es económicamente ineficaz, políticamente insostenible y moralmente indefendible.*⁴³

Cuando se contrasta la universalidad de los derechos con la realidad, podría pensarse que ésta es una aspiración o un mero concepto declarativo-utópico, pero lo que quiere reflejarse es el gran reto que tenemos por delante y que hay que afrontar, las problemáticas que se tienen que resolver.

2. Migración y desintegración familiar

Considerando las implicaciones sociológicas que trae consigo la migración, constituye una responsabilidad ineludible hacer un bosquejo de lo que representa dicho fenómeno dentro del núcleo básico de la sociedad: la familia. Dicha temática no es la directriz del presente estudio, por lo que no se pretende profundizar en dicha problemática que, sin duda, es de relevante importancia en la vida de los migrantes.

Diversos instrumentos internacionales⁴⁴ reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla.

⁴³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, pp. 4 y ss, http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2007).

⁴⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 a la letra dice que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la

La familia “como institución social,... está sujeta a procesos de cambio que resultan tanto de su dinámica interna como de las transformaciones sociales que experimenta la sociedad en su conjunto. Asimismo, se espera que dichos cambios en la familia actúen, en el mediano y largo plazos, sobre el orden social reafirmando o bien modificándolo”.⁴⁵ Sin embargo, el crecimiento desmedido de las desigualdades sociales y la necesidad de emigrar de muchos seres humanos han traído consigo la desintegración familiar. Situación que puede generar graves problemas sociales en las naciones de origen.

sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (artículo 10.1). La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social indica en su artículo 4 que: “La familia como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad.” Así también la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Dentro del sistema interamericano el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Así hoy día hay quienes sostienen que ya no puede hablarse de un único tipo tradicional de familia, sino hay que emplear el término en plural: “familias”.

⁴⁵ Ojeda, Norma, “Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones” en *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, México, Colegio de la Frontera Norte, p. 167.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes,⁴⁶ aún sigue siendo una constante la separación obligada de padres e hijos por la migración de los primeros a los países desarrollados (o más desarrollados que el lugar de origen) en busca de trabajo. Así, los niños, quienes son aún más vulnerables a los riesgos de la migración irregular, permanecen con sus abuelos o familiares en sus lugares de origen. Por otro lado, en múltiples casos, cuando migran familias completas, los polleros separan a los padres de los hijos en el momento de cruzar la frontera, bajo la promesa de un posible reencuentro en el país receptor, sin embargo, en ocasiones, ese reencuentro nunca se produce.

Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 ó 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en Estados Unidos de América (EUA) en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y otro 16%, casi 2 millones, eran niños que llegaron a EUA solos o con sus padres. Hay también un contingente de 3.1 millones de niños que nacieron en EUA y viven con familias en las que al menos el padre o la madre son inmigrantes indocumentados,⁴⁷ lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en el caso de la deportación de uno o ambos padres. Algunas mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus

⁴⁶ Lo cual es sumamente preocupante porque no se cuenta con el sistema necesario que garantice la protección a sus derechos. En 2004, 39,690 niños mexicanos migrantes se detectaron en la frontera. De éstos, 10.920 viajaban solos (...) Se trata de menores que buscan una mejor calidad de vida buscan trabajo o tienen la esperanza de reunirse con familiares en Estados Unidos... Cfr. http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef_97583.html. Además véase *Enrique's Journey*, de Sonia Nazario.

⁴⁷ Cfr. *La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

hijos con sus ascendientes.⁴⁸ Y hay otras mujeres que deciden migrar ya embarazadas, para que sus hijos al nacer en el territorio de destino adquieran la nacionalidad respectiva (en el caso mexicano, al nacer en territorio estadounidense obtienen la nacionalidad estadounidense), con base en la forma de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el cual es reconocido por múltiples legislaciones nacionales.

Sin embargo, no existe a nivel internacional un instrumento que regule la situación de las familias separadas por la migración, ni la protección a niños migrantes o que establezca el mecanismo para la reunificación familiar, éste es un vacío legal que no ha sido atendido y por cuyo abandono la humanidad está pagando (y pagará) un alto precio. Por ello se requiere además de instrumentos internacionales, una acción coordinada entre los Estados involucrados, la cual debe de estar basada en la igualdad, solidaridad y cooperación internacional.

III. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRANTES IRREGULARES

Diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁴⁹ y, en consecuencia,

⁴⁸ Opinión de Sonia Nazario, ganadora del premio Pulitzer. Véase *idem*.

⁴⁹ García Ramírez sostiene que el sistema interamericano se compone no sólo por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino también por los Estados, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y la figura del Ombudsman nacional. Véase "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana" en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 77 y ss.

están sujetos a diversas obligaciones que en diversas ocasiones han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la CortelDH.⁵⁰

Vale reiterar una precisión: la jurisdicción internacional y regional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario a la jurisdicción nacional, ahí es donde radica la importancia de los jueces nacionales en la protección de los derechos humanos; bajo esta premisa se iniciará el estudio de la CortelDH.

La CortelDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se compone de 7 jueces, tiene su sede en San José, Costa Rica⁵¹ y no sesiona permanentemente, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La CortelDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1 del Estatuto

⁵⁰ Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y Corte, véase, entre otros: Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, EDIAR/Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, 2007. Es necesario recordar que los individuos no tienen acceso directo a la CortelDH (como sí es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y se requiere que primero realicen el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵¹ El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983.

de la CorteIDH). La CorteIDH tiene atribuciones normativas,⁵² administrativas,⁵³ preventivas,⁵⁴ ejecutivas⁵⁵ y jurisdiccionales.

La atribución jurisdiccional se subdivide en consultiva y contenciosa, a través de las cuales la CorteIDH interpreta y aplica la Convención Americana.

⁵² El artículo 60 de la Convención Americana señala que: “La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.” En el mismo sentido el artículo 25 del Estatuto CorteIDH establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento.” El artículo 66 de Reglamento CorteIDH dispone que el “reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte...”

⁵³ El artículo 26 del Estatuto CorteIDH otorga a la Corte la facultad de elaborar su propio proyecto de presupuesto, el cual deberá someter a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General y esta última no podrá introducir modificaciones. La Corte también tendrá potestad de administrar su presupuesto. Y tiene facultades para designar a su Secretario (artículo 14.2 del Estatuto CorteIDH) y fijar sus periodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto CorteIDH).

⁵⁴ El artículo 63 de la Convención Americana establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las *medidas provisionales* que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.” Así, la CorteIDH puede actuar aún en casos

1. Función Consultiva

La función consultiva de la CortelDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que cuenta con un procedimiento específico⁵⁶ y distinto del contencioso. Los

no sometidos a su jurisdicción, y podrá dictar medidas provisionales a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (recordando que ésta también tiene capacidad de dictar medidas cautelares). Actualmente se dispone que en los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos (artículo 25.3 del Reglamento CortelDH).

⁵⁵ Esta competencia permite determinar si el Estado encontrado responsable de la violación de derechos humanos, ha cumplido con las obligaciones en la forma y tiempo previstos en la sentencia de fondo. Esta competencia tiene una relación intrínseca con la eficacia jurídica de las sentencias. Los artículos 67 y 68 de la Convención Americana señalan que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En México, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y en vigor a partir del 1º de enero de 2005, reconoce en su artículo 2 la obligación del Estado mexicano de cumplir las resoluciones de la CortelDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁶ El artículo 63 del Reglamento CortelDH señala el procedimiento de trámite de la opinión consultiva.

Estados Parte, la Comisión⁵⁷ y otros órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁵⁸ tienen facultad para solicitar opiniones consultivas.

La función consultiva de la CortelDH es más amplia que la función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ya que no sólo se permite la interpretación de la Convención Americana sino la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos así como la interpretación de leyes internas y el análisis de su compatibilidad con instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido es preciso aclarar que no se exige que los tratados, para ser interpretados, sean celebrados por países americanos, ni que sean tratados regionales; el único requisito es que sean concernientes a derechos humanos, aun cuando esta temática no sea el objeto principal del tratado en cuestión. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que la jurisdicción consultiva de la CortelDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,⁵⁹ además de que legitima

⁵⁷ El artículo 60 del Reglamento CortelDH dispone que un Estado miembro o la Comisión al solicitar una Opinión Consultiva deben formular preguntas específicas, establecer las disposiciones que se piden sean interpretadas, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

⁵⁸ Los cuales además de los requisitos previstos por el artículo 60 del Reglamento CortelDH, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

⁵⁹ Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986, p. 53.

a un número extenso de solicitantes.⁶⁰

García Ramírez sostiene que la función consultiva pretende “desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza, las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho... se trata de saber más que de resolver: contestar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica... la consulta termina con una opinión”.⁶¹

La CorteIDH ha sostenido que su competencia consultiva constituye “un método judicial alternativo” destinado a “coadyuvar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.⁶²

Según la CorteIDH, las opiniones consultivas, a pesar de no tener efectos vinculantes, “poseen notable trascendencia, contribuyen a generar una *opinio iuris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la

⁶⁰ Tienen legitimación todos los Estados miembros de la OEA y no sólo los Estados miembros de la Convención Americana; esto incluye a los que aún no han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH; además están legitimados los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA.

⁶¹ García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 10.

⁶² Opinión consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983, párrafo 43 en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, vol. I, p. 920.

prevención de conflictos y la solución de controversias,” y es que “a través de ellas se establece el sentido de una norma... y se construye una jurisprudencia orientadora”.⁶³ Además estableció que “no debe... olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa...⁶⁴ en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...”⁶⁵ y “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables... es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.⁶⁶ Ruiz Miguel señala que una semejanza entre la jurisdicción y la consulta es que poseen un carácter rogado, es decir, se

⁶³García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴ Opinión Consultiva OC-1/82 “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 24 de septiembre de 1982, párrafo 32, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 895-896.

⁶⁵ Opinión consultiva OC-3/83, párrafo 32, en *ibidem*, pp. 925-926.

⁶⁶ Opinión consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 14 de noviembre de 1997, párrafo 26, en *ibidem*, p. 1083.

actúan a instancia de parte.⁶⁷

Faúndez Ledesma difiere del criterio de la CorteIDH, al sostener que: “en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de Tribunal Constitucional, *sus opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante*, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados Parte de la Convención...”⁶⁸

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución⁶⁹ de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 0421-S-90, número 2313-95 del 19 de mayo de 1995, en donde se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza obligatoria, al menos, para el país que hizo la solicitud de consulta. En este trabajo se comparte esta postura.

A continuación se reflexionará respecto de dos opiniones consultivas de la CorteIDH que conciernen a la temática en estudio.

⁶⁷ Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” en Fix-Zamudio, Héctor, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. II, p. 1345.

⁶⁸ Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, p. 75.

⁶⁹ Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad N° 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.1. Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la asistencia consular

México hizo la solicitud de consulta a la CorteIDH el 9 de diciembre de 1997, preguntando respecto de los detenidos extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con pena capital a los cuales no se les proporciona el derecho a ser informados sobre la asistencia consular que deben proveerles los agentes consulares de su nacionalidad contenido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) y las consecuencias jurídicas para el Estado respecto de la ejecución de dicha pena ante la falta de notificación a que se refiere dicho artículo de la CVRC.

La Opinión Consultiva OC-16/99 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* fue emitida el 1º de octubre de 1999.

La Corte IDH estimó que “... para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...(párrafo 117) el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia... así se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales... y la correlativa prohibición de discriminación (párrafo 119).”

La CorteIDH, distinguió entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y derecho a la asistencia consular. El primero es el “derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, sin dilación, que tiene (sic) los siguientes derechos: 1) el derecho a la notificación

consular; y, 2) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora (art. 36.1.b Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)". Y el derecho a la asistencia consular "es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)".⁷⁰

La Corte IDH opinó:

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden *deberes correlativos a cargo del Estado receptor*.
2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.
3. Que la expresión "sin dilación" utilizada por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1º de octubre de 1999, párrafo 5, en *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001, pp. 32 y 33.

privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad... 6. *Que el derecho individual a la información* establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *permite que adquiera eficacia*, en los casos concretos, el *derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... 7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, *afecta las garantías del debido proceso legal* y, en estas circunstancias, *la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente"*... 8. Que las disposiciones internacionales...deben ser respetadas por los Estados de su estructura federal o unitaria.⁷¹

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares. Ante la CIJ se interpusieron demandas

⁷¹ García Ramírez, Sergio, *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 1095-1097. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998" en *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003, pp. 561-613.

sobre la misma problemática,⁷² las cuales fueron emitidas en fecha posterior a la OC-16/99.

1.2. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos de migrantes irregulares

La Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de mayo de 2002 y emitida el 17 de septiembre de 2003. Esta opinión constituye una interpretación pionera e innovadora frente a los criterios sostenidos domésticamente por algunos de los países de nuestro continente.

Día a día se constatan extremos dramáticos que conmueven, indignan y desafían a la conciencia de la humanidad la cual, en múltiples ocasiones y lamentablemente, permanece impávida. Es ofensivo ver, presenciar, escuchar o vivir las sistemáticas violaciones de los derechos de los migrantes.

En esta tesitura se requiere exaltar la importancia de la OC-18/03 y para ello se retomará el pensamiento de García Ramírez cuando sostiene que:

La opinión consultiva OC-18/03 llena un capítulo importante en la historia consultiva de la CortelDH. Trae a cuentas un hecho notable y apremiante en la *realidad de*

⁷² Sobre los casos ventilados ante la CIJ en materia de asistencia consular (Casos Breard, LaGrand y Avena), véase mi trabajo “Protección de los derechos humanos de migrantes irregulares por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y Perspectivas”, en Morales Sánchez, Julieta, *et. al.* (coords.), *Migración en perspectiva: Fronteras, educación y derecho*, Universidad Pedagógica Nacional, Fundación Académica Guerrerense y

*nuestros países y de otras naciones del mundo, producto de los actuales procesos de movimiento poblacional, que se producen en el marco de las relaciones económicas y sociales y responden a diversas causas, entre ellas la que más interesa a la OC-18: la atracción que la demanda de mano de obra por parte de sociedades desarrolladas ejerce en trabajadores residentes en países con menor desarrollo, que enfrentan condiciones socioeconómicas desfavorables.*⁷³

La OC-18/03 tuvo una amplia participación tanto de Estados Parte como de *amici curiae*. En la opinión consultiva de referencia se analizan temas como: la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, aplicación de dicho principio a los migrantes, derechos de los trabajadores migrantes indocumentados y obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Como ya se mencionó, la Corte IDH ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas, pero en la OC-18/03 también determinó que “todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los

⁷³ García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03...* *op. cit.*, pp. 33 y 34.

Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos” (párrafo 60). Dicha especificación es relevante, ya que aclara el ámbito de aplicación de esta OC, sobre Estados americanos que, a pesar de no haber ratificado la Convención Americana (como es el caso de EUA), están obligados a observar los principios establecidos en la opinión y las normas de jus cogens reconocidas por la comunidad internacional.

En sentido contrario a lo expresado en la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso Hoffman Plastic Compounds a la que más adelante se hará referencia, la CorteIDH precisó que:

...el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular (párrafo 135). Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular (párrafo 136).

Considero que en este párrafo la CorteIDH responde,

quizás indirectamente, a un argumento sostenido por algunos sectores en EUA, en el cual se establece que el maltrato y abuso que sufren los migrantes es parte inherente a su estancia irregular y que si no están dispuestos a soportarlo deben de regresar a sus países de origen. Quienes afirman esto omiten mencionar que los empleadores norteamericanos no tienen ninguna obligación de contratar a migrantes irregulares y sin embargo, lo hacen; y no lo hacen por humanidad, ni por compasión, ni porque la ley se los imponga; lo hacen porque les conviene hacerlo, porque es redituable, además de que dichos trabajadores no están protegidos por la ley norteamericana incluso, después del caso Hoffman, se negaron derechos laborales a las personas por su condición migratoria irregular. Así, la migración irregular responde a una necesidad de la economía de EUA (y de otros países desarrollados). Si los trabajadores migrantes incursionan “ilegalmente”, si se quiere llamar así, al mercado estadounidense es porque dicho mercado los demanda, los requiere y los contrata. Aunque esta situación se haya modificado debido a la recesión existente hoy día.

Dentro de las conclusiones más relevantes de la Opinión Consultiva OC-18/03, para la finalidad de este estudio, se encuentran:

- a) *El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter de jus cogens* (párrafo 101).
- b) Los Estados están obligados a *adoptar medidas* positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (párrafo 104).
- c) *El incumplimiento de estas obligaciones*

genera la responsabilidad internacional del Estado,... Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas (párrafo 109).

d) *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.* 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* (párrafo 118).

e) 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 (párrafo 119).

f) Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus

políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Como posición opuesta a la sostenida en la OC-18/03 se encuentra la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board* (NLRB) de 27 de marzo de 2002, en la que se sostuvo que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato debido a que era migrante irregular,⁷⁴ es decir,

⁷⁴ La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los EUA, que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Cfr. "Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y otros", en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03...*, op. cit., pp. 97-103. Además dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que: "...la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos

no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante indocumentado ni ordenó indemnización o compensación alguna a favor del trabajador. En la resolución se afirmó que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB reconocer el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales perjudicaría la política federal de inmigración, mientras que la opinión de la minoría estableció que la decisión adoptada debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. Esta decisión niega un conjunto de derechos que son inherentes a los trabajadores y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Frente a resoluciones como la anterior, resalta la necesidad de que la jurisprudencia de la Corte IDH tenga un papel primordial y rector al interior de los Estados americanos tanto en su actividad judicial como legislativa y administrativa.

Sin embargo, de forma complementaria a la recepción de la OC-18/03, es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia. García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarlas, *sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado*”.⁷⁵ Es importante prestar atención a este rubro y buscar los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los migrantes irregulares. Es necesario que la denuncia o querrela exista y llegue al juzgador, para que éste pueda

interpretar y aplicar el derecho siguiendo las directrices establecidas en la Opinión Consultiva OC-18/03.

2. Función Contenciosa

Señala García Ramírez que “la función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso...y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: notio, vocatio, coertio, iudicio y executio.” La CorteIDH ha sostenido que “la jurisdicción contenciosa...se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos”.⁷⁶

La función contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana. El reglamento CorteIDH (artículos 32 a 59) explica a detalle cual

fundamentales de todos los trabajadores migratorios...” y violenta el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr.* Brooks, Tekila, “Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte”, en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, León, 2000, p. 38.

⁷⁵ García Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, México, 2005, p. 55.

⁷⁶ Opinión consultiva OC-14/94 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 9 de diciembre de 1994, párrafo 49, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 1031.

debe ser el desarrollo del proceso contencioso ante la CorteIDH. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo (artículo 67 Convención Americana). Así, el artículo 59 del Reglamento de la CorteIDH brinda la oportunidad de interponer una demanda de interpretación de las sentencias de fondo o de reparaciones, indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida; lo anterior no suspende la ejecución de la sentencia. En este rubro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la interpretación de un fallo implica la precisión de su texto no sólo en cuanto a sus puntos resolutivos sino también en cuanto a la determinación de su alcance, el sentido y finalidad de sus consideraciones, pero es claro que la interpretación de una sentencia no puede modificar los aspectos que tienen carácter obligatorio.⁷⁷

Normas de interpretación

En materia contenciosa, la CorteIDH puede aplicar directamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la Convención Americana; lo cual brinda un ámbito de interpretación más amplio, siguiendo el principio *pro homine*. Entre los instrumentos mencionados se encuentran: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

⁷⁷ Véase Caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 15 y 18, en *ibidem*, p. 222.

de San Salvador); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁸ de 9 de diciembre de 1985 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁷⁹ de 9 de junio de 1994. Otros instrumentos sólo pueden ser considerados por la CortelDH a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, es decir, la CortelDH los retoma para su análisis y argumentación pero no los puede aplicar directamente, entre esos instrumentos están: Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁸⁰ de 18 de diciembre de 1992; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁸¹ de 10 de diciembre de 1984; Convenios de Ginebra de 1949;⁸² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸³ de 16 de diciembre de 1966; Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁴ de 20 de noviembre de 1989.

⁷⁸ *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafos 157 y 217-223, *ibidem*, pp. 479 y 494-496; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafos 185- 191; y *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 247-252 en *ibidem*, pp. 433-434 y 514-515 respectivamente.

⁷⁹ *Caso Blake*, sentencia de 2 de julio de 1996, párrafo 36 en *ibidem*, p. 328 y *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 126 en *ibidem*, p. 471.

⁸⁰ Véase *Caso Blake*, *cit*, párrafo 97 en *ibidem*, p. 339.

⁸¹ *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafo 156 en *ibidem*, p. 479.

⁸² *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafos 205-209 en *ibidem*, pp. 491-492.

⁸³ *Caso Villagrán Morales y otros*, *cit*, párrafo 145 en *ibidem*, p. 508.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafos 188 y 194-196 en *ibidem*, pp. 515-518.

En virtud de su función consultiva y contenciosa, Ferrer Mac-Gregor sostiene que la CorteIDH “se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno... (su) objetivo central consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior*”.⁸⁵

2.1. Caso Yean y Bosico

La CorteIDH, en su sentencia⁸⁶ de 8 de septiembre de 2005, sobre el caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, retomando los criterios asentados en la OC-18/03, señaló:

155...que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio

⁸⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, t. I, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 535.

⁸⁶ Esta sentencia tiene como antecedente la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH ya referida. La CorteIDH en este caso contencioso resolvió que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Y que el Estado violó también los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su *calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*
- b) *el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y*
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

VI. LA AGENDA PENDIENTE EN MÉXICO

México, al igual que muchos países americanos, enfrenta una realidad nacional diferenciada. Según la

Encuesta Nacional de Ingreso y Gasto de los Hogares (ENIGH) del INEGI 2006, el ingreso de la población más rica es 15.1 veces superior al que perciben los habitantes más pobres; así, los ingresos de la décima parte de la población más rica, superan a los que obtuvieron en conjunto 63 millones de habitantes.⁸⁷ Este factor ha sido uno de los detonantes que llevan a las personas a migrar en busca de empleo y mejores condiciones de vida.

En el contexto anterior, el fenómeno migratorio en México se torna complejo debido a que es un país de origen, tránsito y destino de personas migrantes. La frontera sur consta de 1138 kilómetros, de los cuales 962 colindan con Guatemala y 176 con Belice. Pese a que en el discurso se proclama el respeto a los derechos humanos de los migrantes, la realidad muestra la violación sistemática a dichos derechos.⁸⁸

⁸⁷Véase <http://www.inegi.gob.mx/inegi/default.aspx?c=11430&pred=1&s=est> (fecha de consulta: 25 de agosto de 2008). El Estado Mexicano es considerado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como un país de desarrollo humano alto ya que ocupa el lugar 52 a nivel mundial; además, es el único país latinoamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A pesar de lo anterior, en México existen diversos problemas y circunstancias sociales y, especialmente, económicas, que pueden constituir el origen de la decisión de emigrar. Véase http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/español/pdf/HDR05_sp_HDI.pdf y <http://www.undp.org.mx/Doctos/Publicaciones/idhcompleto.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2008).

⁸⁸ Sobre la situación de los derechos humanos de migrantes en México, véase mi trabajo "Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos" en *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 3, número 7, México, 2008, pp. 101-137.

A nivel internacional y como se analizó, México ha sido un activo defensor de los derechos de migrantes, tanto con la solicitud de dos opiniones consultivas a la CortelIDH como con el caso Avena ante la CIJ; sin embargo, al Estado mexicano le ha faltado congruencia para garantizar al interior de su territorio los derechos que ha defendido internacionalmente. Para dar sólo un ejemplo, según recomendaciones⁸⁹ de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en México se niega el derecho a la información sobre la asistencia consular a migrantes irregulares, esto lleva a cuestionar la congruencia del Estado mexicano ya que, como se mencionó, ha sido uno de los países defensores de este derecho en la jurisdicción internacional y regional.

Las autoridades mexicanas siguen vulnerando derechos humanos de migrantes: la trata de personas confluye en el escenario del tráfico ilícito de migrantes, mujeres, niñas y niños son objeto de abusos, explotación laboral y sexual, violaciones y trabajos forzosos, etcétera. Mientras que la población mexicana sigue indiferente.

En el Informe de Actividades de la CNDH del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, se establece que de las 114 autoridades a las que se les dirigieron las 70 recomendaciones emitidas en el 2007, la Comisionada del Instituto Nacional de Migración (INM) ocupó el primer lugar, con 8 recomendaciones dirigidas a esta institución.

La CNDH en sus Recomendaciones 214/1993, 23/2004, 48/2004, 05/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006, 33/2006, 01/2007, 17/2007, 25/2007, 29/2007, 35/2007, 36/2007, 63/2007, 64/

⁸⁹ Véase, entre otras, las recomendaciones 24/2005 y 23/2006.

2007, 65/2007, 06/2008, 24/2008, 28/2008, 40/2008 y 1/2009 ha reflejado constantes violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares. Frente a lo anterior, se requiere la creación de una cultura de respeto a los derechos humanos, la capacitación del personal de las instituciones policiales y del INM relativa al respeto a los derechos de migrantes, la erradicación de la corrupción y la acción decidida de la población mexicana que no puede seguir permaneciendo inerte ante las ofensivas violaciones de derechos humanos que se producen cotidianamente en México.

El 21 de julio de 2008, se publicó la reforma a la Ley General de Población por la que se despenaliza la migración irregular en México. Aunque dicha reforma es relevante, tardó mucho tiempo en producirse y no fue integral, por lo cual es insuficiente.⁹⁰

Sin embargo, la problemática y el origen de la migración irregular radican en problemas estructurales. Con la sola reforma, difícilmente se mejorará la situación que enfrentan cada día las personas migrantes irregulares. Quizás éste sea uno de los ejemplos más claros de que los cambios legislativos no influyen determinadamente en la vida de la sociedad y dificultosamente la modifican. Empero, el impacto de esta reforma no podrá visualizarse sino hasta dentro de algún tiempo; pero no se puede perder de vista que los derechos humanos de las personas migrantes no pueden

⁹⁰ Sobre esta reforma, véase mi artículo “Despenalización de la migración irregular en México. Análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008” en Morales Sánchez, Julieta *et. al.* (coords.), *Temas de Migración y Derecho*, Universidad Autónoma de Sinaloa, Universidad Autónoma de Chiapas, Fundación Académica Guerrerense, México, 2008, pp. 105-138.

esperar.

En México más de la mitad de la población vive en la pobreza. Y la pobreza es *causa* de violación de los derechos humanos, porque las personas que viven en condiciones de pobreza están en situaciones de vulnerabilidad. La pobreza es también *efecto* de la violación de los derechos humanos, porque al negarle, limitarle o menoscabarle al ser humano derechos como el trabajo, un salario adecuado, salud, educación, vivienda digna se le está condenando a la pobreza.⁹¹ “...Desde la perspectiva de los derechos humanos se entiende que la pobreza es más que la insuficiencia de ingresos. Se trata de un fenómeno multidimensional gestado por estructuras de poder que reproducen estratificación social y una visión excluyente que discrimina a vastos sectores (de personas)...”.⁹²

El derecho que existe actualmente en México, en lo que concierne a derechos humanos de migrantes irregulares es deficiente, ineficaz y, en muchas ocasiones, inhumano. La realidad argumentada anteriormente lo demuestra. En México están fallando la legislación, las políticas públicas y la interpretación jurisdiccional, por ello las cosas en vez de mejorar se tornan más complejas. Lamentablemente, ha hecho falta voluntad política para reconstruir el derecho, en lo que concierne a migrantes irregulares, sobre la base de

⁹¹ Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *Políticas públicas regionales sobre reducción de la pobreza en Centroamérica y su incidencia en el pleno disfrute de los derechos humanos. Informe Regional*, Instituto Interamericanos de Derechos Humanos, Agencia Danesa de Cooperación Internacional, Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, San José, 2008, p. 33.

la dignidad humana. Ha hecho falta reconocer que, independientemente de su estatus migratorio, los migrantes son seres humanos y poseen dignidad inherente la cual debe de respetarse; ha hecho falta una concepción humana del derecho. Solamente una concepción del derecho al servicio del ser humano puede justificarse.

Las autoridades mexicanas deben tener presente que “las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”.⁹³

En el ámbito interamericano, algunos Estados han consagrado constitucionalmente la preeminencia de la persona y la importancia de la protección de los derechos humanos; como ejemplos están las Leyes Fundamentales de: Guatemala,⁹⁴ Ecuador,⁹⁵ Costa Rica,⁹⁶ Perú⁹⁷ y El Salvador.⁹⁸

⁹³ Versión resumida de Alexy sobre la fórmula de Radbruch. Alexy, Robert, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, p. 269.

⁹⁴ Cuyo Preámbulo afirma la “primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” e impulsa la “plena vigencia de los derechos humanos”.

⁹⁵ Establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” (artículo 17 constitucional).

⁹⁶ “Es función primordial del Estado fortalecer la unidad nacional, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes” (artículo 2 constitucional).

⁹⁷ “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 constitucional).

En México esto no ha sido así. En el año 2007 y 2008 se desarrolló el proceso de la Reforma del Estado conducido por la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos, pero sus trabajos en materia de derechos humanos fracasaron; por lo que aún subsisten deficiencias conceptuales y pragmáticas en nuestro texto constitucional.

Como se mencionó, la población mexicana no sólo debe de defender los derechos de migrantes porque es lo justo y necesario, sino porque la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos.

El reto es grande ya que el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos para todas las personas aún parece una utopía difícil de realizar. Sin embargo, hay que actuar, ya no podemos seguir esperando.

VII. RETOS Y PERSPECTIVAS

Diffícilmente se podría hablar de “conclusiones” en un tema como el de la migración, es por ello que decidí denominar este apartado como retos y perspectivas. Trataré de sistematizar de la mejor manera posible algunas ideas (nunca acabadas, ni definitivas) sobre la temática en estudio:

1. Los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados en diversas partes del mundo, incluyendo a México. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo)

⁹⁸ “Reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” (artículo 1 constitucional).

de los derechos humanos. Por lo que se evidencia que no bastan las jurisdicciones internas de los Estados para asegurar el respeto a los derechos de sus nacionales, y menos de los extranjeros, que se encuentran en su territorio.

2. Los migrantes irregulares no son delincuentes, ni atentan contra la soberanía de los Estados. El goce y ejercicio de los derechos humanos no puede estar condicionado por la nacionalidad, ciudadanía ni estatus migratorio.

3. Entre otros factores, la pobreza impide que los derechos humanos sean universales. La pobreza ha excluido a vastos sectores de población del goce y ejercicio de sus derechos por lo que la migración se erige, en ocasiones, como la única opción. La desintegración familiar por migración y el alto número de niñas y niños migrantes son rubros desatendidos por los Estados y por el Derecho.

4. En virtud de que en este estudio se sostuvo que las opiniones consultivas sí son vinculantes para los países que hicieron la solicitud de opinión y en un ejercicio de congruencia, se reitera que México debe de garantizar a todos los migrantes irregulares su derecho a la información sobre la asistencia consular, con base en los criterios asentados en la OC-16/99 de la CortelDH.

5. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CortelDH, se debe enfatizar que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando sus leyes de inmigración no supone la pérdida de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus políticas de migración y deportar a los migrantes indocumentados; pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tiene el individuo: su vida, libertad y dignidad. Hay que

censurar las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella. Es indispensable que la OC-18/03 de la CortelDH sea retomada al interior de los Estados americanos, no se puede permitir que dicho esfuerzo internacional quede en el olvido, por el contrario, debe ser difundido y servir como un instrumento en la protección de derechos de los migrantes.

6. Es urgente que las naciones diseñen mecanismos más accesibles de denuncia para migrantes irregulares. El que los Estados, en todos los ámbitos y niveles de gobierno, desarrollen una cultura de respeto a los derechos humanos es importante, sin embargo es insuficiente si no se les garantiza a los migrantes el acceso a la justicia. Los poderes públicos deben de garantizar e interpretar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en los territorios de los países americanos, no sólo por efecto de su derecho interno, sino también por los compromisos internacionales contraídos en ejercicio de su soberanía.

7. En México, la agenda pendiente en materia de migración empieza con un ejercicio de congruencia entre la actuación internacional e interna del Estado mexicano y con el respeto a los compromisos internacionales contraídos a través de la ratificación de tratados. Es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno, tanto por las autoridades como entre particulares. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.