

MIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHOS EN AMÉRICA: ANÁLISIS COMPARADO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Julieta MORALES SÁNCHEZ¹

I. MIGRACIÓN

La migración es actualmente un fenómeno complejo por heterogéneo y plural: no existe un tipo homogéneo de “migrantes”; los proyectos migratorios no son unívocos, sino que varían en función de los presupuestos, los mecanismos de desplazamiento o los objetivos de esos proyectos o aspiraciones de la persona migrante; existen procesos migratorios en rutas más o menos definidas, pero además existen diferencias en los mecanismos y características de los desplazamientos migratorios —rutas y las redes de desplazamiento e inserción—; son diversos los países de origen pero también son distintas las políticas, legislación e interpretación de los derechos en cada uno de ellos; varían los presupuestos, las necesidades, las condiciones y las causas de los desplazamientos migratorios, es decir, los factores de impulso (desde el origen) y de atracción (desde el destino).

La migración es un fenómeno que ha existido desde tiempos remotos en la historia de la humanidad; sin embargo, durante el pasado y el presente siglo se han suscitado —o agudizado— problemáticas específicas en torno a ella.

Diversos instrumentos internacionales consagran a la emigración como un derecho humano; a manera de ejemplo se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a circular libre-

¹ Investigadora del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM. Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctora en Derecho con Mención Honorífica por esta misma Facultad. Cuenta con el Diploma de Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y con el Título de Especialista en Derechos Humanos por esta misma Universidad. Miembro fundadora del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Investigadora Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

mente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado... toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país” (artículo 13). Disposición similar se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, se consagra el derecho a emigrar, pero no a inmigrar.² La inmigración sólo es posible si existe un país al que pueda ingresar el emigrante y sólo es legal si las normas del país receptor la reconocen como tal.

Aunque las causas de la migración son múltiples; asimismo, la migración puede ser regular (documentada)³ o (irregular o indocumentada).⁴ El presente estudio se centrará en la migración irregular por motivos económicos.

II. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y MIGRACIÓN

Las mujeres emergen a la vida pública en tiempos históricos relativamente recientes, ello pone en evidencia las desigualdades existentes y la discriminación de la que son objeto. En este contexto, las instancias internacionales inician un proceso de reconocimiento y garantía de los derechos de las mujeres, el cual se extiende a diversos países que introducen reformas constitucionales y legales a fin de hacer exigibles y justiciables los derechos de este grupo de personas. A pesar de los esfuerzos realizados aún quedan muchos retos por superar. Hoy día las mujeres ocupan las posiciones más bajas en desarrollo humano y se debe de reconocer que en la base de esta desigualdad se encuentran la discriminación de género, los estereotipos y los roles que han sido asignados culturalmente a las mujeres en cada sociedad.

² Ya que permitir el regreso al país del que una persona es nacional, no implica el reconocimiento internacional del derecho a inmigrar.

³ El artículo 5o. inciso a), de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (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.

⁴ El artículo 3o. inciso b) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional señala que “por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor”. El artículo 5o. 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. Para ahondar en este rubro *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, 2012, *passim*.

Dentro de la teoría de género es posible distinguir las diferencias entre los conceptos de sexo y género, con sus respectivas implicaciones. “Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos... Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo” (West, 2000: 29).

Así, en toda sociedad existen una serie de creencias, ideas, atribuciones sociales, normas, valores y deberes diferenciales entre mujeres y hombres que se construyen socialmente a partir de las diferencias anatómicas del orden sexual. Esta construcción social y cultural, a la cual denominamos género, no es lineal ni estática, más bien se encuentra en constante transformación y se crea y reproduce a través de los medios de comunicación, las instituciones, los grupos religiosos, la familia, etcétera. A través de estos mecanismos se consolidan los roles⁵ y estereotipos de género.⁶

En este marco, la perspectiva de género es una nueva visión gracias a la cual se puede identificar y visualizar los impactos diferenciales que las políticas públicas, legislación y decisiones jurisdiccionales tienen en mujeres y hombres.

La perspectiva de género es un instrumento de análisis que además aporta criterios para la definición de políticas y estrategias que aseguren la estructuración y funcionamiento del aparato público en correspondencia

⁵ Conjunto de tareas y funciones que se asignan a mujeres y hombres en una sociedad dada y en un momento histórico concreto. Así, se puede hablar de una división cultural del trabajo determinada por el género y por la cual a las mujeres les corresponde el cuidado de los hijos y la casa, confinándola a la vida privada, y a los hombres se les otorga el carácter de “proveedor” y se les permite y exige la participación en la vida pública. Esto es, se hace una distribución de tareas y funciones con base en una construcción cultural de lo que implica ser mujer y ser hombre, usando como pretexto la diferencia biológica. Agencia Española de Cooperación Internacional, http://www.mueveteporlaigualdad.org/docs/una_vision_de_genero_esp.pdf

⁶ Ideas preconcebidas y arraigadas en cada sociedad que determinan las conductas, comportamientos y actitudes que deben tener las personas en función del grupo de pertenencia. Los estereotipos al igual que los roles se producen desde la niñez, en los medios de comunicación, la escuela, la familia y por ello llegamos a creer que son naturales; sin embargo, los roles y los estereotipos son culturales y no vienen determinados biológicamente. En el caso de la maternidad de las mujeres, que sí está determinada biológicamente, el problema radica en la adjudicación de roles que se han atribuido a la mujer en torno a este suceso. Así, en algunos países generalmente se le encomiendan a ella todas las responsabilidades familiares, cuando éstas deben de ser compartidas entre el padre y la madre.

con las demandas y necesidades diferenciales de mujeres y hombres, por lo que es útil particularmente en el ámbito migratorio.

Más aún, la categoría de género integra otros ejes de desigualdad, como la etnia, orientación sexual, clase social, edad y discapacidad. Así, los mecanismos de “opresión” de género se interrelacionan y se cruzan con las “opresiones” de clase, raza/etnia u orientación sexual, que aun con elementos comunes afectan de forma diferencial. Es pertinente recordar que el género es un concepto relacional e incluyente de mujeres y hombres.

Pero también hay que enfatizar, como lo hace Gloria Bonder, que el género es una categoría de análisis de todos los procesos y fenómenos sociales y no se puede reducir a una cuestión de identidades y roles.⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por su parte, ha señalado que la reflexión “con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana”.⁸ Así, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan.⁹

La perspectiva de género es, entonces, una herramienta que permite acercarnos a la igualdad entre mujeres y hombres y por ello se debe transversalizar, es decir, incorporarla en todos los procesos públicos —pero también privados, posiblemente a través de la educación— a fin de que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. Ninguna política ni programa debe partir de “universales” que en realidad son masculinos.

⁷ Bonder, Gloria, *Género y subjetividad: avatares de una relación no evidente*, http://www.iin.oea.org/IIN/cad/taller/pdf/M%C3%B3dulo%204%20%20Genero_y_subjetividad_Bonder.pdf

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras “Campo algodonero”*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, pfo. 540. En adelante, todas las sentencias internacionales se entenderán emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que se especifique otra fuente.

⁹ *Ibidem*, pfo. 401.

Existen datos duros que evidencian esta desigualdad entre los géneros aún persistente en el siglo XXI (García Ramírez y Morales Sánchez, 2012: 5 y 6).

Es complicado entender cómo se invisibiliza o legitima la desigualdad de género o identificar los mecanismos que la reproducen.

La invisibilidad y la naturalización de la desigualdad de género explica el hecho de que en muchos casos las instituciones del Estado —tanto lo que hace al Poder Ejecutivo, como en el Poder Legislativo y el Poder Judicial— ignoren las diferencias de roles, realidades y necesidades entre mujeres y hombres, lo que se traslada a las políticas públicas, legislación e interpretación jurisdiccional y limita la garantía de los derechos humanos. Esto se agudiza frente a la vulnerabilidad que enfrentan las personas migrantes.

Para modificar el paradigma cultural vigente en las sociedades patriarcales es necesario empoderar a los grupos desfavorecidos por la estructura prevaleciente.

Hay un último aspecto que es de abordaje obligatorio: el lenguaje incluyente (género-sensitivo) opuesto al lenguaje sexista. Según el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación de México, el lenguaje sexista se puede “ubicar como una forma de discriminación indirecta, cuyo efecto inmediato y tangible no es el de restringir el acceso de las personas y los grupos a los derechos y a las oportunidades, pero sí contribuye a legitimar y naturalizar la existencia de menores derechos y oportunidades para las mujeres”.¹⁰

¹⁰ 10 criterios básicos para eliminar el lenguaje sexista en la administración pública federal, CONAPRED, 2007, <http://www.pueblacapital.gob.mx/work/sites/pue/pdf/10.pdf>. En contra del uso de lenguaje incluyente, *cfr.* Bosque, Ignacio del, *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*, el cual fue suscrito por el pleno de la Real Academia Española en marzo de 2012. En dicho informe se afirma: “El propósito último de las guías de lenguaje no sexista no puede ser más loable: contribuir a la emancipación de la mujer y a que alcance su igualdad con el hombre en todos los ámbitos del mundo profesional y laboral. Intuyo que somos muchos —y muchas— los que pensamos que la verdadera lucha por la igualdad consiste en tratar de que esta se extienda por completo en las prácticas sociales y en la mentalidad de los ciudadanos. No creemos que tenga sentido forzar las estructuras lingüísticas para que constituyan un espejo de la realidad, impulsar políticas normativas que separen el lenguaje oficial del real, ahondar en las etimologías para descartar el uso actual de expresiones ya fosilizadas o pensar que las convenciones gramaticales nos impiden expresar en libertad nuestros pensamientos o interpretar los de los demás”. <http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000011.nsf/voTodosporId/8A2D12812A66E09FC12579B6005787A2?OpenDocument&i=6> y [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000040.nsf/\(voanexos\)/arch50C5BAE6B25C8BC8C12579B600755DB9/\\$FILE/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer.pdf](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000040.nsf/(voanexos)/arch50C5BAE6B25C8BC8C12579B600755DB9/$FILE/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer.pdf)

Si los servidores públicos están más conscientes de las desventajas que enfrentan las mujeres y de las situaciones que tienen que afrontar los hombres, entonces podrán tomar acciones concretas para corregir las desigualdades.

Actualmente nos enfrentamos a una realidad de feminizaciones: feminización de la pobreza, feminización de la migración, feminización del VIH-SIDA, etcétera. Estas graves feminizaciones no se producen espontáneamente; son resultado de una cultura institucional y social que excluye y restringe —de forma estructural— las oportunidades de las mujeres.

III. SITUACIÓN INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN

La Organización Internacional para las Migraciones estima que a nivel mundial existen 214 millones de migrantes internacionales.¹¹ El número total de migrantes internacionales ha aumentado en los últimos diez años y ha pasado de 150 millones en 2000 a 214 millones en la actualidad.¹² 49% de los migrantes en el mundo son mujeres. Las remesas han aumentado exponencialmente: de 132 mil millones en 2000, han alcanzado unos 414 mil millones de dólares en 2009, y ello a pesar de registrar una ligera disminución debido a la crisis económica vigente.¹³ En 2009, los principales países beneficiarios de remesas fueron la India, China, México, Filipinas y Polonia.¹⁴ En este punto es relevante tener presente la carga cultural que llevan consigo las mujeres migrantes, las cuales han desafiado el estereotipo familiar. Quizás esto haga que sean las mujeres migrantes las que mantienen con más fuerza sus lazos familiares en el país de origen y quienes envían remesas por más tiempo y en mayor volumen.¹⁵

¹¹ OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo en 2010*, <http://www.publications.iom.int> y <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/lang/es>

¹² Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente total de migrantes: La revisión de 2008, <http://esa.un.org/migration>

¹³ *Datos sobre Migración y Remesas 2011 del Banco Mundial*, <http://go.worldbank.org/QGUCPJTOR0>

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/NEWSSPANISH/0,,contentMDK:21594710~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:1074568,00.html>

IV. CAUSAS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

Sin duda, se puede afirmar que la migración económica indocumentada tiene orígenes estructurales: políticas de Estado que generan desempleo o subempleo —o al menos no lo combaten—, acciones que refuerzan la pésima distribución de la riqueza prevaleciente en muchos países del continente, bajos niveles educativos, paupérrimas condiciones de vida, son sólo algunos de ellos.

Y en ese contexto las personas pobres tienen escasa o nula voz para reclamar el goce y ejercicio de sus derechos. En forma similar, los agentes del Estado, los protagonistas en las tomas de decisiones —ya sean políticas, legislativas o jurisdiccionales— difícilmente los ven o dirigen políticas públicas eficaces para su bienestar. Más bien se destinan a ellos políticas asistenciales en tiempos electorales.

Claramente la solución a los problemas estructurales de los países de origen de migrantes excede los alcances y objetivos de este trabajo; pero se asentarán algunas ideas que contribuyan a la reflexión sobre el tema.

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%.¹⁶ 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.¹⁷

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: “quienes migran, resistiendo a la marginación, abandonan su país huyendo de la miseria a la búsqueda de mejores condiciones de vida o esperando encontrar un mínimo de vida digna” (Pérez Tapias, 2007: 143).

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

¹⁶ <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/0,,contentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html>

¹⁷ *Idem.*

a los traficantes (comúnmente llamados polleros) es un consentimiento viciado. Viciado por una estructura de Estado con políticas insuficientes en materia de educación y empleo; motivado por la creencia 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.

También se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados, si es que aún existe. La migración indocumentada 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. Por el solo hecho de ser migrantes irregulares, las personas no son delincuentes, ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,¹⁸ simplemente buscan una vida mejor.

En conclusión, se estima que la migración irregular no constituye un atentado contra la soberanía, sino que se deberá configurar como una falta administrativa, una infracción a las leyes y políticas de inmigración de los Estados que en ningún caso, ni bajo ninguna hipótesis, justifica la violación de los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

Desde las Naciones Unidas se ha recomendado que las legislaciones nacionales califiquen la entrada ilegal a un país como falta administrativa

¹⁸ 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 terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos. A este respecto la CIDH ha establecido que “entre las personas vulnerables a violaciones de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas están las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son ciudadanos, incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución. La experiencia indica que las iniciativas internas e internacionales de los Estados en la lucha contra el terrorismo con frecuencia tienen efectos directos y negativos en los derechos e intereses de los extranjeros”. *Los derechos humanos de los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas*, extractos seleccionados del *Informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre de 2002, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf>

y no como delito.¹⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en contra de la criminalización de la presencia de migrantes irregulares o indocumentados señalando que

la detención de migrantes debe ser utilizada como un mecanismo excepcional, y los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que se basen en la presunción de libertad. Asimismo, la penalización del transporte o alojamiento de migrantes podría obstaculizar de forma indebida las labores de asistencia y protección de las defensoras y defensores de los derechos humanos de las personas migrantes.²⁰

Asimismo, la Comisión recuerda que

el derecho internacional reconoce que los países pueden establecer mecanismos para controlar el ingreso y la salida de extranjeros de su territorio. Asimismo, establece que las acciones en este sentido deben realizarse dentro del pleno respeto a los derechos de las personas afectadas, y que la observancia de principios fundamentales como la no discriminación y los derechos a la libertad e integridad personal no pueden subordinarse a la implementación de los objetivos de las políticas públicas.²¹

En su Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la CIDH señaló que los derechos de los trabajadores migratorios indocumentados surgen de su condición de trabajadores y no del estatus migratorio de la persona. Asimismo, la Corte señaló que “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna” (pfo. 133).

En el caso *Vélez Loor*, la CIDH ha sostenido:

Como ya fue establecido, los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de

¹⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, pfo. 83, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7042.pdf?view=1>

²⁰ Comunicado de Prensa 63/2011, *CIDH expresa preocupación por nueva ley sobre inmigración en Alabama, Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/063.asp>

²¹ *Idem*.

detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y a tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, —la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias. Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que— [l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo. En el presente caso, la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.²²

Finalmente, se debe recordar que los derechos derivan de la dignidad humana, lamentablemente están siendo supeditados, en su 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.

Aunque la CIDH ha reconocido que la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos, también sostiene el carácter imperativo del principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y del principio de no discriminación.²³

²² Caso *Vélez Loor*, sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 218, pfo. 169.

²³ La CIDH “entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado... (pfo. 136). La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, *la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos* (pfo. 137)... La Corte considera que *el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación* determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las *medidas afirmativas* necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas (pfo. 141)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las niñas *Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130, pfos. *supra* señalados.

VI. DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES A LA LUZ DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

A continuación se analizarán algunos derechos de personas migrantes irregulares en el Derecho comparado e internacional empleando la perspectiva de género a fin de determinar las necesidades específicas de las mujeres migrantes.

1. *Privación arbitraria de la vida*

La jurisprudencia interamericana ha establecido que el derecho a la vida, presupuesto para el ejercicio de los demás derechos,²⁴ no está sujeto a suspensión y debe ser amparado por salvaguardas prácticas y efectivas.²⁵ Por ende, los Estados deben generar las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones a este derecho e impedir que sus agentes (particularmente los cuerpos de seguridad, a quienes se confía el uso legítimo de la fuerza) atenten contra él. El artículo 4o. de la Convención Americana, que prohíbe la privación arbitraria de la existencia (obligación negativa), también requiere que los Estados adopten *todas las medidas* conducentes a proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).²⁶

Entre las medidas que debe proveer el Estado, en virtud de la obligación a su cargo de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, se encuentra tanto el “establecimiento de un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares”, como la salvaguarda del “derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna”.²⁷

Vinculado al uso legítimo de la fuerza y límites al ejercicio del poder público, los Estados tienen la obligación de crear y garantizar las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de derechos humanos en

²⁴ Cfr. Caso *Escué Zapata*, sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 165, pfo. 40; caso *Zambrano Vélez*, sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 166, pfo. 78; caso *Albán Cornejo y otros*, sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo Reparaciones y Costas), serie C, núm. 171, pfo. 117.

²⁵ *Ibidem*, pfo. 79.

²⁶ Cfr. Caso *Escué Zapata*, *cit.*, pfo. 40; caso *Zambrano Vélez y otros*, *cit.*, pfos. 79 y 80; caso *Kawas Fernández*, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 196, pfo. 74.

²⁷ Cfr. Caso *Escué Zapata*, *cit.*, pfo. 40; caso *Zambrano Vélez y otros*, *cit.*, pfo. 81.

el ámbito de su jurisdicción. Esta obligación considera tanto la violación proveniente de agentes del poder público como el ataque en que incurran los particulares.²⁸ Implica que el despliegue de las acciones del Estado esté sujeto a límites precisos.²⁹

Como se dijo anteriormente, la Corte Interamericana ha señalado que “si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales”.³⁰ La función primordial del Estado es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias.³¹ Esta obligación se agudiza en el caso de las personas migrantes irregulares.

La Corte Interamericana ha destacado la importancia de formar y capacitar a los miembros de los cuerpos armados y de seguridad para el debido ejercicio de sus atribuciones, dotándoles de entrenamiento adecuado. Por ello es necesario limitar rigurosamente la actuación de las fuerzas armadas en materia migratoria ya que el entrenamiento que éstas reciben se concentra en la derrota del enemigo, no en la protección y el control de civiles,

²⁸ Cfr. Casos: *Baldeón García*, sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 147, pfo. 83; *Masacres de Ituango*, sentencia de 1o. de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 148, pfo. 129; *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 150, pfo. 64; *Penal Miguel Castro Castro*, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 160, pfo. 237.

²⁹ Cfr. Caso *Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), serie C, núm. 68, pfo. 69; caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), serie C, núm. 70, pfos. 143 y 174; y caso *Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 99, pfo. 111.

³⁰ Cfr. Casos *Juan Humberto Sánchez*, *idem*; *Bámaca Velásquez*, *cit.*, pfos. 143 y 174, y *Durand y Ugarte*, *cit.*, pfo. 69.

³¹ Cfr. Casos: *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), serie C, núm. 4, pfo. 154; *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), serie C, núm. 5, pfo. 162; *Neira Alegria y otros*, sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), serie C, núm. 20, pfo. 75; *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 52, pfos. 89 y 204; *Durand y Ugarte*, *cit.*, pfos. 68 y 69; *Bámaca Velásquez*, *cit.*, pfos. 143 y 174; *Baena Ricardo y otros*, *cit.*, pfo. 126; *Caracazo*, sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), serie C, núm. 95, pfo. 127; *Juan Humberto Sánchez*, *cit.*, pfos. 86 y 111; *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 100, pfo. 124; *Lori Berenson Mejía*, *cit.*, pfo. 91; y *Montero Aranguren y otros*, *cit.*, pfo. 70.

como es propio de los entes policiales.³² Asimismo, hay que recordar que en ningún caso puede operar la jurisdicción militar para conocer de violaciones a derechos humanos.³³ Sólo es admisible el ejercicio de la jurisdicción castrense con respecto a militares en ejercicio y en lo que concierne a ilícitos estrictamente vinculados a la función militar.³⁴ Esto ya ha sido reiterado por la Suprema Corte de Justicia en México (García Ramírez y Morales Sánchez, 2012: 245-274).

Ahora bien, es sabido que los Estados responden por las acciones y las omisiones de sus agentes, realizados al amparo de su desempeño oficial, como también cuando actúan fuera de los límites de su competencia o contravienen el derecho interno. Deben velar, especialmente, por el respeto al derecho a la vida por parte de los cuerpos de seguridad pública, a los que se atribuye el uso de la fuerza legítima.³⁵ Los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, así como para prevenir y sancionar ejecuciones arbitrarias cometidas por miembros de sus propias fuerzas de seguridad;³⁶ esta situación se agrava cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos³⁷ tal y como sucede en el caso de migrantes.

³² La Corte Interamericana ha determinado “que los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas... puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”, caso *Montero Aranguren y otros*, cit., pfo. 78.

³³ Caso: *Radilla Pacheco*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 209, pfo. 273; *Fernández Ortega y otros*, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 215, pfo. 176; *Rosendo Cantú y otra*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 216, pfo. 160; *Cabrera García y Montiel Flores*, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 220, pfos. 197 y 198.

³⁴ Cfr. Caso *Radilla Pacheco*, *ibidem*, pfos. 273-275.

³⁵ Cfr. Casos: *Bámaca Velásquez*, cit., párr. 172; *Juan Humberto Sánchez*, cit., pfo. 111; *Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 101, pfo. 139; *Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 110, pfo. 128; “*Masacre de Mapiripán*”, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, pfo. 232; *Baldeón García*, cit., pfo. 87; *Montero Aranguren y otros*, cit., pfos. 65 y 66; *Servellón García*, sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 152, pfo. 102; y *Penal Miguel Castro Castro*, cit., pfo. 238.

³⁶ Cfr. Casos “*Masacre de Mapiripán*”, cit., pfo. 232; y *Baldeón García*, cit., pfo. 87.

³⁷ Cfr. Casos *Myrna Mack Chang*, cit., pfo. 139; *Hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., pfo. 128, y *Baldeón García*, cit., pfo. 87.

En torno al derecho a la vida, la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha sostenido que

el ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo (más allá de su naturaleza trascendente) su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental, mayormente cuando el derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser privado de ésta arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida a la persona el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.³⁸

Esta última parte adquiere relevancia frente a la situación que viven las personas migrantes irregulares.

2. Integridad personal

La prohibición de la tortura y de cualesquiera penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes,³⁹ subsiste en todas las circunstancias y pertenece, hoy día, al dominio del *jus cogens* internacional.⁴⁰

Frente al fenómeno creciente de “secuestro” y privación arbitraria de la vida de la que son sujetos las personas migrantes irregulares hay que recordar que la Corte Interamericana ha considerado que la desaparición forzada implica una violación de la libertad personal; empero, también entraña vulneración de la integridad: en efecto, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva constituyen un tratamiento cruel e inhumano. La desaparición afecta todas las dimensiones de la integridad.⁴¹ Es necesario precisar que

³⁸ T. 205. XLIV, Recurso de Hecho, Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, 31 de marzo de 2009 y fallo: 323:3239.

³⁹ En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha debido pronunciarse sobre diversos casos de tortura, se alude a los elementos constitutivos de ésta: a) acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos. *Cfr.* Caso *Masacre de la Rochela*, sentencia de 11 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 163, pfo. 132; caso *Bueno Alves*, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 164, pfos. 77 y 79; y caso *Bayarri*, sentencia de 30 de octubre de 2008, serie C, núm. 187 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pfo. 81.

⁴⁰ *Cfr.* Casos: *Masacre de la Rochela*, *cit.*, pfo. 132; *Bueno Alves*, *cit.*, pfos. 76 y 77; y *Bayarri*, *cit.*, pfo. 81.

⁴¹ *Cfr.* Casos *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 170, pfo. 171; y

se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o *por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de *informar sobre el paradero de la persona*, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.⁴²

Algunos de los “secuestros” de personas migrantes que se suscitan en México podrían encuadrar en esta categoría.

Además de lo anterior se debe tener en cuenta que las mujeres enfrentan atentados diferenciados a su integridad personal, particularmente en lo que se refiere a abusos sexuales, violación o intercambio de “favores sexuales”. Aquí también se unen los conceptos de tráfico y trata de personas. Siendo este último un grave delito que tiene un alto índice de mujeres explotadas sexualmente.

3. Acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso legal

Bajo el epígrafe “Garantías judiciales”, el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra los principales lineamientos del “debido proceso legal” —también integrado, en supuestos específicos, por otras disposiciones de aquel instrumento—, vinculado con varios conceptos aledaños —tutela judicial efectiva, plena defensa, acceso a la justicia—, que se traduce en el derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por la ley, para la reclamación de sus derechos, el establecimiento de sus deberes o la determinación de su responsabilidad.⁴³

En virtud de la protección otorgada por los artículos 8o. y 25 de la Convención, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos —incluidos

Ticona Estrada y otros, sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 191, pfo. 58.

⁴² Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Énfasis propio.

⁴³ *Cfr.* Casos: *Salvador Chiriboga*, sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), serie C, núm. 179, pfo. 56; *Yvon Neptune*, sentencia de 6 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 180, pfo. 79; y *Bayarri, cit.*, pfo. 101.

los extranjeros—, que deben ser sustanciados de conformidad con las garantías judiciales.⁴⁴

La Corte Interamericana ha insistido en la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.⁴⁵

La CIDH determinó que “el Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos”.⁴⁶

Por otra parte, respecto a los derechos de un migrante irregular detenido en el país destino, se ha establecido que “la legislación interna debe asegurar que el funcionario (administrativo) autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.⁴⁷ Además, la revisión de la detención por parte de un juez o tribunal constituye un requisito fundamental para garantizar un control y escrutinio adecuados de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.⁴⁸

4. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Las Reglas de Brasilia se integran de 100 reglas reconocidas como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Dichas reglas constituyen un desarrollo de los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia

⁴⁴ Cfr. Casos *Salvador Chiriboga*, cit., pfo. 58; *Yvon Neptune*, cit., pfo. 77, y *Bayarri*, cit., pfo. 103.

⁴⁵ Caso *Vélez Loor*, cit., pfo. 205.

⁴⁶ Que además ofrezca condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado. “El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular”. *Ibidem*, resolutivo 16.

⁴⁷ *Ibidem*, pfo. 108.

⁴⁸ *Ibidem*, pfo. 126.

en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).⁴⁹

En este instrumento se sostiene que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Aunque se reconoce la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio.

Se consideran en condición de vulnerabilidad a “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (sección 2a., pfos. 3 y 4).

El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de las personas migrantes (6, pfo. 13).

Las reglas afirman que “la pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”.

Las Reglas también reconocen la situación que viven las mujeres, ya que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”. En este marco, se entiende por

discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la

⁴⁹ <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110>

base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Finalmente, se considera violencia contra la mujer cualquier “acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o síquica (8, pfs. 17, 18 y 19)”.

Las reglas recomiendan adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses. Y precisa que debe prestarse especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida (4, pfs. 75 y 76).

5. *Asistencia jurídica gratuita*

La CIDH en la sentencia caso *Vélez Loo* concluye que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la presentación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En el párrafo 146 determina:

La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia.

La CIDH, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, afirma que “para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite

conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8o. de la Convención, incluyendo el acceso a la asistencia letrada”.⁵⁰

La Corte IDH en el caso *Vélez Loo* también recordó:

los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues —son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y— diferencias en el acceso... a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]... las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia (pfo. 98).

Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses cuando la persona detenida no es nacional del Estado bajo el cual se halla en custodia, la notificación de su derecho a contar con la asistencia consular se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir a la persona detenida en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad.⁵¹

En el caso de las mujeres migrantes se debe considerar el proceso de feminización de la pobreza que vivimos y que hace que éstas carezcan de los medios (culturales y económicos) necesarios para emprender su defensa en el país de tránsito o destino frente a violaciones a sus derechos.

⁵⁰ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 94, pfo. 148.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 334 y 335.

6. Asistencia consular

Aunque la Corte Interamericana ha reconocido que la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos, también ha sostenido que los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales en cualquier parte en la que se encuentren: “el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado... y se hace acreedor a su protección diplomática”.⁵²

Así, la Corte Interamericana ha reiterado que la persona extranjera detenida debe ser notificada del derecho que le asiste a establecer contacto con un funcionario consular, notificación que debe practicarse cuando el sujeto es privado de su libertad y antes de que rinda la primera declaración ante la autoridad.⁵³

La CIDH determinó 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... el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.⁵⁴

⁵² Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, pfs. 34 y 35. La Corte Interamericana “entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado... La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos... La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”. Caso de las niñas *Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 130, pfs. 136, 137 y 141.

⁵³ Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., pfo. 164.

⁵⁴ Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, pfs. 117 y 119.

Así, en torno al derecho a la asistencia consular,⁵⁵ la Corte Interamericana observó:

a) El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce derechos individuales y está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos.

c) El derecho a la información sobre la asistencia consular permite que *adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁶

Como se vio, la Corte Interamericana estimó que la inobservancia del derecho a la información sobre la asistencia consular 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 (Gómez-Robledo Verduzco, 2003: 561-613; Morales Sánchez, 2010: 41-58).

La CIDH en el caso *Vélez Loor* observa que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.⁵⁷

7. *Protección a la salud*

En lo que concierne al derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que éste se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos, en particular

⁵⁵ El derecho a la información sobre la asistencia consular 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 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” (artículo 36.1.b de la 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” (artículos 5 y 36.1.c).

⁵⁶ *El derecho a la información, cit.*, opinión.

⁵⁷ Caso *Vélez Loor, cit.*, pfo. 152.

a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación y a la igualdad, entre otros, los cuales son componentes integrales del derecho a la salud.⁵⁸ La salud no significa sólo la ausencia de enfermedades, sino el pleno estado de bienestar físico, mental y social, según la Organización Mundial de la Salud.

El Comité también determinó cuatro características del derecho a la salud que están interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.⁵⁹

Para la CIDH, la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados. Por ello ha manifestado que éstos son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida e integridad personal, independientemente de si la entidad que presta dichos servicios es de carácter público o privado.⁶⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina ha precisado que la salud se erige como un verdadero “bien público”, según lo ha enunciado el artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador, y lo ha conceptualizado la Corte Interamericana.⁶¹

También recuerda la Suprema Corte argentina que “existen suficientes pruebas, según lo afirma la OMS, que desmienten el argumento tradicional de que la salud mejorará automáticamente como resultado del crecimiento económico, al paso que demuestran claramente que, por lo contrario, el mejoramiento de la salud es un pre-requisito del desarrollo económico”.⁶²

Este aspecto debe ser tomado en consideración por los Estados al momento de planificar sus políticas públicas y al decidir el destino de su presupuesto, particularmente en lo que se refiere a la atención de la salud de las personas migrantes entendiendo las necesidades diferenciadas de las mujeres en esta materia.

⁵⁸ Comité DESC, Observación General núm. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, adoptada en el 22o. periodo de sesiones, 11 de agosto de 2000.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm 149, pfo. 89; caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Fondo Reparaciones y Costas)*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171, pfo. 121.

⁶¹ T. 205. XLIV, Recurso de hecho, Torriño, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, 31 de marzo de 2009.

⁶² *Idem.*

8. *Condiciones de trabajo*

La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos; y que “el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador... independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo”.⁶³

La Corte Interamericana 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”.⁶⁴ Pero si esas relaciones laborales se entablan, entonces se generan todos los efectos jurídicos.

La Suprema Corte de Justicia argentina ha dicho que cuando la Constitución nacional enuncia derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos, no ilusorios, máxime si se trata de derechos humanos. Y recuerda los argumentos de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 18/03, por los cuales la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores”. Por lo que, tanto la voluntad del legislador como la del empleador, son inválidas cuando pretendan afectar o afecten dichos derechos.⁶⁵

La Corte argentina también ha determinado: “(En la) relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, y que los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores”.⁶⁶

⁶³ Opinión Consultiva 18/03, *cit.*, pfo. 134.

⁶⁴ *Ibidem*, pfo. 135.

⁶⁵ P. 1911. XLII, Recurso de hecho, Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., 1 de septiembre de 2009.

⁶⁶ T. 964. XL, Recurso de hecho, Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros, 24 de noviembre de 2009.

VII. CONCLUSIONES

A continuación se enunciarán las conclusiones de este trabajo:

1. El diagnóstico realizado demostró que los derechos humanos de las personas migrantes irregulares son violentados —en mayor o menor medida— en los países sujetos a estudio. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Además revela que no basta el Derecho interno mexicano para asegurar el respeto a los derechos de las personas migrantes.
2. La mayoría de los países en América están marcados por la desigualdad y la mala distribución de la riqueza. 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. La migración se erige, en múltiples ocasiones, como la única opción ante la falta de oportunidades.
3. A nivel legislativo, hacen falta reformas integrales del marco jurídico en materia migratoria que le den uniformidad y congruencia con los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía, así como con su actuación internacional. La armonización legislativa es deficiente y lejana de los compromisos internacionales suscritos por algunos Estados, esta situación genera y perpetúa las violaciones a los derechos humanos en nuestro país, genera impunidad y dificulta el cumplimiento de las obligaciones internacionales.
4. Con base en la Opinión Consultiva OC-16/99 se debe de garantizar, por todos los países, el derecho a la información sobre la asistencia consular como un elemento constitutivo del debido proceso legal.
5. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CIDH, 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 las personas 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 las personas migrantes indocumentadas; pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tienen las personas: su vida, libertad y dignidad. Hay que reprobarnos las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de

- ella. Es urgente además que se diseñen mecanismos eficaces de acceso a la justicia para las personas migrantes.
6. 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. Por ello, 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 poderes públicos deben de garantizar, interpretar y aplicar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Se debe realizar el control de convencionalidad.
 7. Es importante recordar que existe el sistema interamericano de protección de derechos humanos ante el cual se puede acudir. Aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de renuencia que lo consideran atentatorio a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éste tiene frente a la jurisdicción interna de los Estados. Las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional deben ser de complementariedad, de armonía y no de tensión como ha sucedido en algunos casos.
 8. Actualmente se observa incapacidad para solucionar las causas estructurales de la migración, lamentablemente en algunos países se sigue viendo a la migración como un problema de seguridad y no de desarrollo humano. Estamos inmersos en un círculo vicioso que no se ha comprendido: a más desigualdad, más miseria, más desempleo, más falta de oportunidades, más migración, más medidas restrictivas, más violaciones a los derechos humanos, más desigualdad y miseria.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2012.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 2003.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pena de muerte: el caso *Medellín vs. Texas*”, en PATIÑO MAN-

- FFER, Ruperto y RÍOS RUIZ, Alma (coords.), *Derecho penal. Temas de actualidad*, México, Porrúa-UNAM, 2010.
- , *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- PÉREZ TAPIAS, José Antonio, *Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Madrid, Trotta, 2007.
- WEST, Robin, *Género, teoría y derecho*, trad. de Pedro Lama Lama, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.