

Protección de los derechos humanos de migrantes por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y perspectivas

Julieta MORALES SÁNCHEZ

Al Dr. Sergio García Ramírez, mi padre académico

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Una nota sobre la universalidad de los derechos humanos: Derecho y migración. III. El sistema regional de protección de derechos humanos: la Corte Interamericana y los derechos humanos de migrantes. IV. El sistema internacional de protección de derechos humanos: la Corte Internacional de Justicia y el derecho a la información sobre la asistencia consular de los migrantes. V. El papel de los tribunales supremos americanos en la protección de los derechos humanos de migrantes: relaciones entre la jurisdicción internacional y nacional. VI. Retos y Perspectivas.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

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 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

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 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.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

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 el presente estudio se reconocen dos realidades: 1) que los flujos migratorios plantean problemas estructurales,² por lo que deben de abordarse con políticas igualmente estructurales;³ 2) aunque se admite que, en ocasiones, es poco lo que se puede hacer contra los motivos que impulsan a hombres y mujeres a abandonar su país en vez de permanecer en él, en este estudio se sostiene que lo que sí se puede y debe hacer es asegurar la observancia 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.

Cotidianamente se constatan violaciones a los derechos humanos⁴ 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, debido a que es un país de origen, tránsito y destino migratorio.

Frente a esta situación, resalta la importancia de los órganos jurisdiccionales internos que, como última instancia al interior de los países, se encargan de interpretar y aplicar, entre otras normas, las de derechos humanos. Debido al carácter vinculante de sus resoluciones, a través de ellas se puede garantizar o restringir el ejercicio de los derechos. Además de estos órganos han surgido jurisdicciones regionales e internacionales y aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de 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.

² 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.

³ 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.

⁴ No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

Así, el respeto irrestricto a 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 y de la existencia de órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los derechos humanos de migrantes. 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.

El presente trabajo iniciará con una breve precisión sobre la universalidad de los derechos humanos, en particular de las personas migrantes. Posteriormente se entrará al estudio de la jurisdicción regional e internacional de protección de derechos humanos en América, la cual se dividirá en un doble apartado: en primera instancia, 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; en segunda instancia, se examinará el caso Avena ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) relacionado con el derecho a la asistencia consular de migrantes. Por último, se hará una somera reflexión sobre la recepción o no recepción de los criterios de la CorteIDH y de la CIJ por los tribunales supremos americanos.⁵

II. UNA NOTA SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO Y MIGRACIÓN

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”.⁶

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad. Lo que me parece más exacto es decir que esa tensión entre lo universal y lo particular de los derechos humanos se equilibra no postulando que es algo que se va

⁵ Se ha adoptado esta denominación, para designar a los tribunales, cortes y salas constitucionales. Debido a que algunos son tribunales constitucionales, cortes supremas o salas constitucionales de esas cortes, se busco uniformar los nombres con el de “tribunales supremos americanos”, entendiendo que, de una u otra forma, son los que se encargan del control de constitucionalidad y constituyen la última instancia a nivel interno. Por lo que, en la mayoría de ocasiones, a través de sus resoluciones se cumple el requisito de agotamiento de los recursos internos para poder acceder a la jurisdicción internacional.

⁶ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 325.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

acordando en cada contexto precisamente porque es universal... Ardua labor la de buscar los fundamentos de la universalidad de los derechos humanos. Pero si no tienen algún tipo de universalidad, es claro que no funcionarán como tales derechos”⁷. No abordaremos aquí el fundamento de los derechos humanos por no ser objeto de este estudio, pero se precisa que el presente trabajo se adscribe a una visión humanista de los derechos.⁸

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”.⁹

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,¹⁰ ya que se limitó su “reconocimiento” y se excluyó a las mujeres.¹¹

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades¹² de las que fue testigo (ejemplos del *Homo homini lupus* del que hablaba Hobbes) y da inicio un extenso¹³ proceso declarativo¹⁴ de derechos

⁷ 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.

⁸ Para profundizar en el humanismo como fundamento filosófico de los derechos humanos en el siglo XX y XXI, remitase a Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, EDIAR, Buenos Aires, 2007, p. 46.

⁹ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ Como argumento en contrario al que se sostiene en este trabajo, 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.

¹¹ 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.

¹² Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

¹³ 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.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

fundamentales a favor de la persona humana.¹⁵ 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.¹⁶

El orden internacional de los derechos humanos¹⁷ se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la supremacía y dignidad del ser humano con sentido “antropocéntrico”,¹⁸ asimismo se fortalece con el principio *pro homine*¹⁹ para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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 y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 5.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 115.

¹⁹ 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.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y 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 que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.²⁰

Considero valioso terminar este apartado retomando 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 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*.²¹

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. Derecho y Migración

En diversos ordenamientos domésticos se ha establecido una profunda diferencia de prerrogativas entre nacionales y extranjeros. En este sentido, Ferrajoli sostiene que es

²⁰ 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.

²¹ 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).

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

innegable que en la tradición jurídica se ha mantenido la distinción entre derechos de ciudadanía y derechos de personalidad.²²

Así, la nacionalidad²³ se ha convertido en una institución de exclusión y discriminación; es un requisito indispensable para que las personas adquieran los derechos y libertades básicas que son obligación de todo Estado reconocer y tutelar. 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 ejercicio de sus libertades y derechos; no obstante que conforme a los principios universales de derechos humanos estas minorías (etnoculturales, sociales o económicas) deben gozar de todas las prerrogativas y libertades conforme al derecho positivo del Estado receptor, el cual las reconoce y garantiza sólo a sus nacionales.

Anteriormente se habló del universalismo de los derechos humanos; sin embargo, a ese respecto ha surgido una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.²⁴

En esta tesitura, bajo el argumento de defensa de su soberanía y legalidad, varios países transgreden los derechos humanos de migrantes; lamentablemente olvidan que “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.²⁵

Jorge Bustamante sostiene que la distinción que el Estado hace sobre quien es nacional y quien es extranjero, se convierte en un criterio de desigualdad entre nacionales y extranjeros que se ve sancionado por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al nacional. De lo

²² Esta dicotomía se reflejó desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, *cf.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004, pp. 97-103.

²³ 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 (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 EUA ni en 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”. *Cf.* Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 164 y 188.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez Rodolfo..., *op. cit.*, pp. 315 y 316.

²⁵ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA: FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO

anterior surge una condición de vulnerabilidad²⁶ de los migrantes, que los hace susceptibles de violaciones a sus derechos humanos en el país receptor.

La paradoja surge cuando, en esta era de la globalidad en la cual se habla constantemente de multiculturalismo y de conceptos como *ciudadanía global* o *ciudadano del mundo*, los Estados solamente abren sus fronteras para el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones; pero al tratarse de personas dichas fronteras se cierran y se remarcan a través de un muro infranqueable.

Por otro lado, muchos Estados internamente debaten la forma en la que deben de tratar a los migrantes que ya son residentes en su territorio.²⁷ Así, cada país al establecer los lineamientos de su política migratoria debe de asentar cómo planea integrar a los migrantes a su sociedad, es necesario responder coherentemente a una realidad innegable de las naciones actuales: el multiculturalismo; y sólo se puede responder coherentemente con el respeto y tolerancia a la diversidad, ya que si esto no se hace se caerá en actitudes xenófobas y discriminatorias.

3. 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 ni generar las soluciones para dicha problemática que, sin duda, es de relevante importancia en la vida de los migrantes.

Diversos instrumentos internacionales²⁸ reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla.

²⁶ Bustamante define a la vulnerabilidad estructural como la "condición de impotencia que se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado". *Ibidem*, p. 150. El mismo autor nos habla también de la existencia de una vulnerabilidad cultural la que define como: "El conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural". Cfr. Bustamante, Jorge, "La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales", en *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de los migrantes*, fascículo 5, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 29.

²⁷ Los modelos de integración se suelen dividir en 3 tipos: a. El multicultural, basado en el respeto y protección de la diversidad cultural y que tiene como objetivo garantizar la identidad de la comunidad de inmigrantes; b. La asimilación, se basa en la igualdad, pero sólo para los que tienen la categoría de ciudadanos y pretende la asimilación del extranjero en los valores tradicionales nacionales dominantes y la supuesta identidad común; y, c. El de la separación o la exclusión, que se caracteriza por una legislación migratoria restrictiva. Se pretende el mantenimiento del carácter temporal de los inmigrantes. Cfr. Cornelius, Wayne, *et. al.* (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, 2a. ed., Stanford University Press, Stanford, 2004, p. 20.

²⁸ 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 sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado." El

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

La familia (s) “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”.²⁹ 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 redundar en problemas sociales severos.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes,³⁰ 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.

A continuación se darán breves referencias de la situación existente. Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 o 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en Estados Unidos de América (EUA) en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y

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”.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

otro 16%, casi 2 millones, era 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,³¹ lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en el caso de la deportación de uno o ambos padres. Así también muchas de las mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus hijos con sus ascendientes.³² 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 esta 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. EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: LA CORTE INTERAMERICANA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES

Diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos³³ y como consecuencia están sujetos a diversas obligaciones, las cuales, en diversas ocasiones, han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la CorteIDH.³⁴

³¹ Cfr. *La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

³² Opinión de Sonia Nazario, ganadora del premio Pulitzer. Véase *idem*.

³³ 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.

³⁴ 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 CorteIDH y se requiere que primero realicen el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de los 6 meses siguientes a la comisión o al conocimiento del acto u omisión violatorio de derechos humanos.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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 CorteIDH.

La CorteIDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se compone de 7 jueces, tiene su sede en San José, Costa Rica³⁵ y no sesiona permanentemente, como en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La CorteIDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1 del Estatuto de la CorteIDH). La CorteIDH tiene atribuciones normativas,³⁶ administrativas,³⁷ preventivas,³⁸ ejecutivas³⁹ y jurisdiccionales.

³⁵ 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.

³⁶ 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...".

³⁷ 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 períodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto CorteIDH).

³⁸ El artículo 63 de la Convención Americana establece que: "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 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 CorteIDH).

³⁹ 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

LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA: FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO

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

1. 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”.⁴⁰

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 debe ser el desarrollo del proceso contencioso ante la CorteIDH. Sólo los Estados Partes 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 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 sentido, 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.⁴¹

Normas de interpretación

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 CorteIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁰ 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 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, vol. I, p. 1031.

⁴¹ Véase Caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 15 y 18, en *ibidem*, p. 222.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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 de San Salvador); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴² de 9 de diciembre de 1985 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴³ de 9 de junio de 1994. Otros instrumentos sólo pueden ser considerados por la CorteIDH a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, es decir, la CorteIDH 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 Forzadas⁴⁴ de 18 de diciembre de 1992; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴⁵ de 10 de diciembre de 1984; Convenios de Ginebra de 1949;⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷ de 16 de diciembre de 1966; Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁸ de 20 de noviembre de 1989.

2. Función Consultiva

La función consultiva de la CorteIDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una solicitud de 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 específico⁴⁹ y distinto del contencioso. Tienen

⁴² *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.

⁴³ *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.

⁴⁴ Véase *Caso Blake*, *cit*, párrafo 97 en *ibidem*, p. 339.

⁴⁵ *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafo 156 en *ibidem*, p. 479.

⁴⁶ *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafos 205-209 en *ibidem*, pp. 491-492.

⁴⁷ *Caso Villagrán Morales y otros*, *cit*, párrafo 145 en *ibidem*, p. 508.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafos 188 y 194-196 en *ibidem*, pp. 515-518.

⁴⁹ El artículo 63 del Reglamento CorteIDH señala el procedimiento de trámite de la opinión consultiva.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

facultad para solicitar opiniones consultivas los Estados Partes, la Comisión⁵⁰ y otros órganos de la OEA.⁵¹

La función consultiva de la CorteIDH es más amplia que la función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que la 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 existe la exigencia de 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, aún cuando esta temática no sea el objeto principal del tratado en cuestión. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que la jurisdicción consultiva de la CorteIDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,⁵² además de que legitima a un número extenso de solicitantes.⁵³

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”.⁵⁴

⁵⁰ El artículo 60 del Reglamento CorteIDH 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.

⁵¹ Los cuales además de los requisitos previstos por el artículo 60 del Reglamento CorteIDH, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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”.⁵⁵

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 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”.⁵⁶ 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...⁵⁷ 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...”⁵⁸ 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”.⁵⁹ Ruiz Miguel señala que una semejanza entre la jurisdicción y la consulta es que poseen un carácter rogado, es decir, se actúan a instancia de parte.⁶⁰

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

⁵⁵ 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...*, op. cit., p. 920.

⁵⁶García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, op. cit., p. 11.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Opinión consultiva OC-3/83..., *supra*, párrafo 32, en *ibidem*, pp. 925-926.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados parte de la Convención...”⁶¹

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución⁶² 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 1995,⁶³ 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.

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*”.⁶⁴

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

2.1. 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 inculcados 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

⁶¹ Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, p. 75.

⁶² 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.

⁶³ Que más adelante se analizará.

⁶⁴ 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.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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 Corte IDH, 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 los siguientes derechos (sic): 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)”.⁶⁵

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 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*

⁶⁵ 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.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

*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.*⁶⁶

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares. Ante la CIJ se interpusieron demandas sobre la misma problemática; posteriormente se hará referencia a estas resoluciones, las cuales fueron emitidas en fecha posterior a la OC-16/99.

2.2. 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 CorteIDH. Trae a cuentas un hecho notable y apremiante en la realidad de 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.*⁶⁷

La OC-18/03 tuvo una amplia participación tanto de Estados Partes 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

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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.

Aunque, como ya se vio, la Corte ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas, en la OC-18/03 también determinó que *“todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los 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*, al 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. El contraargumento a esta postura se basa en 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

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

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.

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. National 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,⁶⁸ es decir, no impuso multa alguna al empleador que violó los

⁶⁸ 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

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

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 le son inherentes a los trabajadores y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.⁶⁹

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

Sin embargo, de forma complementara 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

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 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.

⁶⁹ *Idem*

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado”.⁷⁰ 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.

2.2.1. Algunos efectos suscitados por la Opinión Consultiva OC-18/03

La decisión de la CorteIDH en la OC-18/03 representa un precedente internacional útil para contrarrestar las restricciones al goce y ejercicio de derechos humanos de migrantes. La decisión fue reconocida en las observaciones y recomendaciones al informe anual de la CorteIDH, aprobadas por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 2004, en la cual que se reconoció “...la importancia de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el desarrollo de la jurisprudencia interamericana y el derecho internacional de los derechos humanos y en este contexto tomar nota de la Opinión Consultiva OC-18/03”.⁷¹ Así, en la AG/RES. 2027 (XXXIV-O/04) aprobada el 8 de junio de 2004, la Asamblea General de la OEA, consideró necesario:

...2. reafirmar el deber de los Estados Parte en la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares de cumplir dicha convención, incluida la obligación de los Estados Parte en cuyo territorio ocurre la detención de nacionales extranjeros de informar a éstos sobre su derecho a comunicarse con sus oficiales consulares y, en ese sentido, llamar a la atención de los Estados la Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004, en el caso Avena y otros nacionales mexicanos, relativos a la obligatoriedad del cumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena.

3. Llamar a la atención de los Estados la Opinión Consultiva OC-18, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostiene que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral.

⁷⁰ 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.

⁷¹ *Cfr.* Asamblea General de la OEA, Observaciones y recomendaciones al informe final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2004, AG/RES 2043 XXXIV-O/04, http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2043_04.asp (fecha de consulta: 03 de julio de 2006).

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

La Asamblea General de la OEA aprobó un plan de trabajo que contribuye a promover la decisión de la CorteIDH. El Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo Trabajadores Migrantes y sus Familias, fue establecido en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente el 15 de enero de 2004, con el mandato de elaborar una propuesta de programa para los países miembros de la OEA.⁷² En junio de 2005 la OEA aprobó el Plan de Acción del Grupo de Trabajo, que comprende, en parte, el intercambio de prácticas modélicas. El Plan insta a que los Estados “revi (sen) su legislación con el propósito de que sea consistente con sus obligaciones de respetar los derechos humanos de los migrantes establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y migración, incluyendo los instrumentos relativos a la protección de los trabajadores migrantes”.⁷³ Las ONG´s tienen un papel significativo en la materialización de este Plan, el cual establece que uno de los roles de dichas organizaciones es el de “promover la revisión y actualización de las legislaciones nacionales en materia migratoria y de derechos laborales, conforme a los instrumentos internacionales aplicables de derechos humanos y migración”.⁷⁴ Las ONG´s podrían ayudar a la difusión de la OC-18/03 y en la promoción de los cambios en el derecho interno de sus países.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU reconoció la decisión en su resolución 2005/47 a favor de los derechos de los migrantes, y enfatizó en su contenido que:

Recordando también las Opiniones Consultivas OC-16/99, de 1º de octubre de 1999 y OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativas al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las debidas garantías procesales y a la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados respectivamente,... 7. Reafirma categóricamente el deber de los Estados Partes de velar por el pleno respeto y cumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en particular en relación con el derecho que tienen los extranjeros, independientemente de su condición de inmigrantes, a comunicarse con un funcionario consular de su propio Estado en caso de ser detenidos y la

⁷² Véase Smith, Rebeca, "Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos" en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos...*, op. cit., p. 297. Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo Trabajadores Migrantes y sus Familias, en http://www.scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CP1461S06.doc (fecha de consulta: 03 de julio de 2006).

⁷³ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 89.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

obligación a cargo del Estado en cuyo territorio ocurre la detención de informar al nacional de otro país sobre ese derecho;... 8. *Expresa su preocupación* por la legislación y las medidas adoptadas en algunos Estados que restringen los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes;... 13. *Pide* a todos los Estados que, de conformidad con su legislación nacional y los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a que se hayan adherido, *sometan a la justicia con firmeza todas las violaciones de las leyes laborales con respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes*, en particular las relativas a su remuneración y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo y el derecho a asociarse libremente;⁷⁵

Antes de la OC-18/03, el Comité de Libertad de Asociación de la OIT había decretado que la decisión en el caso *Hoffman* violaba los derechos laborales fundamentales.⁷⁶ Dicha posición se reitero, con congruencia, en la OC-18/03.

Por otra parte, el 17 de diciembre de 2004, estudiantes de la *Washington Collage of Law de American University*, en representación de más de 100 organizaciones comunitarias, sindicatos, organizaciones étnicas y de derechos humanos, presentaron el documento llamado *Employment Rights are Human Rights. Stories of Undocumented Workers: The Denial of Employment Rights due to Immigration Status* y en una carta dirigida al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComisiónIDH), Santiago Cantón, se hizo la solicitud de una audiencia de interés general a la ComisiónIDH. Las organizaciones que presentaron la solicitud representan a ONG's de 30 de los 50 estados que forman EUA. El mencionado documento se estructura en 3 partes: la primera hace referencia al trato desigual de trabajadores indocumentados por Cortes de EUA (*Unequal Treatment of Undocumented Workers by U.S. Courts*); la segunda sobre Historias de trabajadores indocumentados: amenazas e intimidación por empleadores (*Stories of Undocumented Workers: Threats and Intimidation by Employers*); y la tercera comprende Historias de trabajadores indocumentados: miedo, explotación y la lucha por hacer valer los derechos esenciales (*Stories of Undocumented Workers: Fear, Exploitation, and the Struggle to Assert Basic Rights*).

El 3 de marzo de 2005 se celebró una audiencia ante la Comisión, en la cual los estudiantes entregaron un informe de casos, en los cuales, a partir de la decisión de la Corte Suprema sobre el caso *Hoffman*, inmigrantes en estatus irregular habían sufrido la privación de sus

⁷⁵ Cfr. *Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations*, Derechos Humanos de los migrantes, 19 de abril de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3441.pdf> (fecha de consulta: 03 de julio de 2006).

⁷⁶ Caso número 2227, informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

derechos humanos y amenazas. En un esfuerzo por lograr un cambio de la política *Hoffman* en el Congreso de EUA, sustentándose en las normas de derechos humanos, los estudiantes pidieron la intervención de la Comisión IDH. Específicamente los estudiantes pidieron que la Comisión IDH emitiera un comunicado de prensa sobre la OC-18/03, que la misma tomara parte en el seminario organizado en el Congreso de EUA para la educación de los congresistas sobre el conflicto derivado del litigio *Hoffman* y el derecho internacional, y que dicha Comisión hiciera visitas *in loco* a lugares donde la población migrante ha visto disminuidos sus derechos después del caso *Hoffman*. Son peticiones formales hechas ante la Comisión IDH desde lugares donde ha habido pronunciamientos judiciales que restringen el goce y ejercicio de derechos laborales fundamentales, como Michigan y Pennsylvania, donde las Cortes Supremas estatales han limitado el derecho de indemnización en el sistema de compensaciones para el trabajador. En cuanto a los trabajadores indocumentados lesionados, se han hecho peticiones en Florida, Texas y Nueva Hampshire en donde se han limitado las indemnizaciones en casos de accidentes de trabajo, y en Nueva York (un juez restringió el derecho a recibir compensación por el trabajo ya realizado).⁷⁷

En su Comunicado de Prensa número 8/05 del 11 de marzo de 2005, la Comisión IDH reconoció que "... recibió información respecto a los derechos de los trabajadores migratorios en Estados Unidos por parte de varias organizaciones. Los peticionarios examinaron las consecuencias de la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en el Caso de *Hoffman Plastics Compounds Inc vs. NLRB* (2002) acerca de los derechos laborales de trabajadores migratorios indocumentados que residen en EUA; sobre las condiciones de trabajo de trabajadores migratorios; y sobre la situación de los trabajadores en las granjas del estado de Florida. Las organizaciones que participaron de la audiencia pidieron que la CIDH efectuara una visita de investigación *in loco* para observar las condiciones de los trabajadores migratorios en los Estados Unidos..."⁷⁸

En México, la CNDH retomó la OC-18/03 en la Recomendación General número 13 y en la recomendación 20/2006, de junio de 2006, en la cual afirmó:

...la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-18/03, se ha expresado con directrices y resoluciones en las que se han desarrollado de forma muy amplia los derechos de los migrantes. Se trata de referentes

⁷⁷ Cfr. Smith, Rebeca, "Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos" en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 300. El texto presentado se denomina *Employment Rights are Human Rights*, véase texto completo en <http://www.wcl.american.edu/clinical/workersrights.pdf> (fecha de consulta: 03 de abril de 2006).

⁷⁸ Véase Comunicado de Prensa 08/05 en la página <http://www.cidh.org> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2006).

LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA: FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO

internacionales que si bien no constituyen normas de observancia obligatoria, *sí constituyen el marco doctrinal y los principios de actuación que deben formar las acciones y políticas que los Estados deben adoptar a fin de lograr la plena vigencia de los derechos humanos* de este grupo vulnerable. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos y apoyada por 30 países. “Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados...”

Por lo anteriormente expuesto, se constata que la OC-18/03 viene a llenar un capítulo dentro de la historia de la defensa de los derechos humanos a nivel mundial. Pero no basta con su emisión, es necesario que se difunda y conozca su contenido en todos los ámbitos de gobierno de los Estados parte de la OEA. Al igual se debe de comprender y respetar el principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*, es decir, sin importar la ratificación a la Convención Americana, ni la aceptación de las competencias de la CorteIDH, todos los Estados están obligados a observar dicho principio.

La OC-18/03 es pionera en su campo y es una herramienta imprescindible en la defensa de los derechos de migrantes irregulares, pero su utilidad depende del uso que se le de en el seno de cada país.

IV. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR DE LOS MIGRANTES

El ser humano aún a inicios del siglo XXI, lucha por que se le reconozca su lugar dentro del derecho internacional. El avance ha sido muy lento; sin embargo, en lo que se refiere al derecho internacional de los derechos humanos, el individuo ha ido ganando su reconocimiento. Como se mencionó, en los sistemas regionales de protección se les concede, como demandantes, ya sea, el acceso directo a la Corte (como el caso europeo), o a la Comisión (como en el sistema interamericano); y pueden ser demandados ante la Corte Penal Internacional.⁷⁹

Así, el sistema internacional de protección de derechos humanos, que se ha gestado lentamente y no sin pocos obstáculos, empieza a fortalecerse. Empero, siempre aparecen retrocesos, que implican dar un paso atrás para seguir adelante con más fuerza y convicción. Esto es lo que pretende reflejar el presente trabajo, en el cuál se abordará el caso Avena y

⁷⁹ El artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 establece que: “se instituye por el presente una Corte Penal Internacional...La Corte será una institución permanente, estará *facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas* respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

otros nacionales mexicanos ventilado ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ); así como la posición de la Corte Suprema de Estados Unidos de América frente a esta resolución, expresada en el caso *Medellín vs Texas*.

La Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio 1945,⁸⁰ rige en sus artículos 92 a 96 a la CIJ. Entre sus regulaciones más significativas están: a) la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; b) funcionará de conformidad con su Estatuto que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas; c) todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, Estatuto); d) cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la CIJ en todo litigio en que sea parte; y, e) si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la CIJ, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

En materia de derechos humanos, la Carta de las Naciones Unidas atribuye a la Asamblea General una función de elaboración de recomendaciones para “hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos” (artículo 13.1.b) y crea un Consejo Económico y Social para el mismo fin (artículo 62.2 y 68). La CIJ, cuyo Estatuto se aprueba el mismo día que la Carta, no recibe competencia explícita alguna en la materia, aunque la formulación abierta que resulta del artículo 36 del citado Estatuto⁸¹ no excluye de su conocimiento las controversias en las que los derechos humanos de particulares puedan estar más o menos directamente afectados, todo ello a la luz de la sola legitimación estatal para ser parte en casos ante la CIJ (artículo 34.1 del Estatuto) y del carácter voluntario de la aceptación de su jurisdicción (artículo 36.1 y .2 del Estatuto).

La CIJ tiene su sede en La Haya, funciona permanentemente, se integra por 15 magistrados,⁸² que desempeñan su cargo por 9 años. Generalmente funciona en pleno, pero también puede constituir una o más salas compuestas de 3 o más magistrados (artículos 3, 13, 22, 25, 26 y 34 del Estatuto).

⁸⁰ Entrada en vigor: 24 de octubre de 1945.

⁸¹ El mencionado artículo establece: “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.

⁸² Presidente: Rosalyn Higgins (Reino Unido); Vicepresidente: Awn Shawkat Al-Khasawneh (Jordania); Jueces: Bruno Simma (Alemania), Shi Jiuyong (China), Peter Tomka (Eslovaquia), Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Leonid Skotnikov (Federación de Rusia), Ronny Abraham (Francia), Hisashi Owada (Japón), Raymond Ranjeva (Madagascar), Bernardo Sepúlveda Amor (México), Mohamed Bennouna (Marruecos), Kenneth Keith (Nueva Zelanda), Abdul G. Koroma (Sierra Leona) y Gonzalo Parra-Aranguren (Venezuela). <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/icj.htm> (fecha de consulta: 03 de mayo de 2008).

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

En materia contenciosa solamente los Estados pueden ser parte en los casos ante la CIJ (artículo 34.1 del Estatuto), dicho procedimiento se compondrá de una fase escrita y otra oral (artículo 43 del Estatuto). De conformidad con el Artículo 38 de su Estatuto, la Corte, al decidir las controversias que se le sometan, aplica:

- Las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes;
- La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como ley, y;
- Las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de los distintos países, como medio subsidiario para la determinación de las reglas jurídicas.

En virtud del artículo 41 del Estatuto, la CIJ puede dictar medidas provisionales para resguardar los derechos de cada una de las partes sobre los que deberá de decidir en el procedimiento. Las medidas provisionales tienen un carácter doblemente transitorio ya que se pueden modificar en cualquier momento además de que son aplicables hasta que se dicta sentencia. El texto del artículo 41 tenía un problema de interpretación en cuanto a la obligatoriedad de las medidas provisionales debido a su traducción en francés e inglés,⁸³ el cual ya ha quedado resuelto por la CIJ en el caso LaGrand que se verá más adelante.

Además de su función contenciosa, la CIJ tiene función consultiva, la cual se ejerce a petición de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. Otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados, con autorización de la Asamblea General, pueden solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que correspondan al ámbito de sus actividades. Desde su establecimiento en 1946, la CIJ ha tratado 119 casos que los Estados le han sometido y las organizaciones le han solicitado 23 opiniones consultivas.⁸⁴

Aunque no puede desconocerse que la CIJ ha jugado un cierto papel de impulso y promoción de los derechos humanos en la sociedad internacional de nuestros días, tampoco puede ocultarse que el diseño institucional resultante de la Carta de las Naciones Unidas para el “desarrollo y estímulo de los derechos humanos” es de cuño netamente político por ser esa la

⁸³ Del texto francés deriva el mandato imperativo para la CIJ de indicar las medidas que “doivent être prises”; sin embargo, el tiempo verbal utilizado en el texto en inglés es un condicional, de modo que corresponderá a la Corte la adopción de medidas cautelares que “wch ought to be taken”, careciendo por tanto del carácter imperativo predicado respecto a la versión francesa. Véase TorreCuadrada García-Lozano, Soledad, “La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos)”, en *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, número 41, enero-abril 1999, p. 15. Gómez-Robledo menciona que el problema radica en que el artículo 41 del Estatuto de la CIJ utiliza el verbo “indicar” en lugar del verbo “ordenar”. Véase Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional V- 2005*, México, UNAM, 2005, p. 192.

⁸⁴ <http://www.cinu.org.mx/onu/estructural/cij.htm> (fecha de consulta: 03 de mayo de 2008).

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

condición de los órganos predispuestos a tales efectos a saber, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social.⁸⁵ Se regresará a este aspecto cuando se reflexione sobre el cumplimiento del fallo Avena al interior de EUA.

1. Caso Breard

La CVRC de 24 de abril de 1963⁸⁶ prevé en su artículo 36.1 los derechos a la información sobre la asistencia consular y el derecho a la asistencia consular.

Se mencionarán brevemente dos casos anteriores al Avena, ventilados ante la misma instancia, la CIJ: el caso Breard y el caso LaGrand (como se verá a continuación, el primero no se concluyó y en consecuencia no se emitió una sentencia; lo cual sí aconteció en el segundo caso y como se refirió la resolución fue posterior a la OC-16/99).

Considero oportuno mencionar que lo que se tomará como referencia es el hecho de que diversas personas (nacionales paraguayo, alemanes y mexicanos) fueron sentenciados a pena de muerte sin que durante su procedimiento se les hubiera concedido el derecho a la información sobre la asistencia consular y este último derecho le fue negado a los países de origen de los implicados. Por lo que no se hará mención a los motivos por los que todos ellos fueron detenidos en los EUA, ni se reflexionará sobre su inocencia o culpabilidad; el análisis se centrará sobre la necesidad de otorgar y garantizar el derecho a la información sobre la asistencia consular por parte de EUA o cualquier otro país, como un elemento para configurar el debido proceso legal.

En primera instancia se ventiló el caso Breard, en el que se trató la situación de Ángel Francisco Breard arrestado en Virginia en 1992 y condenado en 1993 a pena de muerte, cuya ejecución estaba prevista para el 14 de abril de 1998.

El 30 de agosto de 1996 por primera vez Breard (contando ya con asistencia de funcionarios consulares) alega violaciones a la CVRC ante el Tribunal Federal de Primera Instancia, solicitando un procedimiento de *habeas corpus*, el cual resolvió negando el recurso por dos motivos: 1. La infracción alegada es un defecto procesal y no sustantivo. 2. Puesto que no se había alegado en el procedimiento judicial previo no puede introducirlo ahora en un procedimiento federal de *habeas corpus*.⁸⁷

El 3 de abril de 1998, Paraguay presentó una demanda ante la CIJ contra EUA por violaciones a la CVRC; sometió también una demanda urgente de indicación de medidas

⁸⁵ Sainz Arnaiz, Alejandro, "El derecho internacional de los derechos humanos y su proyección, los ordenamientos estatales", en Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, p. XII.

⁸⁶ En vigor el 19 de marzo de 1967.

⁸⁷ Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "La indicación...", *op. cit.*, p. 12.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

provisionales para proteger los derechos de Breard. EUA en el proceso ante la CIJ reconoció que sus autoridades no informaron a Breard de su derecho a la asistencia consular, por lo que la CIJ apreció que este aspecto no estaba en disputa y lo que habría que dilucidar era si la solución pretendida por Paraguay (la *restitutio in integrum*) se encontraba entre los medios de reparación posibles establecidos por la CVRC. La CIJ dictó una serie de medidas cautelares⁸⁸ el 9 de abril de 1998; sin embargo, Breard fue ejecutado en Virginia el 14 de abril. Pese a las medidas provisionales la Corte Suprema de los EUA y el Gobernador de Virginia, James Gilmore, rehusaron dilatar la ejecución. El Gobierno de Paraguay, por nota de 2 de noviembre de 1998, hizo saber a la CIJ que, a pesar de haber depositado su memoria sobre el fondo del asunto el 9 de octubre del mismo año, no deseaba continuar con el proceso y solicitaba que el caso fuera tachado de las labores de la Corte. El 3 de noviembre EUA notificó a la CIJ que aceptaba el desistimiento de Paraguay y el pedido de que el caso fuera tachado de la actividad del Tribunal. En consecuencia, la CIJ dictó una ordenanza, el 10 de noviembre del mismo año, para hacer constar el desistimiento y ordenar la eliminación del caso de las labores del Tribunal.

2. Caso LaGrand

Por otra parte, posteriormente, en el *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)* se alegó la condena a muerte de los hermanos Kart y Walter LaGrand, arrestados en Arizona en 1982, sin que se les hubiese informado sobre su derecho a la asistencia consular. A pesar de que el arresto se dio desde 1982, Alemania intervino en el asunto hasta febrero de 1999, empero sus gestiones fueron infructuosas y Karl LaGrand fue ejecutado el 24 de febrero de 1999. Días después, el 2 de marzo de 1999, Alemania interpuso la demanda contra Estados Unidos de América ante la CIJ. La demanda iba acompañada de una solicitud de medidas provisionales para impedir que Walter LaGrand fuera ejecutado mientras el asunto estuviera pendiente de resolución ante la CIJ. La Comisión de indultos de Arizona, se reunió ese mismo día y aunque se pronunció en contra de la conmutación de la pena, recomendó al gobernador de Arizona un aplazamiento de la ejecución de sesenta días. El gobernador, haciendo caso omiso, autorizó la ejecución de la pena al día siguiente.⁸⁹

⁸⁸ Dichas medidas eran: 1. Que Estados Unidos de América adoptara las medidas necesarias para asegurar que A. F. Breard no fuera ejecutado mientras la CIJ resolvía el caso. 2. Que el gobierno de Estados Unidos de América informara inmediatamente a la CIJ de las acciones que adoptara en cumplimiento de la medida anterior así como del resultado de dichas acciones. *Ibidem*, p. 15.

⁸⁹ Pozo Serrano, Pilar, "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand", en *Anuario de Derecho Internacional*, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, XVII, 2001, p. 446. En este caso la CIJ dejó al criterio de Estados Unidos de América los medios para permitir el reexamen y revisión de los veredictos de culpabilidad; *cf.* López-Almansa Beaus, Elena, "Las medidas provisionales de la Corte

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

En virtud de la urgencia de la situación, la CIJ indicó el 3 de marzo medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 41 de su Estatuto arriba mencionado y el artículo 75.1 de su Reglamento, en las que señalaba que “los Estados Unidos de América deben tomar todas las medidas de las que dispongan para evitar que Walter LaGrand sea ejecutado antes de que se haya pronunciado una decisión definitiva en este caso” y añadía que el gobierno estadounidense debía de transmitir dicha orden al gobernador de Arizona.⁹⁰ Ese mismo día, Alemania interpuso ante la Corte Suprema de EUA una demanda contra EUA y el Gobernador de Arizona con la finalidad de hacer respetar las medidas provisionales: la demanda fue rechazada por la Corte aduciendo su tardía introducción así como los impedimentos derivados del derecho interno referentes a temas de competencia. Pozo Serrano señala que al igual que el asunto Breard, el *Solicitor General* de EUA, expuso la postura oficial según la cual las medidas provisionales indicadas por la CIJ carecen de carácter obligatorio y no pueden constituir la base jurídica de ningún recurso.⁹¹ Walter LaGrand fue ejecutado ese mismo día.

A diferencia de Paraguay, Alemania continuó con el procedimiento ante la CIJ. La sentencia, pronunciada el 27 de junio de 2001, estimó que EUA había incumplido las obligaciones que le impone la CVRC; e indicó, por primera vez en la historia de la CIJ, que las medidas provisionales ordenadas por ésta son vinculantes para el Estado al que se dirigen.

3. Caso Avena y otros nacionales mexicanos

Antes de iniciar este apartado, se estima pertinente hacer una precisión: tanto México como los EUA son, como miembros de las Naciones Unidas, parte del Estatuto de la CIJ y de la CVRC, así como del Protocolo Facultativo sobre Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias que acompaña a la Convención (este último fue denunciado en el año 2005 por EUA).

La falta de asistencia consular fue motivo de otra demanda, presentada por México contra Estados Unidos de América ante la CIJ el 9 de enero de 2003, a partir de la inobservancia del derecho de información sobre la asistencia consular en el caso de 54 nacionales mexicanos condenados a pena capital por tribunales norteamericanos de diversas entidades: California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregon. Este asunto se identificó como *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*. En la misma fecha de presentación de la demanda, México hizo una solicitud de

Internacional de Justicia en el asunto Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico vs. Estados Unidos)” en *Anuario de Derecho Internacional*, XIX, Universidad de Navarra, Pamplona, 2003, p. 425.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 447.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

medidas provisionales.⁹² La audiencia pública en relación a las medidas provisionales se llevo a cabo el 21 de enero de 2003 y las mismas fueron emitidas el 5 de febrero de ese año.

Mientras que en el Caso LaGrand, la CIJ estableció que Estados Unidos de América “*should take all measures at its disposal*”, en el caso Avena ordenó que los Estados Unidos de América “*shall take all measures necessary to*”.⁹³ Y ordenó tales medidas sólo en relación con los casos de César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Osbaldo Torres Aguilera, reservándose expresamente el derecho de hacerlo en relación con las demás personas enlistadas en la demanda de México si las circunstancias llegasen a requerirlo.

El fallo fue emitido el 31 de marzo de 2004, en el cual se ordenó a Estados Unidos de América revisar y reconsiderar el veredicto de culpabilidad y pena de los 51⁹⁴ nacionales mexicanos, en virtud de que había violado el derecho a la información sobre la asistencia consular y el derecho a la asistencia consular.⁹⁵

Sin embargo, mientras que la CorteIDH estableció que el artículo 36 de la CVRC está integrado a la *normativa internacional de los derechos humanos*, la CIJ no se pronunció respecto a si el derecho a la información sobre la asistencia consular es un derecho humano; pero sí estableció que la información sobre la asistencia consular podría ser otorgada paralelamente a la lectura de los llamados “Derechos Miranda”.⁹⁶

⁹² México solicitó que: 1. Que Estados Unidos de América adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que ningún nacional mexicano fuera ejecutado. 2. Que Estados Unidos de América adoptara las medidas necesarias para que no se fije ninguna fecha de ejecución a ningún nacional mexicano. 3. Que Estados Unidos de América informara a la Corte de las medidas adoptadas en observancia de las medidas anteriores. 4. Que Estados Unidos de América garantice que no se llevará a cabo ninguna acción que prejuzgue los derechos de México o sus nacionales respecto de cualquier decisión que la CIJ pueda emitir respecto al fondo del asunto. Asimismo, teniendo en cuenta que la CIJ puede dejar a elección de Estados Unidos de América los medios concretos de observar las medidas, como en el caso LaGrand, México solicito a la CIJ que no dejara duda acerca del resultado requerido. *Cfr.* López-Almansa Beaus, Elena, “Las medidas...”, *op. cit.*, p. 425.

⁹³ En la traducción castellana, la CIJ en el caso Avena indico que: “Los Estados Unidos de América deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los señores...” Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

⁹⁴ En el procedimiento se constato que: Enrique Zambrano Garibi poseía la doble nacionalidad y por ende no podía acogerse a los beneficios del artículo 36; Pedro Hernández Alberto sí había recibido asistencia consular antes de su interrogatorio; y, que Ramón Salcido era un nacional estadounidense. Por lo anterior, se retiraron dichos casos y de los 54 quedaron 51.

⁹⁵ La versión en inglés puede consultarse en <http://www.icjci.org/presscom/index.php?pr=605&pt=1&p1=6&p2=1> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2008). La versión en español se puede ver en Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, pp.194-196.

⁹⁶ Los llamados “Derechos Miranda” comprenden, principalmente, el derecho a guardar silencio, derecho a la presencia de un abogado durante el interrogatorio y el derecho a la asistencia de un abogado a cargo del Estado si la persona no puede pagarlo. Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

Gómez-Robledo señala que la CIJ incurrió en un “lamentable retroceso” en relación con el caso LaGrand, debido a que en el caso Avena solamente estableció que “Estados Unidos de América tiene la obligación de permitir la revisión y reconsideración de los casos de estos nacionales por los tribunales internos de Estados Unidos de América, con vistas a determinar si en cada caso, la violación al artículo 36 cometida por las autoridades competentes causó en efecto perjuicio al interesado en el transcurso de la administración de justicia penal; además de indicar que los veredictos de culpabilidad y las penas no pueden ser considerados contrarios al derecho internacional, sino sólo ciertos incumplimientos de obligaciones convencionales que precedieron tales veredictos y penas”. Mientras que en el fallo LaGrand la CIJ observó que “la cuestión de cuán útil o eficaz habría resultado la intervención del cónsul o si este último habría proporcionado su asistencia, es a todas luces irrelevante para los efectos del caso. Basta que la Convención de Viena otorgara estos derechos y que los interesados y el Estado de su nacionalidad se hallasen visto impedidos de recibir y de proporcionar la asistencia consular, según el caso, para que se configure la violación del artículo 36 y se pueda invocar la responsabilidad internacional”.⁹⁷

Gómez- Robledo observa que los tribunales de EUA se han negado a considerar las violaciones del artículo 36, con base en la doctrina de derecho interno conocido como “doctrina de la preclusión procesal”. Y menciona, en el caso Avena que la regla de la preclusión procesal impide al interesado hacer valer sus derechos al amparo de la CVRC y lo reduce a buscar en la Constitución de los Estados Unidos de América. Asimismo dice que el procedimiento de revisión y reconsideración debe darle todo el peso a la violación de derechos de la CVRC, independientemente del resultado de dicha revisión y reconsideración.⁹⁸ En el caso Avena se estableció que la doctrina de la preclusión procesal (*procedural default doctrine*) no se podía hacer valer frente a la violación de los derechos contenidos en el artículo 36 de la CVRC.

V. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS AMERICANOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCION INTERNACIONAL Y NACIONAL

En el contexto actual se puede hablar de “la sujeción del Estado Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁹⁹ Si antes los derechos humanos sólo valían en el

⁹⁷ Ibidem, pp. 211 y 212.

⁹⁸ Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, p. 215.

⁹⁹ Expresión de Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, pp. 72 y 73.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

ámbito de la ley, hoy las leyes y la Constitución misma sólo son válidas y democráticas si reconocen y garantizan derechos humanos.

La interpretación de la Constitución –dice Rodolfo Vigo- es una operación de mediación que permite introducir dicha norma en el mundo real,¹⁰⁰ es decir, a través de la interpretación judicial se coadyuva a la eficacia de la norma y al cumplimiento de sus fines. Es claro que la sola modificación legislativa no conlleva a un cambio inmediato en la realidad, pero si a ello se suma una interpretación judicial congruente con los compromisos internacionales asumidos por los Estados entonces se incrementan las posibilidades de lograr la observancia de los derechos humanos de migrantes.

Sin embargo, las Constituciones en múltiples ocasiones tienen redacciones y contenidos abiertos e indeterminados, como menciona Gregorio Peces-Barba: “los derechos aparecen normalmente en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto” y corresponde a los operadores jurídicos esa asignación; “en primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el derecho. Los derechos... al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave”.¹⁰¹

Aunque la interpretación puede corresponder a múltiples funcionarios o instituciones, el papel más relevante o de mayor trascendencia en la interpretación de los derechos humanos lo desempeñan los órganos jurisdiccionales en general, y en particular, los tribunales supremos de los países. Retomando a Rubio Llorente se puede decir que la interpretación jurídica de los derechos humanos es, esencialmente, la “interpretación judicial de los derechos humanos”.¹⁰²

Así, no puede negarse que, con base en el principio de subsidiariedad y complementariedad de los sistemas regionales e internacionales de protección de derechos humanos, “son los tribunales internos quienes tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos”;¹⁰³ esto es, los tribunales internos son los principales responsables de la protección de los derechos humanos.

¹⁰⁰ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 84.

¹⁰¹ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578.

¹⁰² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 584-585.

¹⁰³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 72.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

La importancia de la actividad jurisdiccional de los tribunales supremos americanos es evidente. En este sentido, Alexy señala que “el control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a- o en contra de- la legislación parlamentaria”.¹⁰⁴

El Poder Judicial de los Estados como intérprete de la ley puede ampliar o restringir sus alcances y cuando esa ley contiene derechos humanos, el intérprete puede ampliar o restringir el ejercicio de los mismos. Ahí radica su importancia y compromiso.

Lamentablemente, algunos órganos jurisdiccionales encargados de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales han realizado una interpretación restrictiva y no progresiva de los mismos, por lo que sus resoluciones son cuestionables y exponen a los Estados a una sentencia condenatoria por parte de la jurisdicción internacional. Es aquí en donde resalta la importancia de que las jurisdicciones internas e internacional de protección de los derechos humanos se relacionen de forma armónica, congruente y complementaria. Sin embargo, todavía existe la idea de que la jurisdicción internacional de derechos humanos atenta contra la soberanía de los Estados; en mi opinión quienes sostienen lo anterior no se han percatado de las transformaciones que han sufrido el concepto de soberanía y el principio de legalidad decimonónico. Actualmente no se puede hablar de la “soberanía del Estado” sino de la “soberanía de la Constitución”, o mejor dicho de la “Constitución sin soberano”.¹⁰⁵

1. Corte Suprema de Estados Unidos de América y la sentencia de la CIJ en el caso Avena (caso Medellín *vs* Texas): la confrontación

Los Estados asumen voluntariamente compromisos internacionales, así podría entenderse que los poderes públicos de los Estados tienen la obligación de impedir que se continúe produciendo un estado de afectación continuada de algún derecho, ello en virtud de que existen reglas y principios reconocidos constitucional e internacionalmente que prohíben violar la esfera jurídica de los particulares a través de actos contrarios a Derecho.¹⁰⁶

Antes de hacer referencia a la actuación de los EUA frente a la resolución de la CIJ en el caso Avena, se estima pertinente (por no decir justo) enfatizar que en México, según

¹⁰⁴ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 11.

¹⁰⁵ Los términos utilizados pertenecen a Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. Marina Gascón, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2007, pp. 12 y 13. Respecto a las fuerzas corrosivas o factores demolidores de la soberanía, cfr. *Ibidem*, pp. 11 y 12. En lo que se refiere a la crisis del principio de legalidad decimonónico y el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional, cfr. *Ibidem*, pp. 21-41.

¹⁰⁶ Silva García, Fernando, *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 318 y 319.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos,¹⁰⁷ se niegue el derecho a la información sobre la asistencia consular a migrantes irregulares, esto lleva a cuestionar la congruencia del Estado mexicano ya que ha sido uno de los países defensores de este derecho en la jurisdicción internacional y regional. No se profundizará en este aspecto por no ser objetivo del presente estudio.

La resolución de la CIJ en el caso Avena, en un inicio tuvo resultados positivos.¹⁰⁸ El Presidente Bush, el 28 de febrero de 2005, tomó la medida de ordenar, a través de un Memorándum dirigido al Procurador General de los Estados Unidos de América, que dicho país cumpliría sus compromisos internacionales en el caso Avena, mediante la solicitud que se haga a las cortes estatales; pero al mismo tiempo, el 7 de marzo de 2005, como se observó anteriormente, denunció el Protocolo Facultativo número dos de la CVRC concerniente a la obligatoriedad de las resoluciones de los conflictos de la CVRC claramente con la finalidad de evitar que se repitan otros casos Breard, LaGrand y Avena.

Posteriormente en el caso Medellín vs Texas la situación se modificó. Esto es preocupante debido a que de los 51 casos, sólo 8 habían sido revisados (y la pena de muerte se conmutó por la de cadena perpetua), quedando pendientes, en ese momento, 43 casos, 34 en California y 17 en Texas, según datos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El 25 de marzo de 2008 la Corte Suprema de Estados Unidos de América rechazó, en el caso de José Ernesto Medellín Rojas vs Texas, la revisión de los casos de imposición de la pena de muerte sin proporcionar los derechos contenidos en el artículo 36 de la CVRC, bajo el argumento de que no existen mecanismos internos para cumplir el fallo de la CIJ y que la resolución del Caso Avena no es derecho doméstico. Aunque esta resolución no es objeto principal de este estudio se hará una breve y necesaria referencia a ella para poder reflexionar posteriormente sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la CIJ y la cuál es el fin de su existencia: ¿brindar criterios que solamente orienten, debido a que sus resoluciones no se cumplen y pueden ser vetadas por Cortes Supremas de países desarrollados, o mejor dicho, los

¹⁰⁷ Véase, entre otras, las recomendaciones 24/2005 y 23/2006.

¹⁰⁸ Al respecto Gómez- Robledo reseña el caso de Osbaldo Torres, a quien se le fijó fecha de ejecución tres semanas antes del fallo de la CIJ en el caso Avena. México denunció el acto como violatorio a las ordenanzas de medidas provisionales; pero la CIJ en su fallo sostuvo que correspondía a EUA encontrar un recurso de reparación adecuado. El 13 de mayo de 2004 la Corte de Apelaciones Criminales del estado de Oklahoma decretó la suspensión indefinida de la ejecución de Osbaldo Torres y ordenó una nueva audiencia al nivel de una Corte de Distrito para revisar ciertas pruebas. Uno de los jueces, el juez Chapel en una opinión concurrente manifestó que conforme a la cláusula de supremacía del derecho integral consagrada en el artículo 6 de la Constitución de los EUA, la facultad de gobierno federal para celebrar tratados es independiente y superior a las facultades de los estados federados. Ese mismo día el Gobernador de Oklahoma decidió conmutar la pena de muerte por cadena perpetua. Gómez-Robledo, Juan Manuel, "El Caso Avena...", *op. cit.*, pp. 217- 219.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU?, ¿se instrumenta un mecanismo procesal costoso, con resoluciones congruentes, pero finalmente la impunidad prevalece?

En términos generales la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América sostiene que el fallo Avena no es directamente aplicable como derecho interno en los tribunales estatales y que el camino que escogió Bush a través de su memorándum tampoco constituye derecho federal que sea ejecutable por las Cortes Estatales. La mayoría de la Corte Suprema maneja argumentos incongruentes, inválidos e ilógicos,¹⁰⁹ pero no sorprende esta situación ya que en diversas ocasiones dicha Corte ha negado derechos a los migrantes; esta situación se agudiza cuando hablamos de migrantes que presuntamente han cometido un delito o cuando se trata de migrantes irregulares.¹¹⁰ Situaciones como ésta nos permiten

¹⁰⁹ Como ejemplos de este tipo de argumentos manejados por la mayoría se encuentran: a) que el Estatuto de la CIJ prevé resolver conflictos entre naciones, no individuos y específicamente las decisiones de la CIJ no tienen fuerza vinculante excepto entre las naciones, por lo que la resolución de Avena no constituye automáticamente derecho federal que obligue a las cortes estatales; Medellín es un individuo por lo que no puede ser considerado parte de la resolución Avena (aunque él sea uno de los 51 nacionales mexicanos protegidos por la sentencia de la CIJ); b) que el Protocolo número 2 sólo es un base para jurisdicción pero no obliga a cumplir con los fallos de la CIJ ya que no tiene previsto un mecanismo de ejecución; c) el artículo 94 de la Carta de la Naciones Unidas no reconoce una obligación sino un compromiso de carácter moral; d) aunque Estados Unidos de América haya violado el derecho internacional, para que el fallo de la CIJ sea obligatorio para las cortes estatales se requiere que el Congreso emita legislación por la cual se explicita en la mayor medida posible dicha obligación o deber, esto con base a que la mayoría diferencia entre los tratados self-executing y los non-self-executing, por lo que se requiere que el tratado diga o de a entender que es autoaplicativo. El voto disidente de los jueces Breyer, Souter y Ginsburg comienza mencionando la cláusula de supremacía del derecho internacional en la Constitución norteamericana: The Constitution's Supremacy Clause provides that "all Treaties . . . which shall be made . . . under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby" (Art. VI, cl. 2). A lo largo de su voto disidente, que tiene una extensión similar a la de la sentencia y cuenta con un apéndice, contraargumenta brillantemente los razonamientos de la mayoría. El juez Stevens votó con la mayoría, pero hizo un voto concurrente en el que menciona que: "When the honor of the Nation is balanced against the modest cost of compliance, Texas would do well to recognize that more is at stake than whether judgments of the ICJ, and the principled admonitions of the President of the United States, trump state procedural rules in the absence of implementing legislation. The Court's judgment, which I join, does not foreclose further appropriate action by the State of Texas". Véase la sentencia completa del caso Medellín vs Texas, así como el voto disidente y concurrente en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-984.pdf> (fecha de consulta: 28 de abril de 2008).

¹¹⁰ Para entender en que se basa esta afirmación véase Magallón Gómez, Guillermina, "Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año I, número 2, mayo-agosto 2002, pp. 67 y ss. En dicho texto la autora examina la cuarta y quinta enmienda y la sección 1981 del título 42 de la Ley Federal conocida como Ley de Derechos Civiles emanada de la decimotercera enmienda y su interpretación por el sistema judicial estadounidense. Otro ejemplo se encuentra en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, antes referido, cuyo voto disidente de la minoría (la decisión se tomó por una votación de 5 a 4) fue elaborado por el Juez Breyer, el mismo que elabora el voto disidente de la minoría en el caso Medellín.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

entender la variada capacidad de los Estados para implementar las normas de derechos humanos, nos permite además saber qué podemos esperar de ellos.¹¹¹ Más adelante, se mencionará el mecanismo previsto por la Carta de las Naciones Unidas para hacer exigibles las sentencias de la CIJ.

La Secretaría de Relaciones Exteriores, mediante comunicado 082, de 31 de marzo de 2008, dio a conocer que presentó una nota diplomática ante el Departamento de Estado de EUA por la decisión de la Suprema Corte de Justicia de ese país en el caso Medellín.¹¹²

Estimo pertinente retomar el pensamiento de Sánchez Rodríguez en el caso Breard y traerlas a cuenta del caso Avena: “el patente incumplimiento por Estados Unidos (de América)... ha producido un serio impacto en la opinión pública internacional por el irreparable efecto del mismo. Al mismo tiempo, ha dejado una sensación de impunidad ante una decisión de la CIJ pese a que los Estados Unidos en su calidad de miembro de las Naciones Unidas se comprometió a cumplir la decisión de la misma en todo litigio de que sea parte (artículo 94.1 de la Carta)...”¹¹³

En este sentido, pueden ser varias las deficiencias de la CIJ,¹¹⁴ no se ahondará en este rubro por no ser el objetivo principal del presente trabajo, sólo se mencionará que la dinámica de las relaciones internacionales en el siglo XXI ha evolucionado y que las cosas ya no pueden conceptualizarse como anteriormente se hacía en virtud de que, según Zagrebelsky, el Estado de Derecho ha evolucionado a un Estado Constitucional.¹¹⁵

En cuanto a la forma de ejecución de las sentencias de la CIJ, la Carta de la ONU, en su artículo 94.2, establece “si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al *Consejo de Seguridad*, el cual podrá, *si lo cree necesario*, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”. Mientras que el artículo 23.1 de la misma Carta indica

¹¹¹ Rodríguez Huerta, Gabriela, “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en Courtis Cristian/ Hauser, Denise/Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa/Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey, México, 2005, p. 243.

¹¹² http://www.sre.gob.mx/social/contenido/comunicados/2008/mar/cp_082.html (fecha de consulta: 28 de abril de 2008).

¹¹³ Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: a propósito de la demanda de la república de Paraguay contra los Estados Unidos en el caso Breard”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 14, 1999, p. 149.

¹¹⁴ Sobre este tema *cfr.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “La Corte Internacional de Justicia al terminar el siglo”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Vol. I, 2001, pp. 219-243.

¹¹⁵ Y en virtud de ello la ley se ha pulverizado, el principio de legalidad y la soberanía han entrado en crisis; y la Constitución, el pluralismo y los derechos fundamentales han emergido con fuerza. *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 21-45.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

“el Consejo de Seguridad se compondrá de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad”. Claramente se puede ver que todo culmina en un problema político y de juego de fuerzas, porque no hay una igualdad real en seno de las Naciones Unidas. En el Consejo de Seguridad los 5 miembros permanentes con derecho de veto limitan o impiden cualquier iniciativa de hacer cumplir un fallo cuando la parte que incumple es uno de ellos o un Estado “amigo”.

Privar de la vida a alguien cuando en el procedimiento judicial no le brindó el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye una privación arbitraria de la vida. Alexy da una versión resumida de la fórmula de Radbruch y señala que: “las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas;¹¹⁶ el caso Medellín es un claro ejemplo. Medellín fue ejecutado el 05 de agosto de 2008.

2. Otros Tribunales Supremos Americanos: la cooperación

Aunque aún existe renuencia de algunos Estados, otros han iniciado y consolidado un proceso de renovación constitucional que exalta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente de protección para las personas sujetas a su jurisdicción, cabe mencionar los casos de: Argentina,¹¹⁷ Colombia,¹¹⁸ Venezuela,¹¹⁹ Guatemala,¹²⁰ Ecuador,¹²¹ Perú¹²² y Costa Rica.¹²³

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Eleva diversos tratados de derechos humanos a rango constitucional (artículo 75.22 constitucional).

¹¹⁸ Su Constitución establece que los tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (artículo 93).

¹¹⁹ Indica que los tratados de derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículo 23 constitucional).

¹²⁰ “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” (artículo 46 constitucional).

¹²¹ “El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos convenios y más instrumentos internacionales vigentes” (artículo 44 constitucional).

¹²² “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (artículo 55 constitucional). Además introduce el principio de interpretación conforme a tratados en su cuarta disposición final y transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

Así también se ha 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,¹²⁴ Ecuador,¹²⁵ Costa Rica,¹²⁶ Perú¹²⁷ y El Salvador.¹²⁸

Nikken habla de la necesidad de una interpretación evolutiva que tenga en cuenta “la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones” y no duda en afirmar que “la interpretación del derecho ha sido un vehículo para extender el alcance de la protección ofrecida por un tratado sobre derechos humanos... la interpretación evolutiva o dinámica... en el ámbito de los derechos humanos, representa una nueva manifestación de progresividad”.¹²⁹

A diferencia de la Corte Suprema de EUA, otros Tribunales dentro del Continente Americano sí han incorporado los criterios y jurisprudencia emitidos por la jurisdicción internacional y regional además de aplicar el principio *pro homine* en la interpretación de los derechos humanos. Entre dichos tribunales se encuentran los de Colombia,¹³⁰ Costa

de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹²³ “Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República” (artículo 48 constitucional).

¹²⁴ 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”.

¹²⁵ Establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” (artículo 17 constitucional).

¹²⁶ “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).

¹²⁷ “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).

¹²⁸ “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).

¹²⁹ Nikken, Pedro, *La protección internacional...*, *op. cit.*, pp. 94, 95 y 97. Guastini define a la interpretación evolutiva a aquella que “rechazando o, en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido”; pero “no es necesariamente extensiva ni necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión cuanto una reducción del campo de aplicación de una determinada ley” *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trads. Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 50 y 51.

¹³⁰A manera de ejemplo: Corte Constitucional de la República de Colombia, caso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220, numeral 3 parcial del Código de Procedimiento Penal, sentencia C-004/03 de 20 de enero de 2003. Revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos*

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

Rica,¹³¹ Argentina,¹³² Perú,¹³³ Guatemala,¹³⁴ El Salvador,¹³⁵ Republica Dominicana¹³⁶ y Bolivia¹³⁷.

En México, existen esfuerzos de órganos jurisdiccionales federales por consolidar el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, así como su interpretación evolutiva y progresiva. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha señalado que:

el principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que *debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio*, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, *como dichos tratados forman parte de la*

Humanos/Tribunales Nacionales/Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 1, julio-diciembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos/Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, México, pp. 93 y ss.

¹³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, número 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII, en *revista Diálogo Jurisprudencial...*, *op. cit.*, p. 37.

¹³² Véase: Corte Suprema de la Nación Argentina, Caso *Ekmekjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo*, fallo 315:1492, de 7 de julio de 1992. *Ibidem*, pp. 3 y ss.

¹³³ Por ejemplo: Tribunal Constitucional del Perú, expediente 2488-2002-HC/TC, 18 de marzo de 2004. *Ibidem*, pp. 137 y ss. 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 X, 10.2, 104, en *ibidem*, p. 104.

¹³⁴ Entre otros: Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, Caso *Francisco Velásquez López*, Recurso de Casación número 218-2003, de 7 de octubre de 2004. *Ibidem*, número dos, enero-junio de 2007, pp. 41 y ss.

¹³⁵ 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*, número 1, pp.158-161.

¹³⁶ Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, caso Productos Avon, resolutive primero, 24 de febrero de 1999, en *ibidem*, número 1, p. 49.

¹³⁷ Como una muestra: Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, Caso *de amparo constitucional de Milton Mendoza y otros vs Presidente del Tribunal Permanente de Justicia Militar y la Sala Penal Primera de la Corte Superior de ese Distrito*, sentencia constitucional 0664/2004R, 6 de mayo de 2004. *Ibidem*, pp. 125 y ss.

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

*Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.*¹³⁸

Sin duda, este es un precedente interesante y relevante dentro de la interpretación de los derechos humanos en México, el cual debería de ser retomado por el máximo tribunal del país.

VI. RETOS Y PERSPECTIVAS

Difícilmente 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 y México no es la excepción. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) 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. En virtud de que en este estudio se sostuvo que las opiniones consultivas sí son vinculantes para los países que hicieron la consulta 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. Aunque la resolución en el caso Avena favoreció a México y sentenció a EUA, la interpretación de la Corte Suprema de ese país en el caso Medellín pone en peligro (por no utilizar un término absoluto como sería “descarta”) cualquier posibilidad de eficacia del fallo Avena. Actualmente, aunque puedan hacerse gestiones diplomáticas por parte de México y apelar a la compasión de los gobernadores norteamericanos, la única vía para hacer cumplir los fallos de la CIJ está vetada para México, debido a que EUA es miembro permanente del Consejo de Seguridad. Esto nos lleva a meditar seriamente sobre el mecanismo internacional previsto por la ONU y la eficacia misma de todo el sistema, el cual se sabe claramente que es político, pero no deja de causar preocupación que el derecho injusto sí sea derecho. Frente a este

¹³⁸ Amparo directo 202/2004, Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 2385, tesis I.4o.A.441 A. En este sentido, del mismo tribunal: Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y Otros. 21 de abril del 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa. La cursiva es mía.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
POR LA JURISDICCION NACIONAL E INTERNACIONAL
MORALES SÁNCHEZ**

panorama resalta la importancia y responsabilidad que tienen los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de todos los países en materia de derechos humanos.

3. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH, 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. Es importante evitar una actitud hipócrita por parte de algunos países que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, sostienen una parte importante de su economía con ella. Es indispensable que la OC-18/03 de la CorteIDH 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.

4. 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 no es suficiente 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.

5. Los Estados Constitucionales de Derecho han establecido al pluralismo como eje rector y han buscado mecanismos para que la Constitución adquiera fuerza normativa y no sea sólo un catálogo de buenos deseos o aspiraciones. En este ejercicio es fundamental instaurar y fortalecer los mecanismos de control de constitucionalidad; pero también es necesario entender que a la par del orden nacional, existe un orden internacional, por lo que el “control de constitucionalidad” de los países americanos debe de complementarse con el “control de convencionalidad” de las normas internas con los instrumentos internacionales de derechos humanos, en América preponderantemente con la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya interpretación, realizada por la CorteIDH, se configura como parte de la misma.

6. Son los tribunales internos americanos los encargados directos de la protección de los derechos humanos; en su actividad algunas Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales

**LA MIGRACIÓN EN PERSPECTIVA:
FRONTERAS, EDUCACIÓN Y DERECHO**

han ido incorporando criterios establecidos por la CorteIDH, además han realizado una interpretación extensiva y progresiva de los derechos. En otros Estados dentro del mismo continente no se ha dado la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que dificulta avanzar hacia el pleno ejercicio y garantía de los derechos. Actualmente se pretende que la relación entre las jurisdicciones nacionales e internacional en la garantía de los derechos sea coordinada, complementaria y congruente; sin embargo, no ha sido así en su mayoría. En múltiples países americanos aún existe una interpretación de los derechos humanos desvinculada de la jurisdicción internacional, esto perjudica el goce y ejercicio de los derechos, la consistencia y coherencia de la actividad interpretativa de estos órganos y genera la aplicación de criterios diversos en casos análogos sin realizar la ponderación pertinente (la cual comúnmente depende de las condiciones políticas del momento).

7. Es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno, en el ámbito interno e internacional y entre particulares, no sólo porque es lo justo y necesario sino porque la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de los nuestros. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.