



37

**El marco jurídico de la migración
y de los derechos humanos
de los migrantes**

JORGE A. BUSTAMANTE

DERECHO INTERNACIONAL

Mayo de 2003

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2003, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-74-63/64 exts. 703 o 704, fax 5665-34-42.

www.juridicas.unam.mx

20 pesos

DR © 2003.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. La tutela del Estado sobre el derecho a migrar. Los “Grupos Beta”.....	1
III. El adeudo con los “braceros”; una deuda pública.....	3
IV. El marco jurídico de los derechos humanos de los migrantes.....	4
V. El contexto internacional de los derechos humanos de los migrantes.....	7
VI. La contradicción dialéctica entre soberanía y los derechos humanos de los migrantes.....	9
VII. Relevancia teórica del diagrama para entender el presente.....	23
VIII. La co-rresponsabilidad de México en las muertes de migrantes en la frontera.....	29

I. INTRODUCCIÓN

Definir el marco jurídico del fenómeno de la migración de mexicanos a Estados Unidos, implica rebasar los confines del Derecho para entrar a los campos de la sociología, la ciencia política y la filosofía. No es el objetivo de esta ponencia hacer un análisis exhaustivo de la manera en que dicho fenómeno poblacional es estudiado y entendido en todos esos campos del conocimiento. Pero si lo es, el analizar algunos vínculos que se deben hacer entre varias disciplinas para entender cabalmente al fenómeno migratorio. Para los objetivos de este foro habría que empezar por entender la migración como una conducta humana que se deriva de un derecho tutelado por nuestra Constitución. En efecto, el artículo décimo primero de la Constitución Federal establece la libertad de tránsito dentro del territorio nacional y hacia afuera del mismo, para todos los individuos, independientemente de su nacionalidad. No es casual que este derecho al tránsito libre; o sea, a entrar o inmigrar a México, así como a migrar internamente y a emigrar hacia fuera del país, se encuentre en el capítulo de las garantías individuales de la Constitución de México. Es claro que el legislador constitucional quiso que el Estado mexicano tutelara el derecho a migrar, no solo de los mexicanos sino de todos los individuos. Ciertamente que la propia disposición constitucional citada establece limitaciones al mismo derecho que genera. Sin embargo, en la medida en que no se ha legislado su reglamentación, no se debe perder de vista la supremacía jerárquica que el legislador constitucional quiso darle a la libertad de tránsito o libertad de migrar, de la que se debe derivar todo el marco jurídico sobre el fenómeno migratorio, tanto interno como internacional.

II. LA TUTELA DEL ESTADO SOBRE EL DERECHO A MIGRAR. LOS “GRUPOS BETA”

Este principio de supremacía jerárquica parece haber sido ignorado al fincar la fundamentación legal de la intervención de la Policía Federal Preventiva (PFP) en cuestiones migratorias en la Ley General de Población. Igual error jurídico aparece en la fundamentación legal de la creación de los “Grupos Beta”. Por razones diferentes, en ambos casos, la referencia legal aplicable a la fundamentación legal de sus orígenes, no debió ser una ley secundaria como lo es la Ley General de Población, sino el artículo décimo primero de la Constitución de la República, que se encuentra dentro del capítulo de las “garantías constitucionales” que en hermenéutica jurídica esta por encima de las leyes secundarias.

El caso del fundamento legal más adecuado para la creación de los “Grupos Beta” merece atención especial. Según fue presentada la descripción de los “Grupos Beta” ante el grupo de expertos sobre migraciones internacionales de la OCDE, conocido por sus siglas en francés como SOPEMI¹, los “Grupos Beta” son grupos especiales integrados por agentes de fuerzas policiales

Jorge A. Bustamante (El colegio de la Frontera Norte e Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Ponencia preparada para ser presentada en el “Foro sobre el Marco Jurídico de Migración Internacional” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 12 al 14 de mayo de 2003.

¹ Carrillo, Alejandro, Informe anual del Corresponsal de México ante SOPEMI-OCDE, 1999.

de los gobiernos federal, estatal y municipal, cuya misión principal es la de proteger los derechos humanos de los inmigrantes en territorio mexicano, independientemente de su origen nacional, según quedó establecido en un acuerdo tripartita concertado en 1988 por el entonces Sub Secretario de Gobernación, Lic. Miguel Limón, con el Gobernador de Baja California, Ernesto Ruffo y el Presidente Municipal de Tijuana, Contador Carlos Montejo. Ahí quedo establecido que la misión para la que fueron creados los Grupos Beta, sería congruente con la libertad de tránsito que establece el artículo décimo primero constitucional. La manera mas ortodoxa de corregir el error jurídico de fundamentar la existencia de los Grupos Beta en la Ley General de Población, sería la de legislar sobre un reglamento para el artículo décimo primero constitucional que cubriera todas las funciones policiales asociadas con la migración. Si se entiende que dicho artículo undécimo establece la obligación del Estado mexicano de tutelar la libertad de migrar, se debe entender que la protección de los derechos humanos de los migrantes es inherente a la protección de la libertad de tránsito. Solo bajo este razonamiento se puede justificar la presentación de los Grupos Beta, que han hecho diversas autoridades de la Secretaria de Gobernación, como el primer grupo policial en el mundo creado con la misión específica de proteger los derechos humanos de los migrantes.²

Algunos agentes del Grupo Beta de Tijuana entrevistados por el autor, le han expresado que la ambigüedad con la que la Secretaría de Gobernación ha tratado la fundamentación legal y la definición de la misión de los Grupos Beta, ha tenido un efecto negativo sobre la seguridad en el empleo y el estado de ánimo de los agentes integrantes de este cuerpo. El hecho de que este integrado por policías del Estado, del Municipio y del Gobierno federal, ha hecho difícil de entender que funcionarios de la Secretaria de Gobernación hallan declarado a los medios que “los Grupos Beta no son policías sino “agentes de apoyo a los migrantes”.³ y que hayan recibido órdenes de la misma fuente, de no portar armas. Es lógico que si los agentes de los “Grupos Beta” actúan en un ambiente en el que participan destacadamente delincuentes de organizaciones criminales de “polleros” que operan en ambos lados de la frontera y, si sus contrapartes son policías armados de la “patrulla fronteriza” del gobierno federal de Estados Unidos, -ahora bajo la nueva Secretaria de Estado llamada en ingles Department of Home Land Security- los agentes del Grupo Beta deseen andar armados y ser considerados como guardianes del orden legal migratorio de su país; es decir, como policías. La razón detrás de estas incongruencias burocráticas esta en confusión que el Gobierno federal de México ha creado al encargar funciones policiales semejantes a la Policía Federal Preventiva y a los Grupos Beta. Parece haber habido un peso político independiente del interés de los migrantes, detrás de los traslapes operativos entre esos dos cuerpos, que hizo que se ignoraran los términos de un acuerdo celebrado entre el Gobierno federal y los gobiernos de Baja California y del municipio de Tijuana en el contexto del pacto federal, además de los años de operación y la historia de la creación de los Grupos Beta, al sobre imponérseles las órdenes dadas a la Policía Federal Preventiva para intervenir en cuestiones migratorias en la frontera norte. Este traslape de funciones dejó en una especie de “limbo” a los “Grupos Beta” cuando de pronto se les quitó el carácter de policías que les da su pertenencia original a cuerpos policiales no federales y se les prohibió portar armas al mismo tiempo que se esperaba de ellos un comportamiento de policías frente a delincuentes armados. El traslape no sería tan problemático si se definiera claramente el fundamento jurídico de la existencia de los Grupos Beta y se les siguiera tratando como un cuerpo policial tripartita, producto de un pacto federal entre los go-

² *Ibidem*

³ Bustamante, Jorge A. *Frontera-Tijuana*, enero 26, 2001.

biernos federal, estatal y municipal, cuyo objetivo principal es la tutela del derecho a migrar al que se refiere el artículo décimo primero de la Constitución de México.

III. EL ADEUDO CON LOS “BRACEROS”; UNA DEUDA PÚBLICA

No sería justo hablar del marco jurídico de la migración sin mencionar una de las violaciones más flagrantes y más antiguas que se han cometido en contra de los migrantes mexicanos por los gobiernos de México de varias administraciones. Se trata del incumplimiento de la obligación contraída por el Gobierno de México en varios “convenios de braceros” celebrados desde 1942 hasta 1964, de devolver a los “braceros” el importe de los descuentos del 10 por ciento de su pago salarial que fueron hechos por los patrones estadounidenses, como una garantía de que los “braceros” contratados regresarían a México, donde podrían cobrar la devolución de esos descuentos, en los bancos que el Gobierno de México designara para el efecto. La gran mayoría de estos descuentos nunca les fueron regresados a los “braceros”. Básicamente por las condiciones de pobreza y bajos niveles de educación de los trabajadores migratorios que emigraron a Estados Unidos dentro de la vigencia de aquellos acuerdos bilaterales sobre trabajadores migratorios temporales, los “braceros” no recibieron la devolución de esos descuentos.

Por la gravedad de la violación a lo establecido en un tratado internacional suscrito por el gobierno de México y ratificado por el Senado de la Republica, cualquier discusión sobre el marco jurídico de la migración y sobre los derechos humanos de los migrantes, debe destacar que los “convenios de braceros” adquirieron el rango de “ley suprema de la nación” en virtud de los dispuesto por el artículo 133 de la Constitución, dado que fueron negociados y firmados por el gobierno de México y luego ratificados por el Senado de la Republica. Por lo tanto, la violación de lo dispuesto por esos tratados, de devolver a los “braceros” el importe del descuento del diez por ciento su salario, constituye una *deuda pública*. Obviamente, tal violación constitucional no fue hecha por el actual Gobierno del Presidente Vicente Fox. La responsabilidad a la que aquí se alude no le corresponde como Jefe de Gobierno sino como Jefe de Estado. Como tal, es responsable del pago de la deuda pública legítimamente contraída y no pagada por sus predecesores. Desde este “Foro de migración y de derechos humanos de los migrantes” nos solidarizamos con los “braceros” que sobreviven de aquella época y que legítimamente siguen reclamando el pago de esa deuda al Estado mexicano.

En otro trabajo⁴ he propuesto los siguientes pasos que debería de dar el actual gobierno de México para cumplir con esa deuda de Estado: 1) Hacer un censo de los braceros sobrevivientes, dándoles facilidades para probar que trabajaron en Estados Unidos durante la vigencia de los “convenios de braceros” como única condición para ser acreditados como deudores. 2) Establecer un cálculo de una cantidad per cápita que serviría de base para el reconocimiento que hiciera el Presidente de la Republica de la deuda publica del Estado mexicano con los braceros. 3) Tomando como base los salarios que se pagaron a los braceros, según los datos de la investigación del Dr. Ernesto Galarza, la cantidad promedio, equivalente a la deducción del diez por ciento del pago de salarios que recibían los braceros en Estados Unidos durante la vigencia de los convenios de braceros, sería, a razón de ciento cincuenta dólares por semana por quince semanas de trabajo como promedio al año y, de un promedio de diez años trabajados por bracero, que daría

⁴ Bustamante, Jorge A. *Migraciones Internacionales y Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D. F. 2002.

una cantidad de 22,500 dólares como total de salarios ganados por braceros. Si el descuento acordado por los gobiernos de México y Estados Unidos, de acuerdo con los convenios de braceros, fue el 10% de lo pagado, el gobierno de México tuvo la obligación de devolver \$2,250 dólares por bracero. El vencimiento de este adeudo se acordó que fue al retornar el bracero a México. De acuerdo con los datos aportados por la investigación de Ernesto Galarza,⁵ la gran mayoría de los braceros acostumbraban a regresar a México después de la temporada agrícola en Estados Unidos, por lo que se puede calcular aproximadamente que en promedio regresaron una vez al año. Si se considera que los convenios de braceros se firmaron en diferentes versiones, de 1942 a 1964, el adeudo del Gobierno de México a los braceros fue cobrable desde el año de 1943 a 1965. Es decir, el adeudo ha sido cobrable por un promedio mínimo de 50 años. Si se calcula un 4% de interés anual sobre ese adeudo se estaría hablando entonces de un adeudo global de \$4500 dólares por bracero. En la paridad monetaria actual eso equivaldría a \$45,765 pesos por bracero al 8 de Mayo del 2003. Si se calcula un número de braceros sobreviviente al rededor de 5000, el importe total del adeudo a los braceros a cargo del Estado mexicano es de \$228, 825,000 pesos.

4) El pago de esa cantidad se debería de hacerse en una ceremonia pública con todos los braceros sobrevivientes, en donde se le hiciera entrega a cada bracero, el importe del adeudo que tiene el Estado mexicano con cada uno de ellos. En esa ceremonia el gobierno actual presentaría un documental que tendría la función de explicar al público mexicano la historia de los braceros y el porqué del pago de esa deuda pública. Tal documental debería estar supervisado por una comisión de expertos designada por el Consejo Consultivo de Ciencias de la Presidencia de la República. En la medida en que esta historia es poco conocida en el país, serviría de información con la que se explicara el pago de una deuda pública del Estado mexicano en favor de sus braceros. Es decir, la explicación de un acto de justicia.

IV. EL MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

En el contexto de los derechos humanos, el marco jurídico dentro del cual habría que hacer una evaluación de las condiciones en las que se encuentran actualmente los migrantes de México, tanto en su propio país, como en Estados Unidos como país de acogida de la casi totalidad de los migrantes internacionales mexicanos, se tendría que dividir el análisis cuando menos en dos partes o dos contextos diferentes. El contexto derivado de la naturaleza internacional de la migración que conduciría el análisis al país de acogida de la inmigración y a la relación de los inmigrantes con el Estado y con la sociedad de acogida. A esto se llamará aquí el contexto internacional. Por otra parte, habría que analizar a los migrantes como sujetos de derechos humanos en su país de origen. A lo que se llamará aquí el contexto nacional.

El marco jurídico del contexto nacional son, por supuesto, las propias leyes del país de origen de los migrantes; es decir, las leyes mexicanas. Menos obvio es el marco jurídico del contexto internacional. Si se considera que tanto el país de origen como el de acogida de los migrantes aquí aludidos son Estados miembros de la ONU, se puede sostener que el marco jurídico que cubre a los migrantes como sujetos de derechos humanos en ambos países es la Declaración

⁵ Galarza, Ernesto. *Problemas Agrícolas e Industriales de México* en 1958 (Número 1-2, Vol. X. pp. 1-180).

Universal de Derechos Humanos de la ONU y los instrumentos internacionales que hayan suscritos ambos países que incidan sobre el fenómeno de la migración internacional que los vincule.⁶

Para el estudio de ambos contextos se propone aquí un análisis dialéctico a la Hegel; es decir, el que propuso como método de análisis George Wilhelm Hegel antes de que Carl Marx “lo pusiera de cabeza” según sus propias palabras, para hacer su propio método. Lo que aquí se propone como método dialéctico es, buscar la contradicción conceptual de los derechos humanos. Para los efectos de este trabajo se propone el concepto de *vulnerabilidad* como lo contrario a una noción de derechos humanos entendidos como lo propuso la Sra. Mary Robinson cuando era Directora de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Entonces dijo: “los derechos humanos deben ser entendidos como un *empoderamiento*.”⁷ Entendidos así, su opuesto dialéctico es la *vulnerabilidad* de los migrantes, entendida ésta como una condición individual de ausencia de poder. Así fue como lo propuse para ser aplicado a los migrantes internacionales, en el proyecto de informe del “grupo de expertos” de la ONU sobre migración y derechos humanos que fuera aprobado por unanimidad en la Asamblea de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en Abril de 1999.⁸ Vistas las respuestas a los cuestionarios sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes entre cerca de 30 países miembros de la ONU que aparecen en otro trabajo, se puede decir que hay una especie de juego suma cero entre los derechos humanos y la vulnerabilidad: lo que un país le quita en derechos humanos a los inmigrantes-extranjeros, les aumenta en vulnerabilidad como sujetos de esos derechos.

En el contexto de las relaciones sociales de los migrantes, tanto en su país de origen como en el de acogida, los migrantes padecen de una condición de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, entendida ésta como una asimetría de poder entre migrantes y no-migrantes, tanto en el contexto nacional, como en el internacional. Claro que en este último caso se trata de la relación entre inmigrantes como extranjeros, con los nacionales del país de acogida. Esta condición de asimetría de poder es particularmente relevante en el contexto de las relaciones sociales de los migrantes tanto en la sociedad de su país de origen como en la sociedad de su país de acogida.

Para entender cabalmente esa condición de asimetría de poder a la que suelen ser sometidos los migrantes, es conveniente analizar separadamente los contextos nacional e internacional.

⁶ Las mas importantes normatividades internacionales, aceptadas como de validez universal y específicamente aplicables a los derechos humanos de los migrantes son las siguientes: convención internacional de derechos civiles y políticos (adoptada por la resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, adoptada por la Asamblea General de la ONU; convención en contra de la tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (adoptada por resolución de la Asamblea General de la ONU 39/46 del 10 de diciembre de 1984 en vigor desde el 26 de junio de 1987); resolución 1998/10 de la subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de minorías y; la normatividad mas completa sobre derechos de los migrantes (cuya entrada en vigor esta condicionada a la ratificación de un mínimo de 20 Estados miembros), la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y miembros de sus familias (que fuera adoptada por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/158 del 18 de diciembre de 1990). Convención ratificada hasta la fecha por 14 países, ninguno de ellos receptor de inmigraciones masivas. También la resolución 1998/10 de la subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de minorías que establece en un párrafo de superambulo lo siguiente: “profundamente preocupados por el crecimiento del fenómeno de racismo extremo, xenofobia e intolerancia violenta que afecta en particular a trabajadores migratorios, hombres y mujeres y miembros de sus familias...” .

⁷ Véase Robinson, Mary, *Human rights*, No. 1. (invierno) 1997-1998.

⁸ El informe corresponde a la resolución 1997/15 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en las reuniones “*Migración y Derechos Humanos*” celebradas en Ginebra, el 13 de Abril de 1997.

Esta condición de vulnerabilidad tiene un carácter estructural derivado de la definición que hacen los Estados nacionales, de quienes son nacionales y quienes son extranjeros, en la mayoría de sus Constituciones respectivas.

Para entender la vulnerabilidad de los migrantes en su contexto social, se debe entender la relación entre, por una parte, los migrantes *vis a vis* los nacionales de su países de origen y, por otra, los inmigrantes-extranjeros, *vis a vis* los nacionales de la sociedad de acogida de su inmigración. En la medida en que, en última instancia, es la Ley Constitucional, apoyada en el poder del Estado nacional, la que determina el marco jurídico de esas relaciones sociales, encontraremos que la mayor parte de esos Estados nacionales estatuyen cierta supremacía de los nacionales *vis a vis* los extranjeros. Es decir, cuando la definición Constitucional de quien es nacional y quien es extranjero se lleva al contexto de las relaciones sociales entre unos y otros, encontramos que el Estado nacional concede ciertos privilegios a sus nacionales que no concede a los extranjeros. Al hacer esto, la condición estructural de vulnerabilidad de los inmigrantes como sujetos de derechos humanos, es igual al tamaño de la desigualdad social entre éstos y los nacionales del país de acogida.

Si bien tal condición estructural de desigualdad de los inmigrantes-extranjeros, los coloca *de facto* en una relativa condición de inferioridad frente a los nacionales del país de acogida, no se debe entender que la intención del legislador Constitucional de cada país fue necesariamente la de crear una condición social de inferioridad para encasillar en ella a los inmigrantes-extranjeros. El hecho es que, en la realidad de las relaciones sociales de los inmigrantes-extranjeros con los nacionales del país de acogida, los inmigrantes se encuentran en una situación *de facto* de inferioridad relativa frente a los nacionales y, esa condición de inferioridad relativa esta apoyada por, o es congruente con, las leyes del país de acogida.

El caso de la relación social de los migrantes con los nacionales de su país de origen, su vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos se deriva de la asociación de naturaleza ideológica que hacen los individuos de la sociedad civil del país de origen de los migrantes, entre la definición social de migrante y otra condición socialmente subvaluada (mujer, niño-niña, indígena, minusválido, membresía religiosa, etc...) u otra condición socialmente construida, a la que la sociedad civil del país de origen de los migrantes le asigna socialmente una condición de inferioridad frente al resto de los no-migrantes de esa sociedad. Obviamente, tal asociación, de la que se deriva la condición de inferioridad que la sociedad civil del país de origen de los migrantes les asigna socialmente a éstos, tiene una dimensión ideológica y un contexto histórico que es distinto para cada país como es distinto el grado en que se les asigna a los migrantes tal condición de inferioridad, entendida ésta como una construcción social. Esto es particularmente palpable en México. Los migrantes indígenas, por ejemplo los mixtecos de Oaxaca-Puebla-Guerrero, son discriminados como migrantes internos en los lugares de destino de su migración en el territorio nacional, ya sea en el Distrito Federal, en Sonora o en Baja California, además de ser discriminados como indígenas. En realidad es difícil saber cual condición tiene mayor peso como factor causal del hecho de ser discriminados. El hecho es que lo son. En todos esos lugares de destino de la migración interna de los mixtecos, les pagan menos que a los trabajadores locales no-indígenas, por el mismo trabajo.

En contraste con la naturaleza ideológica de la vulnerabilidad de los migrantes en su contexto nacional, hay una dimensión objetiva de esta vulnerabilidad que puede ser enunciada sintéticamente como sigue: a mayor distancia del migrante respecto de su hogar, mayor será su vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos. Si bien este enunciado puede ser válido para

todos los migrantes, lo es mas para el contexto nacional de los migrantes internos, que para el contexto internacional de la migración. Por ejemplo, en México: Un migrante interno es menos vulnerable como sujeto de derechos humanos, conforme esta, físicamente, mas cerca de su hogar y de los suyos y viceversa. Sin embargo, para un inmigrante tijuanaense en San Diego, su condición de vulnerabilidad no varia tanto en función de la cercanía de su hogar cuando se encuentra en San Diego, sino en función del cambio del marco jurídico y social de su relación como extranjero con el Estado nacional (Estados Unidos) y con la sociedad de acogida de su inmigración.

V. EL CONTEXTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

La noción de soberanía, como fue entendida desde el Renacimiento por Bodino, ha permanecido como base del Derecho Constitucional con pocas, aunque importantes variaciones, hasta épocas recientes. Poco a poco han ido cambiando las bases sobre las que, doctrinariamente, se ha sostenido la noción de soberanía. En su origen conceptual, la soberanía se derivaba de Dios. De ahí, el “derecho divino de los reyes”. La potestad soberana de los monarcas, en el origen de los estados-nación, derivaba su naturaleza dogmática del mismo origen en el que se basaba la Iglesia Católica como institución. La evolución de las relaciones internacionales y del derecho constitucional, fue sustituyendo a la divinidad como fuente de la soberanía para luego imputársela al Estado-nación. Una vez que autores como Hegel construyeron el andamiaje teórico para sustituir a Dios como el origen de la soberanía del monarca y al Estado-nación como su titular, los enciclopedistas completaron el camino de lo sagrado a lo profano que condujo a “el pueblo” a ser concebido como el origen de la soberanía y de ahí a la noción del gobierno democrático como “del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, consagrada por la mayor parte de las constituciones de los países democráticos del mundo.

Es hasta la segunda parte del siglo XX que la noción de soberanía de los Estados, como base de las relaciones internacionales empezó a entenderse de manera menos absoluta y excluyente de como había sido entendida en siglos anteriores. Sobre tal proceso evolutivo se abundará en el presente trabajo.

Una parte aguas en esa diferencia substancial de la noción de soberanía respecto del pasado, fue el caso del *apartheid* en Sudáfrica.⁹

Durante muchos años, el gobierno de Sudáfrica defendió su régimen racista del *apartheid*, bajo la noción de ser una “cuestión interna” correspondiente a la soberanía de su país, con exclusión de la injerencia de otros países. Esta tesis, adicionada a la de que quienes luchaban dentro de Sudáfrica y se oponían afuera, contra el *apartheid*, eran “las fuerzas del comunismo internacional”, inhibió por un tiempo la reacción de la comunidad internacional. Conforme la violación a los derechos humanos, según eran entendidos por la “Declaración Universal” de la ONU, se hizo mas sistemática dentro de Sud África y mas evidente fuera de ese país, surgió gradualmente el consenso en la comunidad de naciones de que el régimen del *apartheid* era contrario a los principios consagrados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como base de la convivencia internacional y de los objetivos de paz para los que fue creada la Organización de las Naciones Unidas. A partir de ese consenso, se fue consolidando en la comu-

⁹ Horrel Muriel, *Action Reaction and Counteraction*. Johannesburg, South Africa Institute of Race Relations. 1963.

nidad internacional un nuevo principio de Derecho que vendría a modificar substancialmente la noción clásica de soberanía. Esto es, el principio de que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos. La implicación mas importante de este nuevo principio en el Derecho internacional fue la de justificar jurídicamente la intervención o injerencia de otros países en aquellos asuntos definidos como “internos” por un país, que estuvieran asociados a la violación sistemática de los derechos humanos. En otras palabras, una violación sistemática de los derechos humanos dentro de un país, tolerada implícita o explícitamente por el gobierno, no puede ser defendida bajo el principio de la autodeterminación o de la no intervención extranjera en los asuntos internos de un país. De esta tesis no puede seguirse, como lo han intentado algunos autores, la tesis de un “derecho de injerencia”.¹⁰ Mucho menos cuando este supuesto derecho es usado unilateralmente por un país para justificar su intervención en los asuntos internos de otro.

En el caso del régimen del apartheid de Sud África, la reacción de la comunidad internacional en su contra no partió de una iniciativa unilateral de parte de un país, sino del consenso que se fue construyendo gradualmente mediante los mecanismos que preceden habitualmente a la formación de acuerdos multilaterales de los cuales se deriva la creación de foros internacionales de participación múltiple, de los cuales surgen conclusiones o resoluciones adoptadas de manera multilateral que dan lugar a seguimientos multilaterales de los cuales se derivan los acuerdos o convenciones internacionales que son aprobados por un mínimo de países participantes y que después son ratificados por los órganos legislativos designados por las respectivas leyes constitucionales de esos países como condición necesaria y suficiente para considerar tales acuerdos internacionales como normas, con el mismo rango de obligatoriedad que las leyes internas derivadas de la ley constitucional.

El mal llamado “derecho de injerencia” surgió en la literatura de la década de los ochentas debido a las plumas de Mario Bettati, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de París y, de Bernard Kouchner, uno de los fundadores de “Médicos sin fronteras”¹¹ usualmente no ha sido precedido por un proceso formal análogo, al que si ha precedido a las acciones de una colectividad de países, en apoyo de acciones contra otro que ha sido acusado ante la comunidad internacional de tolerar violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Como quedó ilustrado con el caso de las acciones de la comunidad internacional en contra del gobierno de Sud África que pretendía defender el régimen racista del apartheid bajo la tesis de su “derecho soberano” para decidir sobre sus “asuntos internos”, la comunidad internacional ha dejado bien clara la preeminencia de los derechos humanos sobre una noción absolutista y excluyente de soberanía, cuando esta se usa para dejar en la impunidad la violación sistemática de los derechos humanos. Para estos efectos se entiende que la definición de derechos humanos es la que quedó plasmada por consenso internacional en la declaración universal de los derechos humanos en la que se fundamento la creación de la ONU.

¹⁰ En un sentido jurídico estricto, este concepto implica un contra sentido. En su lugar debe entenderse el derecho de la comunidad internacional a establecer concertadamente las condiciones bajo las cuales no es válido para un país defender, bajo el principio de la no intervención en asuntos internos, una práctica considerada por la comunidad internacional como contraria a los principios de convivencia internacional. En el fondo, esta es la razón que sostiene el art. 42 de la Carta de las Naciones Unidas que señala las condiciones para autorizar una intervención armada.

¹¹ Ambos se pronunciaron en contra del abuso de la noción clásica de la soberanía de los estados cuando esta era usada “para sacralizar la protección de las matanzas”. Véase: Mario Bettati y Bernard Kouchner, *Le Devoir d'ingérence* Paris, 1987

Algo muy diferente es la decisión unilateral de un país de usar su propia fuerza para invadir militarmente a otro, arguyendo como justificación una “defensa preventiva” ante la amenaza inminente del uso de armas de destrucción masiva por el país agredido o, ante la amenaza de estar asociado con, o de proteger a, grupos terroristas. Este fue la tesis, nunca demostrada fehacientemente por Estados Unidos, para invadir a Irak. También uso el Presidente George W. Bush como justificación de su decisión de hacerle la guerra a Irak, su liberación de la opresión del régimen de Sadam Hussein. En la medida en que Estados Unidos no obtuvo la aprobación de estas justificaciones de parte del Consejo de Seguridad de la ONU, el uso de la fuerza militar de parte de Estados Unidos contra Irak representó una violación del orden internacional. En particular de lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas.

VI. LA CONTRADICCIÓN DIALÉCTICA ENTRE SOBERANÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Un principio jurídico aceptado por la mayor parte de las constituciones del mundo es que, todo país tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir quien puede entrar y quien no, a su territorio.

De una manera análoga a la evolución del concepto de soberanía de una dimensión absoluta a una relativa, la noción de un ejercicio de esa soberanía, ligado al derecho de controlar las fronteras y de decidir y ejecutar la política nacional de inmigración, ha venido cambiando, de una rigidez absoluta, a una modalidad relativa, ligada a la evolución jurídica de los derechos humanos.

En ese proceso evolutivo se ha generado una aparente contradicción entre dos ejercicios de soberanía. Uno, derivado del derecho soberano de decidir y definir quien es nacional y quien es extranjero, del cual se deriva esa distinción que aparece plasmada en la mayor parte de las constituciones del mundo. Esa distinción, hecha como un ejercicio de soberanía, esta ligada íntimamente al principio de que todo país tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir quien puede entrar y quien no, a su territorio. Obviamente, tal ejercicio de soberanía implica un derecho correlato que privilegia a los nacionales respecto a los extranjeros en su derecho a entrar libremente a su propio país, derecho que les es restringido a los extranjeros o inmigrantes. En esta distinción entre el derecho irrestricto de los nacionales a entrar a su territorio y el derecho restringido bajo el cual pueden hacerlo los extranjeros, hay implícita una discriminación que es ampliamente considerada tan legítima como la noción de ejercicio de la soberanía de la cual se deriva. Si asumimos que detrás de toda discriminación hay implícito el establecimiento previo de una desigualdad social, en la distinción constitucional entre nacionales y extranjeros hay implícito el establecimiento de una asimetría de poder entre unos y otros. Tal asimetría es concomitante a la creación de una condición de vulnerabilidad para los inmigrantes-extranjeros como sujetos de derechos humanos; es decir de aquellos que quedan en la parte de menos poder en el establecimiento de tal asimetría.

Cuando esa asimetría de poder se transforma en un contexto de relaciones sociales entre nacionales y extranjeros-inmigrantes que es sancionada por el Estado mediante el establecimiento de accesos diferenciales para unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado, surge un marco jurídico de relaciones sociales que entra en contradicción con la noción mas amplia de derechos humanos en la que no cabe una distinción entre nacionales y extranjeros.

Este diagrama propone la contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía. Del lado izquierdo esta la definición que un Estado hace, generalmente en su Constitución, sobre quien es un nacional y quien es un extranjero. Cuando esta definición legal es personificada por nacionales y extranjeros al entrar en una relación social, se convierte en un criterio de desigualdad. En la práctica de las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros se va desarrollando un significado de sus interacciones que es entendido intersujétivamente por ambos actores de tal relación social. Este significado es lo que Max Weber entendió por *Gemeinten Sinn* o el sentido ínter subjetivo compartido por los actores de una relación social. Tal como lo ha explicado Alfred Schultz, la intersujektividad compartida es un resultado de la practica repetida de una relación social en la que un actor dirige una acción hacia otro, cuyo sentido es compartido por ambos. Esto implica un proceso sociocultural. En el caso de la relación social entre nacionales y extranjeros, así definidos por la ley, el sentido de su relación es el de una asimetría de poder. Una especie de valor entendido entre los actores de la relación social que comparten el mismo sentido de sus interacciones. En esa asimetría de poder, la probabilidad más alta es de que el extranjero acabe en una posición de subordinación frente al nacional. Esta desigualdad o asimetría de poder, por lo general se ve sancionada 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.

Concomitantemente a la sanción que el Estado hace del sentido de asimetría de poder que va a caracterizar a las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros, surge una condición de *vulnerabilidad* de los extranjeros, igual a la diferencia o ausencia de poder, que los coloca en una posición de subordinación en sus relaciones sociales con los nacionales, ya sean estos individuos o instituciones.

Siguiendo el diagrama, se entiende por *vulnerabilidad estructural*, la condición de impotencia que se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado. Tal es el caso de los extranjeros/inmigrantes ante los nacionales, cuando el Estado establece una diferencia de la que se derivan privilegios para los últimos. En la medida en que tal diferencia se deriva o esta apoyada en un ejercicio de soberanía del Estado, que se plasma en la ley constitucional, se genera una distancia que es transferida del ámbito jurídico al ámbito de las relaciones sociales, mediante una construcción social de esa distancia, que llega a definir la estructura de las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros. En esa transferencia hay implícito un proceso de retroalimentación que esta en la base de la explicación empírica del surgimiento del Derecho y que va de la dimensión *de facto* a la dimensión *de jure* a la dimensión *de facto*.

Una parte importante de esa “transferencia” es el procesamiento cultural de la asimetría de poder que en el origen de las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros fue establecido *de facto*, hasta que la “asimetría”, como hecho consumado, dejó de sostenerse en la fuerza, para pasar a ser sostenida por la norma, como valor entendido entre las partes de esa relación social, que implicó el cese de la resistencia a la asimetría de poder de parte de los sometidos mediante su aceptación de la norma. El resultado de ese procesamiento cultural --que tiene lugar en el espacio de la sociedad huésped donde se llevan a cabo las relaciones entre nacionales y extranjeros concebidas desde su origen-- es lo que en el diagrama se entiende por *vulnerabilidad cultural*. Esto es, 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 a la “vulnerabilidad estructural”. La fuerza social de tal elemento cultural, funciona tanto para la producción, como para la justificación, como para la reproducción de las condiciones de la vulnerabilidad estructural de los extranjeros/inmigrantes. En contraste con la “vulnerabilidad

estructural” que alude a una dimensión objetiva (el sometimiento de hecho que resulta de la relación entre nacionales y extranjeros en el país huésped), la “vulnerabilidad cultural” alude a una dimensión subjetiva, en la manera sociológica implicada por Pierre Bourdieu (1997, pp. 158-193) en su concepto de *habitus*. “La vulnerabilidad cultural” básicamente implica un producto del ejercicio de poder. Es decir, el poder implicado en cada justificación ideológica de la condición de subordinación a la que, es sometido el inmigrante \ extranjero como resultado de su relación social con los nacionales en el país huésped. Se entiende entonces, que los prejuicios étnicos, la retórica anti-inmigratoria, la xenofobia y el racismo caerían dentro del ámbito de la “vulnerabilidad cultural”. La importancia teórica de este concepto descansa no solo en la función que desempeña en la reproducción social de las condiciones de la “vulnerabilidad estructural” sino también en la manera en que ambas dimensiones de la vulnerabilidad tienden a reenforzarse entre si en el contexto social de las relaciones empíricas entre nacionales y extranjeros.

Como una ilustración del grado de dramatismo que llega a alcanzar esta virtual simbiosis entre esas dos dimensiones, se ofrece a continuación la narración de un incidente ocurrido en California.

Empezó en un camino de tierra en el norte del condado de San Diego en el área en que ese camino comunica a Black Mountain con Rancho Penasquitos. Ocurrió el 9 de noviembre de 1988. Ese día fueron descubiertos los cuerpos de dos migrantes mexicanos. Uno correspondió a Hilario Salgado Castañeda de 22 años. El otro cuerpo fue de Matilde de la Sancha, de 18 años. Ambos migrantes, en vida, se encontraban legalmente en Estados Unidos. Ambos habían recibido permisos temporales para trabajar en Estados Unidos mientras que sus solicitudes de visa para residencia permanente habían sido admitidas y estaba en proceso de resolución. Las autopsias mostraron que ambos migrantes habían muerto por balas disparadas a corta distancia por un rifle de alto poder. Los detalles y las evidencias acerca de este crimen fueron conocidos a plenitud, meses mas tarde. Sucedió que un joven de 17 años de nombre Kenneth Alexander Kovzelove, les presumía reiteradamente a sus compañeros de armas en un campo de entrenamiento para paracaidistas del ejército de Estados Unidos, que él había matado varios mexicanos. La insistencia con la que Kovzelove presumía ser el autor de esas muertes como si se tratara de una hazaña, hizo que sus compañeros lo denunciaran a sus superiores. Cuando el asunto se hizo publico, el joven Dennise Bencivenga de 19 años se entregó a la policía de San Diego para confesar que él había acompañando a su amigo Kenneth Kovzelove solo en lo que éste había llamado “una expedición para matar mexicanos”. En la escuela secundaria ambos jóvenes habían pertenecido a un grupo abiertamente racista asociado a los “skin heads”. De acuerdo con Bencivenga, el solo acompañó a Kovzelove manejando una camioneta pick-up en la que Kovzelove iba en la parte de atrás, armado con un rifle de alto poder fabricado en Corea. Las declaraciones de Bencivenga dieron lugar al arresto de Kovzelove. Este fue sometido a juicio y sentenciado a 50 años de prisión por homicidio premeditado. Durante su juicio Kovzelove declaro que el odiaba a los mexicanos y que se había enlistado en el ejército porque estaba convencido de que tarde o temprano Estados Unidos tendría que invadir a México militarmente. Kovzelove declaró que no quería perderse la oportunidad de participar en tal acción militar y decidió prepararse para la invasión de México. Declaró en el juicio que el día del asesinato de los dos migrantes “su válvula de presión que contenía su violencia se encontraba totalmente abierta”. Agregó que hubiera deseado que 50 mexicanos se le hubieran venido encima de manera que él los hubiera liquidado a todos con su rifle de alto poder.

Cuando el juez de la corte Superior de San Diego, William D. Mudd, pronunció la sentencia condenatoria, le dijo a Kovzelove las siguientes palabras: “tu eres un asesino a sangre fría, no hay otra manera de ponerlo, tendrás el castigo que te mereces... Los crímenes que cometiste no fueron crímenes de pasión sino crímenes de odio racial”.¹²

Las actuaciones en el juicio de Kovzelove ilustran un caso extremo de lo que aquí se ha llamado “vulnerabilidad estructural” de los migrantes. El “odio racial” que el juez William D. Mudd de la Corte Superior de San Diego, señaló como circunstancia agravante al sentenciar a Kovzelove a 50 años de prisión, no se refería a algún individuo seleccionado al azar. Ese crimen contra los migrantes mexicanos no le hubiera ocurrido a cualquier persona. Tanto por las declaraciones de Kovzelove como las de su cómplice Dennise Bencivenga su intención fue salir a buscar precisamente migrantes mexicanos. La selección de los dos migrantes asesinados no fue totalmente al azar. Fueron seleccionados como blanco del arma de Kovzelove con base en rasgos visibles, como el color de la piel, que en la mente de Kovzelove le identificaba a los mexicanos, Se pueden ver sus muertes como una evidencia elocuente de su “vulnerabilidad estructural”.

La relevancia sociológica de este concepto descansa en su aplicabilidad a cualquier otro caso de lo que en Estados Unidos se denomina como “crimen de odio”. En efecto, todas las víctimas de crímenes de odio son identificados por el victimario por un especie de “código indicador” que, en la mente del victimario le indica que la víctima es precisamente quien el esta buscando; esto es, el sujeto de su odio. Tales “códigos indicadores”, sean estos el color de la piel, el genero, los amaneramientos que el victimario percibe como indicador de homosexualidad, o bien por el estilo de peinado o de vestido o, por portar una estrella de David o cualquier otro ornamento religioso, todos ellos representan construcciones sociales que hacen vulnerable a la gente que exhibe alguno de esos “códigos” de manera conspicua en un ambiente en que existe una ideología con base en la cual se anatemisa a los portadores de esos “códigos”. Tal condición de vulnerabilidad, que es socialmente impuesta a la víctima, antecede a todos los crímenes de odio.

La “vulnerabilidad cultural” aparece claramente en las declaraciones de Kenneth Kovzelove acerca de sus motivos para matar a esos dos migrantes mexicanos.

La dramática repetición de los elementos principales del crimen cometido por Kovzelove, pocos años mas tarde, persuadió al autor de la relevancia del marco conceptual propuesto en este trabajo. En efecto, tal como fuera ampliamente informado por separado, por los diarios *Los Angeles Times* y *San Diego Union-Tribune* en sus ediciones del 19 de julio del año 2000, respectivamente en las paginas B1, B6 del primero y, A3 y A17 en el segundo, un grupo de 4 migrantes mexicanos, todos de mas de 60 años y todos legalmente en Estados Unidos, fueron salvajemente golpeados con tubos y barras de fierro al mismo tiempo que sus agresores les gritaban epítetos racistas. Los migrantes ancianos fueron heridos de gravedad. Uno de ellos se escapó de la muerte solo porque sus agresores lo dieron por muerto, cuando regresaron a la escena para golpear a los cuatro migrantes nuevamente. Los 7 adolescentes de raza blanca que agredieron a los migrantes en ese incidente fueron arrestados y enjuiciados como adultos de acuerdo con declaraciones del departamento de policía de San Diego quienes informaron que encontraron un trailer donde los adolescentes agresores fueron arrestados. En ese trailer la policía encontró inscripciones de graffiti con frases de sentido racista en contra de los mexicanos, acompañando las letras “KKK”.

¹² las palabras del juez Mudd están tomadas de una nota en el diario *San Diego Union-Tribune* publicada el 14 de febrero de 1990 en la Sección B-1. El resto de la narración esta tomado de notas publicadas en el mismo diario, particularmente una con el encabezado: “Homicidios asociados a creencias de supremacía blanca,” *San Diego Union-Tribune*, marzo 25 de 1989, Sección B1.

Lo que hace de este incidente digno de particular atención para los propósitos de este trabajo es que tuvo lugar precisamente en el mismo lugar que el anterior; es decir, en el camino que conecta a Black Mountain con Rancho Penasquitos en un área del norte del condado de San Diego.

Aunque no hay evidencia de alguna conexión entre uno y otro incidente, su denominador común es que ambos fueron calificados como “crímenes de odio” por las autoridades de San Diego.

Es difícil documentar una relación causal entre la retórica antinmigrante usada con frecuencia por políticos y activistas en el sur de California y las agresiones frecuentes contra inmigrantes mexicanos como las documentadas a propósito de los incidentes anteriormente aludidos. Sin embargo, es razonable suponer que tanto las expresiones ideológicas antimexicanas de Kozlove primero y de los agresores en el segundo incidente, no se originaron en el vacío.

Del proceso sociocultural de conformación de la vulnerabilidad estructural y de la vulnerabilidad cultural, surgen condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes. No debe entenderse la impunidad como un resultado necesario de la asimetría de poder entre nacionales y extranjeros, sino, a esa desigualdad estructural y a los elementos ideológicos que conforman la vulnerabilidad cultural, como una condición suficiente para que se den esas condiciones de impunidad.

Hasta aquí la explicación del proceso, que parte del lado izquierdo del diagrama, de un ejercicio de soberanía que hace crisis después del surgimiento de las condiciones de impunidad que van a chocar dialécticamente con el ejercicio de soberanía opuesto, que aparece del lado derecho del diagrama.

Desde ese lado derecho, empieza la oposición dialéctica, también a partir de la noción clásica de soberanía, salvo que en un ejercicio diferente al de su opuesto. Aquí, el ejercicio de soberanía es el que está implícito cuando un país toma la decisión de adherirse a un instrumento de normatividad internacional que coloca a los derechos humanos en una dimensión preeminente de la ley interna. Sobre todo cuando tal adhesión es luego debidamente ratificada por el órgano legislativo competente de acuerdo con su respectiva Constitución. Tal es el caso de la Carta de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA, promovida originalmente y, luego suscrita por el Ejecutivo y ratificada por el Senado de Estados Unidos. La importancia de este instrumento internacional está en el compromiso que adquirió Estados Unidos, en ejercicio de su soberanía, de respetar y hacer cumplir los derechos humanos, particularmente del derecho a la vida, que se menciona en el artículo primero de dicha normatividad internacional.

Estados Unidos ha adquirido el mismo compromiso sobre los derechos humanos en otros instrumentos normativos de carácter internacional, como lo hizo con la Convención Internacional de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, y como lo ratificó recientemente en la reunión interamericana celebrada en Santiago de Chile en donde el gobierno de Estados Unidos se comprometió a dar prioridad a los derechos humanos. Quizá lo más relevante de esta argumentación es que, de acuerdo a la ley constitucional estadounidense, los acuerdos internacionales que son ratificados por su Cámara de Senadores adquieren el nivel máximo de ley interna. Sobre este punto se abunda más adelante.

Un supuesto central para el entendimiento de la relación dialéctica que se propone en el diagrama es, que ésta es energizada por las relaciones internacionales del mercado que conoce-

mos bajo el término de *globalización*. Este supuesto implica que, conforme las relaciones internacionales de mercado requieren de una cierta homogeneidad de las “reglas del juego”, que dan seguridad a las transacciones económicas e internacionales, los países involucrados se ven en la necesidad de aceptar la validez interna de ciertas normatividades internacionales como es el caso de los derechos humanos. Luego, la práctica de las relaciones internacionales que implica la globalización se convierten en una fuente de derecho interno, en la medida en que los países involucrados se comprometen a cumplir los criterios internacionales entendidos como “reglas del juego” como es el caso de los derechos humanos.

Este proceso resulta claramente ilustrado con el caso del *apartheid*, que fue defendido por el gobierno racista de Sudáfrica como una cuestión de carácter interno en la cual no tenían derecho a interferir otras naciones. Es decir, como algo inherente al ejercicio de su soberanía. Como sabemos, las luchas encabezadas por Nelson Mandela y la presión de la comunidad internacional dejaron claramente establecidos que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos.

Este principio ha inspirado la concertación de diversos acuerdos internacionales que establecen la supremacía de los derechos humanos sobre el derecho soberano de los países para controlar sus fronteras y establecer su política de inmigración. No es que desaparezca tal derecho soberano, sino que no puede ejercerse en violación de los derechos humanos, sobre todo cuando un país ha aceptado una normatividad internacional que lo obliga a protegerlos sin distinción de nacionalidad habiéndoles otorgado una preeminencia sobre sus propias leyes, como lo hace el artículo primero de la Carta de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA.

Un ejemplo de preeminencia de los derechos humanos sobre otras leyes internas se encuentra en los llamados “Acuerdos de Schengen”, en virtud de los cuales los Estados miembros de la Unión Europea se comprometieron a tal preeminencia.

El diagrama sugiere que tanto el proceso evolutivo de la Unión Europea desde el original “Tratado de Roma”, hasta los acuerdos de Schengen, representan diferentes momentos del proceso evolutivo de la globalización.

Siguiendo la noción clásica de la dialéctica hegeliana, en el proceso al que se refiere el diagrama, hay una *síntesis*. Esta parte de la premisa de que, la colisión dialéctica entre el ejercicio de soberanía al que se refiere el lado izquierdo del diagrama, con el que proviene del ejercicio opuesto de soberanía, que se plantea del lado derecho, se refiere a la colisión entre las condiciones de impunidad por la violación de derechos humanos, con los criterios normativos internacionales de respeto a esos derechos. De esa colisión surge a manera de síntesis el concepto de *integración* de los inmigrantes/extranjeros. Tal concepto tiene acepciones diferentes en Estados Unidos y en Europa. En Estados Unidos se entiende por *integración*, lo que Milton Gordon llama la “asimilación estructural” de los grupos étnicos o minorías de origen extranjero. Este concepto sigue la tradición establecida originalmente por los estudios de Ezra Park sobre las relaciones interétnicas en Estados Unidos. De acuerdo con Park, los grupos étnicos minoritarios siguen un proceso de aceptación de los valores de los grupos dominantes en Estados Unidos que termina en su asimilación estructural. Esto, suponen Park y Gordon, implica también un proceso que termina con una sociedad receptora que deviene “color blind”, en que las diferencias étnicas tienden a su desaparición y la aceptación de dichas minorías por la sociedad huésped se hace general.

En cambio, en la Europa contemporánea, la *integración* de los inmigrantes/extranjeros a la sociedad huésped significa un tratamiento de iguales a nacionales y a extranjeros, ante la ley y

el Estado. Varios países Europeos como España, Dinamarca y Suecia han cristalizado tal significado de la integración de los inmigrantes/extranjeros, otorgándoles el derecho de voto en las elecciones locales, bajo ciertos requisitos de residencia.

Si bien en el contexto geográfico de Norte América, esta última noción de integración de los inmigrantes/extranjeros parecería estar a años luz de esa noción de integración, cada vez más predominante en Europa, el diseño del diagrama plantea, a guisa de prognosis, un escenario de “integración” a la Europea. Es decir, la desaparición *de jure* de las diferencias ante la ley y ante el Estado, en los derechos y privilegios de los nacionales frente a los extranjeros. Dado la evolución del derecho internacional como resultado de la globalización, la integración a la europea, llegará un día a las costas del continente americano.

Mary Robinson, alta comisionada de la ONU para los derechos humanos, propuso la noción de derechos humanos como una fuente de empoderamiento en un discurso inaugural del año académico en la Universidad de Oxford en 1997 en donde dijo: “una lección que necesitamos entender tanto como reflexionar en su enfoque es que, la esencia de los derechos es que estos otorgan un empoderamiento”.¹³ Siguiendo esa línea de pensamiento, *vulnerabilidad* es entendida en este trabajo como una condición caracterizada por la ausencia de “empoderamiento”.

Esta noción de derechos humanos como fuente de empoderamiento es crucial para el entendimiento de la noción de vulnerabilidad tal como esta es usada en el diagrama. Nótese que, aunque los derechos humanos derivan también de una de las dos nociones de soberanía en el diagrama, la de los derechos humanos se encuentra en dirección dialécticamente opuesta a la del origen de la distinción entre nacionales y extranjeros. El supuesto teórico detrás de esta relación dialéctica es que la dinámica de las relaciones internacionales en los últimos 50 años ha traído un proceso de relaciones internacionales de comercio que se ha dado en llamar globalización. Esta noción va mas allá de las relaciones de comercio y de intercambios financieros entre países en los cuales empezó ese proceso. El encogimiento virtual del mundo a través de comunicaciones electrónicas instantáneas ha facilitado un nuevo proceso de socialización de normas y valores que abarca a todo el mundo y que resulta en la internacionalización de cada vez más aspectos de nuestras vidas cotidianas. Esto ha significado que en todo el mundo hay individuos que se comportan de acuerdo con reglas similares independientemente de su ubicación geográfica. Este proceso de globalización ha contribuido a que los derechos humanos hayan alcanzado el grado de normas de validez internacional que han alcanzado.

Este proceso de socialización que cubre a todo el mundo, apareció claramente ilustrado en una reunión en 1999 en Bratislava organizada por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD). El autor fue testigo presencial de expresiones desinhibidas que sin rubor fueron hechas por representantes de varios países del este de Europa al tratar de demostrar en esa reunión estar listas para ser admitidas en la Unión Europea. Como se sabe, para ser admitidos como nuevos Estados miembros de la Unión Europea, los países aspirantes tienen que demostrar no solamente su completa aceptación de las normatividades internacionales acordadas por los actuales Estados miembros, sino también su completa disponibilidad para cumplir con esas normatividades. Algunas de ellas acordadas por los países miembros de la Unión Europea tienen que ver con los derechos humanos de los inmigrantes/extranjeros.¹⁴ Con esto no se

¹³ Véase Robinson, Mary, *Human Rights*, No. 1. (invierno) 1997-1998.

¹⁴ La Organización Internacional para la Migración (IOM) hizo una compilación de las principales normatividades referidas específicamente a los derechos humanos de los migrantes internacionales. En esa compilación la IOM identificó como derechos centrales de los migrantes en un documento oficial expedido en 1996 los siguientes: Dere-

sugiere que el ingresar a la Unión Europea es el único camino hacia el empoderamiento para los inmigrantes implicado en la noción de derechos humanos *a la Robinson*. Tampoco sugiere que los actuales Estados miembros de la Unión Europea cumplen cabalmente con todas las normatividades internacionales que se refieren a los derechos humanos a las cuales se han comprometido. Sin embargo, las relaciones internacionales que dieron lugar al nacimiento de la Unión Europea ilustran de manera muy clara lo que el proceso de globalización implica en sus diferentes etapas evolutivas y en diferentes regiones del mundo; esto es la internacionalización de valores, principios y normatividades de validez internacional.

En este proceso de internacionalización de normatividades, es de particular importancia para el entendimiento del diagrama la etapa marcada por la decisión soberana de un país de adherirse a las normatividades internacionales sobre derechos humanos.¹⁵ La mayor parte de las naciones democráticas cuentan con procedimientos constitucionales para sus cuerpos legislativos, comúnmente el Senado, para la ratificación de acuerdos internacionales o tratados. La mayor parte de esas constituciones dan igual rango jerárquico a la ley constitucional y a los acuerdos internacionales o tratados, una vez que estos han sido debidamente ratificados. Tal decisión tomada por esas naciones democráticas implican un ejercicio de soberanía. Este acto de soberanía es de la misma naturaleza que aquel que define quien es nacional y quien es extranjero en sus respectivas constituciones. Tales ejercicios de soberanía mostrados en los extremos opuestos del diagrama comparten el mismo origen en el pensamiento de Jean Bodin, Francesco de Vitoria y, mas tarde, con el nacimiento de los Estados nacionales, en el pensamiento de Diderot (en su famoso ensayo de 1751 sobre la autoridad política), así como en el pensamiento de Abad de Sieyès, y de los enciclopedistas, particularmente Jaucourt, quienes desarrollaron la noción clásica de soberanía como originalmente basada y dedicada en *el pueblo*.¹⁶ Estas nociones de soberanía usadas en el diagrama no son diferentes entre si. Solo dialecticamente opuestas en sus respectivos ejercicios.

cho a la vida; prohibición de la esclavitud y del comercio de esclavos; prohibición de detenciones arbitrarias prolongadas; prohibición de la tortura o de cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante; prohibición de la discriminación racial sistemática; derecho de autodeterminación; derecho del detenido a un trato humano; prohibición de penas con efectos retroactivos; derecho a la igualdad ante la ley; derecho a la no discriminación; derecho a salir de cualquier país y de regresar al propio.

¹⁵ Las mas importantes normatividades internacionales, aceptadas como de validez universal y específicamente aplicables a los derechos humanos de los migrantes son las siguientes: convención internacional de derechos civiles y políticos (adoptada por la resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, adoptada por la Asamblea General de la ONU; convención en contra de la tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (adoptada por resolución de la Asamblea General de la ONU 39/46 del 10 de diciembre de 1984 en vigor desde el 26 de junio de 1987); resolución 1998/10 de la subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de minorías y; la normatividad mas completa sobre derechos de los migrantes (cuya entrada en vigor esta condicionada a la ratificación de un mínimo de 20 Estados miembros), la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y miembros de sus familias (que fuera adoptada por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/158 del 18 de diciembre de 1990). Convención ratificada hasta la fecha por 14 países, ninguno de ellos receptor de inmigraciones masivas. También la resolución 1998/10 de la subcomisión sobre la prevención de la discriminación y protección de minorías que establece en un párrafo de superambulo lo siguiente: “profundamente preocupados por el crecimiento del fenómeno de racismo extremo, xenofobia e intolerancia violenta que afecta en particular a trabajadores migratorios, hombres y mujeres y miembros de sus familias...”.

¹⁶ Véase: Bendix, Reinhard, *Kings or People: Power and the mandate to rule*, Berkeley Cal.: University of California Press. 1978 pp. 362-370.

En el proceso de globalización, los países adquieren conciencia que el cumplimiento de ciertas normatividades internacionales como la referente a los derechos humanos, es una condición necesaria para ser admitidos dentro de ciertas organizaciones internacionales. Esos países aspirantes tienen que internalizar esas normatividades convirtiéndolas en leyes internas mediante el seguimiento de los procesos constitucionales de ratificación de esas normatividades por sus poderes legislativos.

Muchos países, incluyendo Estados Unidos, decidieron elevar el nivel de jerarquía interna de la declaración universal de los derechos humanos de la ONU, del nivel de “principios de derecho internacional” a leyes de vigencia interna, mediante la ratificación por sus poderes legislativos de diversos instrumentos internacionales tales como el Acta de Derechos y Deberes del Hombre de la OEA. Una vez que el Senado de Estados Unidos, en ejercicio de su propia soberanía, ratificó esta normatividad sobre derechos humanos, la convirtió en ley interna de plena vigencia nacional.

Cuando un país ejerce su soberanía para comprometerse con la comunidad internacional al respeto de los derechos humanos transformándolos en derecho interno, este ejercicio de soberanía se coloca en posición dialécticamente opuesta al otro ejercicio de soberanía que hizo en el pasado la distinción entre nacionales y extranjeros estableciendo una asimetría de poder entre ambos. Esta es una típica contradicción dialéctica. Representa lo que Hegel quiso decir con su noción de una relación dialéctica entre una tesis y una antítesis.

El diagrama muestra esta relación como la oposición dialéctica entre dos ejercicios de soberanía. Ambos entran en relación por un factor intermediario derivado de la práctica de las relaciones internacionales. Ese factor intermediario es lo que llamamos globalización.

En la medida en que la globalización implica que, cuando algunos países se interesan en ser admitidos en ciertas organizaciones internacionales, aceptan por lo regular ciertas reglas exógenas. Al hacerlo aceptan la auto imposición de una limitación a lo que de otra manera sería un ejercicio irrestricto de soberanía. Luego entonces, todos los países tienen el derecho soberano de decidir quien es nacional y quien es extranjero y a ejercitar un control sobre sus fronteras. Sin embargo, esto no puede ser considerado como una base jurídica para legitimizar la violación de los derechos humanos de aquellos que son definidos como extranjeros. Una vez que un país ha ejercido su soberanía para comprometerse ante la comunidad internacional a respetar, promover y defender los derechos de todos los seres humanos definidos como tales por la declaración universal de los derechos humanos de la ONU, ha aceptado implícitamente, auto limitar su derecho soberano para establecer una diferencia jurídica entre nacionales y extranjeros como sujetos de derechos humanos.

En otras palabras, la creciente intensidad y expansión de las relaciones internacionales en el mundo que comúnmente referimos como globalización, implica que no hay soberanía por encima del derecho de un país a limitar su propia soberanía.

Cuando un país ha tomado la decisión constitucional de comprometerse ante la comunidad internacional a la protección de los derechos humanos, tal como estos son entendidos en la Declaración Universal, la base para el empoderamiento ha nacido dialécticamente. Se puede decir, también ha nacido una paradoja. La de un empoderamiento originado en un acto de soberanía en favor de aquellos que previamente habían sido privados de los derechos que la normatividad internacional protege. Esta relación dialéctica entre una tesis y una antítesis habrá adquirido entonces plena cabalidad, En el proceso de llegar a ello, esa relación dialéctica produce también

una síntesis, que en este trabajo se entiende como una “integración”, de los inmigrantes/ extranjeros, entendida como producto de una decisión legislativa tomada en el país huésped, en virtud de la cual se establece la igualdad entre nacionales y extranjeros ante el Estado huésped y ante sus leyes.

Existe una distancia y una diferencia entre una situación *de jure* que establece la derogación de las desigualdades entre nacionales y extranjeros y una condición *de facto* de ausencia de esas desigualdades. Es muy frecuente que la condición *de jure* sobre venga con mucha anticipación a la condición *de facto*. Por lo común hay un periodo de praxis entre el establecimiento de la condición *de jure*, antes de que se pueda hablar empíricamente de la condición *de facto*. Ese nacimiento de las condiciones *de jure* que establecen la igualdad entre nacionales y extranjeros/inmigrantes como un componente de la ley vigente en el país huésped, marca el principio de un empoderamiento que no existía antes. Este esta relacionado inversamente con el fin de las condiciones de vulnerabilidad de los inmigrantes, tal como estas han sido entendidas en este trabajo.

En una reciente decisión de la Corte Interamericana de Justicia se uso la parte medular de la tesis anterior en la resolución conocida técnicamente como opinión consultativa CO-16/99, titulada “Sobre el derecho de información acerca de la asistencia consular bajo el derecho constitucional del “debido proceso judicial” (due process)”. Esta decisión del tribunal interamericano se refiere a lo establecido por la Convención de Viena sobre Asuntos Consulares, aprobada en 1963 por 92 países, incluyendo a todos los Estados miembros de la OEA (excepto Belice). Los artículos 5 y 36 de dicha Convención de Viena, estableció el derecho de los extranjeros a recibir asistencia legal de las autoridades consulares de su país de origen. Estos artículos establecen el mandato de que las autoridades del país huésped notifiquen a dichas autoridades consulares del extranjero/inmigrante, en caso de arresto o detención de cualquier índole. Lo mas importante de la decisión citada del tribunal Interamericano es que establece la falta de cumplimiento de esos derechos de los extranjeros/inmigrantes, derivados de la citada Convención de Viena, como una violación grave de los derechos al “proceso judicial debido”, establecido por el capítulo 14 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos de la OEA correspondientes al artículo II de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El diagrama implica que la vulnerabilidad de los inmigrantes/extranjeros como sujetos de derechos humanos es entendida como resultado de un proceso social que involucra al Estado. Tal vulnerabilidad tiene una contraparte dialéctica que también involucra al Estado. Esa contraparte es entendida aquí como la “integración” de los inmigrantes/extranjeros. Si la “vulnerabilidad” es entendida como una condición de ausencia de empoderamiento, la “integración” debe ser entendida como su opuesto dialéctico. Esto es, como el empoderamiento de los inmigrantes/extranjeros. Siguiendo la lógica de este supuesto teórico, de acuerdo con el cual la “vulnerabilidad” no puede existir sin el papel del Estado como instrumento virtual de su confirmación, la “integración” no puede existir sin el papel del Estado como instrumento real de su confirmación.

Hay sin embargo una diferencia importante. En el caso de la “vulnerabilidad”, el proceso social del cual se origina, es endógeno. Proviene de la dinámica de las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros/inmigrantes en el país huésped. La posición de subordinación impuesta sobre los extranjeros/inmigrantes es algo que el Estado del país huésped “confirma”. Aquí, la “vulnerabilidad” se ve virtualmente completada por el papel del Estado, ya sea por acción o por omisión, pero siempre en el contexto de ese tratamiento diferencial que el Estado huésped otorga

a los nacionales frente a los extranjeros. Todo esto involucra un proceso que es *interno*, tanto en su sentido legal como en su sentido social. En cambio, la “integración” como su contraparte dialéctica, es exógena. El proceso del cual se deriva la “integración” se origina, por lo común, en una “normatividad internacional”, misma que a su vez se deriva del contexto de relaciones internacionales del país huésped como una manifestación del proceso de globalización en el cual ese país huésped está inmerso. La relevancia de esta diferencia entre “vulnerabilidad” e “integración” aparece en su sentido más práctico cuando se le ve desde la perspectiva de un “rendimiento de cuentas” (accountability) de los países que se han comprometido a cumplir lo dispuesto por una normatividad internacional sobre derechos humanos. La comunidad internacional procesa ese “rendimiento de cuentas” de acuerdo con el principio de Derecho Internacional conocido como “responsabilidad de Estado”. Este es un principio aludido antes cuando en este trabajo se trató la co-responsabilidad de México y de Estados Unidos a propósito de las muertes de migrantes en la frontera. Este principio de “responsabilidad de Estado” es entendido como la obligación de un Estado-nación de reparar los daños derivados de las acciones u omisiones que sus representantes oficiales han causado en perjuicio de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes en territorio del país huésped. Tal es el caso de las muertes de migrantes en la frontera, asociadas causalmente a la “operación guardián”. Es la “responsabilidad de Estado” derivada del hecho de que esta fue diseñada, puesta en práctica y mantenida por el gobierno de Estados Unidos, de donde surge la obligación de compensar económicamente a los deudos de las víctimas de tales acciones gubernamentales.

Desafortunadamente el marco teórico-jurídico anterior tiene una dimensión de *real politik* marcada por las asimetrías de poder entre los países de origen y los países huéspedes o de recepción de las migraciones internacionales. Estas asimetrías de poder están claramente reflejadas en la ausencia de países receptores, en la escasa lista de países que han ratificado la convención internacional de la ONU sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias aprobado en 1990 por la Asamblea General de la ONU.

Aunque no hay otro instrumento de Derecho Internacional más completo que éste, que provea de requisitos para el (rendimiento de cuentas) acerca de la manera en que un país de inmigración está respetando los derechos humanos de sus inmigrantes, hay otros instrumentos de derecho internacional que se refieren expresamente a la *vulnerabilidad* de los inmigrantes/extranjeros.¹⁷

A esta altura del trabajo, la naturaleza internacional de la “vulnerabilidad” adquiere particular relevancia en la dialéctica del diagrama sobre los dos ejercicios de soberanía que han sido analizados en este trabajo.

El uso del concepto de “vulnerabilidad” ha implicado hasta aquí, que los inmigrantes/extranjeros son individuos. Como tales, son entendidos como ciudadanos o nacionales de un país diferente del de destino de su inmigración. Este entendido implica un contexto de relaciones internacionales, cuando menos *de facto*, entre el país de origen de los inmigrantes extranjeros y el país de destino de su inmigración. Esto implica a individuos (los inmigrantes) que se encuentran en alguna posición de poder dentro de una escala virtual que fuera, de cero poder (“ausencia extrema de poder”) a máximo poder. En este contexto se entiende que las condiciones mínimas de

¹⁷ Para un excelente análisis sobre los derechos de los extranjeros/inmigrantes en el derecho internacional vigente, véase : Goodwin/Gill and Perruchoud, “Basic humanitarian principles applicable to non-nationals”, en: *International Migration Review* 19, 1988, pp. 556-558.

poder de los inmigrantes surgen de factores endógenos en el Estado huésped. En cambio, las condiciones que resultan en “algún poder” para los inmigrantes/extranjeros, usualmente corresponden en su origen a los compromisos internacionales del país huésped y a su “responsabilidad de Estado”. En efecto, como se dijo antes, en el área de los derechos humanos, un país ya no puede recurrir con éxito a la tesis de que una violación sistemática de los derechos humanos dentro de su territorio, pertenece exclusivamente al ámbito de sus “asuntos internos”. Una vez que las violaciones sistemáticas a los derechos humanos han alcanzado en algún país un cierto nivel de persistencia y de visibilidad internacional, el argumento de exclusividad para sus “asuntos internos”, carece de validez ante la comunidad internacional. Cada vez son más comunes los casos que ilustran esta tesis en el escenario internacional. El caso del apartheid en Sud África fue quizá un parte aguas en el fin del uso exitoso de la tesis de “no intervención en los asuntos internos” cuando se trata de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Hubo un punto en el que la comunidad internacional decidió forzar a la nación de Sud África a rendir cuentas o ser “accountable” de sus responsabilidades internacionales por la violación de los derechos humanos de sus propios ciudadanos. El arresto del General Augusto Pinochet en Inglaterra fue otra gran marca en la evolución de los criterios aceptados por la comunidad internacional acerca de las responsabilidades individuales de un “jefe de Estado” en el caso de ciertos niveles de violación de los derechos humanos.

Si se entiende el “rendimientos de cuentas” (accountability) como una función del poder de quien lo reclama, la ausencia de poder correspondiente a las condiciones de “vulnerabilidad” hace el reclamo de rendimiento de cuentas por tal condición algo poco menos que imposible. Cualquiera que fuera el alcance de tal reclamo, es indiscutible que este sería de naturaleza interna. Esto es así porque tal reclamo correspondería al contexto de la estructura interna de poder de un país en el que las desigualdades dan lugar a reclamos de “rendimientos de cuentas” que son indudablemente de carácter interno. En cambio, cuando la noción de vulnerabilidad se refiere a inmigrantes como sujetos de derechos humanos, se está refiriendo por definición a una cuestión de carácter internacional. Esta será distinguible como tal, por la naturaleza jurídica diferente del reclamo de “rendimiento de cuentas” por la violación sistemática de los derechos humanos de los inmigrantes, que por definición involucra a, cuando menos, dos países: el de origen y el de destino de los inmigrantes.

La “integración”, como es entendida aquí es muy diferente de la “vulnerabilidad” en el sentido en que la parte interesada en el “rendimiento de cuentas” (accountability) es, por lo común, la comunidad internacional, ya sea representada por la ONU o por cualquier otra organización internacional con la cual los países miembros han aceptado el principio de “rendimiento de cuentas” como una “responsabilidad de Estado”. Esto quiere decir que la “integración”, a diferencia de la “vulnerabilidad”, implica un proceso externo en la evaluación del “rendimiento de cuentas”. La aplicación de este “rendimiento de cuentas” es de origen externo e implica llevar el reclamo de la “responsabilidad de Estado” al contexto internacional.

Volviendo al diagrama, habría que hacer notar sobre el punto anterior que, la secuencia que sigue la flecha mas allá del nivel que se indica como “relaciones internacionales”, de derecha a izquierda en el diagrama, queda integrada en la lógica del marco teórico anteriormente expuesto de una manera directa. La noción de una “comunidad internacional” solamente puede provenir de una práctica reiterada de relaciones internacionales de acuerdo con un conjunto de reglas previamente acordadas entre los países miembros de esa comunidad.

Este es el sentido fundamental en el que descansa la ONU como representación *por excelencia* de la comunidad internacional. Lo mismo se podría decir acerca de la Declaración Universal de Derechos Humanos como una representación *por excelencia* de un conjunto de principios normativos o de valores fundamentales que han llegado a ser compartidos expresamente por la comunidad internacional como *razón de ser* de la Organización de Naciones Unidas. Una practica progresiva en intensidad y en alcance de los intercambios internacionales dentro del proceso de globalización, dio lugar a un ascenso virtual en jerarquía jurídica del nivel de “conjunto de principios” al nivel de normatividades de obligatoriedad interna para los Estados miembros de la ONU en sus respectivas conductas hacia los otros Estados. Ese fue el proceso que dio lugar al nacimiento de la comunidad Europea y, más tarde, a la actual Unión Europea.

En la medida en que estas entidades internacionales representan ilustraciones históricas de diferentes etapas de un proceso de globalización, se esta hablando implícitamente de una evolución del proceso dialéctico representado en el diagrama. Esto esta lejos de ser solamente una abstracción. Un ejemplo dramático del proceso implícito en el diagrama en el que dos ejercicios de soberanía chocan entre si, queda ilustrado nuevamente en el caso de Sud África y del fin del régimen de apartheid. Lo más relevante de ese caso para nuestro análisis es la definición de soberanía nacional bajo la cual los Afrikaners sustentaron su reclamo de que el régimen de apartheid era un “asunto interno” acerca del cual ningún poder externo tenía el derecho de intervenir.

Como se sugiere en el diagrama, los “acuerdos de Schengen” firmados por los Estados miembros de la Unión Europea, representan la cúspide del proceso de “integración” como se ha entendido aquí, implicando la igualación de nacionales con extranjeros/inmigrantes, tanto frente a la ley interna como ante el Estado. Tal nivel alcanzado por los acuerdos de Schengen alcanza su máxima expresión en su recomendación a los estados miembros de la Unión Europea de otorgar a los inmigrantes/extranjeros el derecho a votar en las elecciones locales como un medio para alcanzar su completa “integración”. Esto indica elocuentemente que tan lejos ha llegado la evolución de la noción clásica de *soberanía*.

La culminación de la relación dialéctica apuntada en el diagrama con una síntesis representada por la “integración” de los inmigrantes/extranjeros como iguales a los nacionales ante la ley y el Estado, significa un empoderamiento o habilitación jurídica de los extranjeros/inmigrantes, cuya consecuencia sería la desaparición de la vulnerabilidad de los inmigrantes como sujetos de derechos humanos. Ese “empoderamiento” es concomitante a la preeminencia de los derechos humanos como ley interna en el país huésped, a partir de la cual, les es posible defenderse por si mismos de la discriminación y el abuso respecto de sus derechos humanos al adquirir condiciones de igualdad con los nacionales ante la ley y el Estado. Así es como el proceso planteado por el diagrama adquiere su total culminación.

Algo muy importante en el entendimiento del diagrama sobre la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos, es que se refiere a un período largo que no implica una evolución lineal. Implica un proceso que puede tener avances y retrocesos Ese período empieza con la tesis que se ubica del lado izquierdo del diagrama. Esta es sucedida por la antítesis que se ubica del lado derecho. De la contradicción dialéctica de ambas, surge una síntesis, que se conceptualiza como el surgimiento de la “integración” de los inmigrantes/extranjeros, con la cual culmina el proceso al que se refiere el diagrama. Este proceso deriva su dinámica de la globalización. El diagrama presentado tiene su referente empírico en la evolución que han tenido los derechos humanos en el derecho internacional y en el derecho interno, particularmente en el desarrollo jurídico-político de la Unión Europea. El diagrama plantea una cierta predicción como

herramienta de análisis. Esta es que, el proceso de globalización conducirá a que un día, la síntesis planteada como una “integración” de los inmigrantes/extranjeros en igualdad de derechos y privilegios que los nacionales, llegará al continente americano.

VII. RELEVANCIA TEÓRICA DEL DIAGRAMA PARA ENTENDER EL PRESENTE

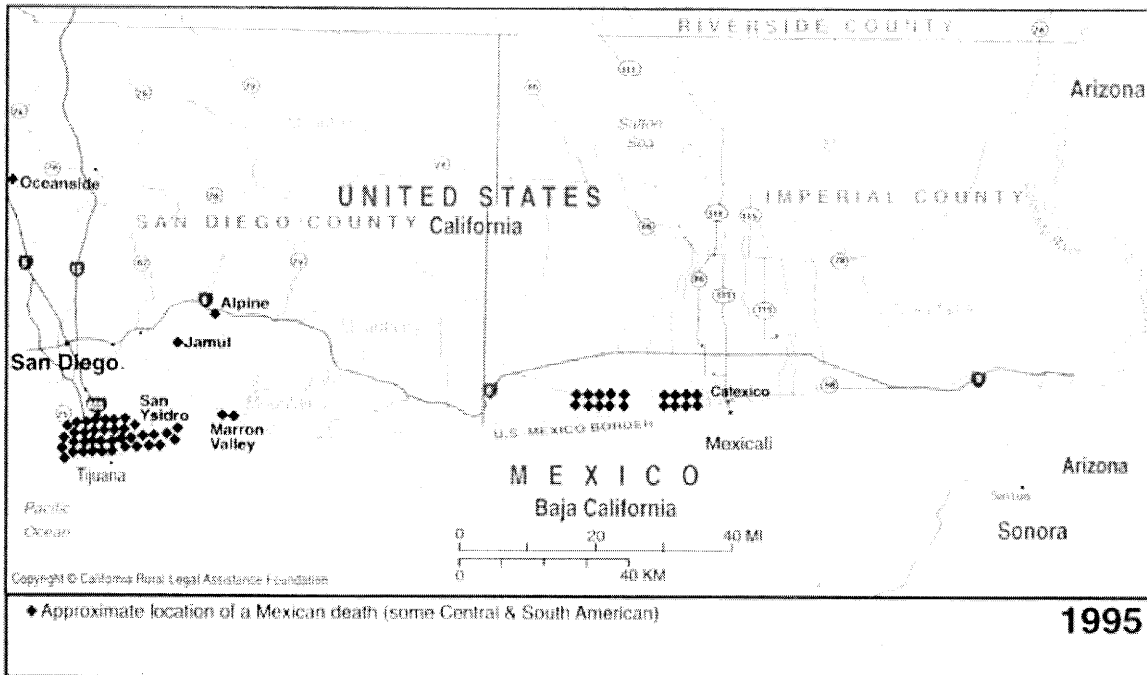
El marco teórico que encierra el diagrama, adquiere relevancia frente al debate que se ha generado en torno a las muertes de inmigrantes irregulares mexicanos en la frontera. Dos ONG’s estadounidenses con sede en California (American Civil Liberties of San Diego and Imperial Countries y California Rural Legal Assistance Foundation) han denunciado al gobierno de Estados Unidos ante la Corte de Derechos Humanos de la OEA, el pasado 9 de mayo de 2,001, bajo el argumento de que la “operación guardián” (“Operation Gatekeeper”) diseñada, puesta en práctica y mantenida por el gobierno de Estados Unidos, viola el Artículo primero de la Carta de Derechos y Deberes del Hombre de la OEA porque viola el derecho a la vida, que es el derecho mas fundamental de los derechos humanos. Arguyen los denunciantes que, si bien Estados Unidos tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras, éste no es un derecho absoluto pues no puede ejercerse en violación del derecho a la vida. Seiscientas treinta y nueve muertes de inmigrantes solo en el sector de California desde octubre de 1994 en que se inició la “operación guardián”, son imputadas a lo que en Derecho Internacional se entiende como “responsabilidad de Estado” de parte de Estados Unidos por haber diseñado y sostenido tal operación de carácter policial. Las autoridades de inmigración de ese país niegan tal responsabilidad con el argumento de que tal “operación guardián” corresponde al derecho soberano de su país de controlar sus fronteras y lo que suceda en el ejercicio de ese derecho es un asunto de carácter interno en el que no tiene derecho a intervenir ninguna nación ni institución extranjera.

Ciertamente esas muertes de inmigrantes se pueden concebir como una ilustración de la vulnerabilidad de los inmigrantes, si no por otras razones, por que esas muertes siguen ocurriendo, como sucedió con los catorce inmigrantes que murieron en mayo del 2,001 en el desierto de Arizona. Esas muertes han avivado el debate al que se hizo alusión al explicar el diagrama.

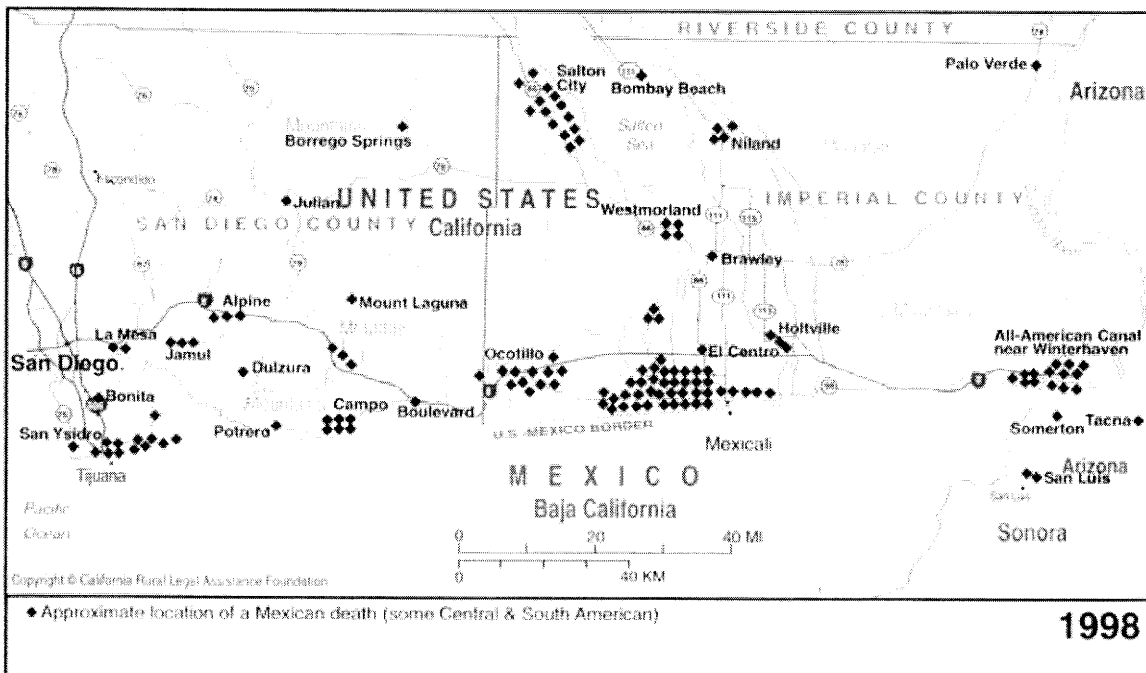
La relevancia de definir a la operación guardián como una acción gubernamental diseñada por Estados Unidos cuyo objetivo en su diseño inicial, fue el desvío de la entrada de migrantes indocumentados a territorio estadounidense y cuyo resultado no previsto, pero oficialmente reconocido fue, la muerte sistemática de los migrantes indocumentados, tiene que ver principalmente con la “responsabilidad de Estado” entendida en derecho internacional como una fuente de obligaciones internacionales, particularmente la de la reparación del daño.

La relación entre el diseño de la operación guardián quedo reconocida expresamente como asociada a las muertes de los migrantes desde el inicio de su puesta en practica en 1994 en el informe de la dependencia federal del gobierno de Estados Unidos conocida como General Accounting Office (GAO), publicado en agosto de 2001 bajo el titulo *INS’s Southwest Border Strategy; Resource and Impact Issues Remain After Seven Years*. En las páginas 24 y 25 de este informe oficial se reconoce la asociación entre las acciones de la policía fronteriza y la ocurrencia e incremento de número de muertes de migrantes en las áreas geográficas que cubren sus operaciones. Este reconocimiento oficial es suficiente para dejar establecida lo que se entiende en derecho internacional por “responsabilidad de Estado”.

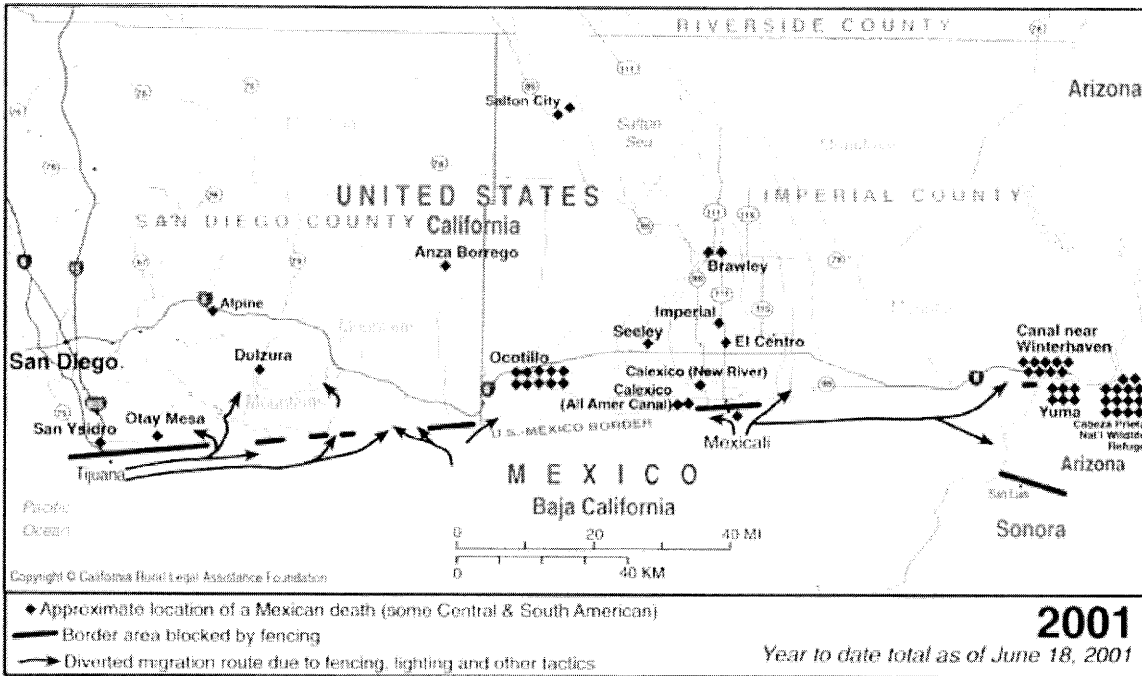
MAPA 1



MAPA 2



MAPA 3



*Tanto los mapas sobre las muertes de migrantes como el cuadro sobre estadísticas de detenciones y la gráfica sobre causas de la muerte de migrantes, fueron elaborados por la abogada Claudia Smith de la Fundación para la defensa legal de los trabajadores agrícolas de California con sede en San Diego. Dejo constancia de mi agradecimiento por su generosidad de permitir su reproducción en este libro y de mi admiración por su dedicación y solidaridad con los migrantes de México y de Centroamérica.

CUADRO 11

**ESTADÍSTICAS DE DETENCIONES PARA
LA FRONTERA SUROESTE**

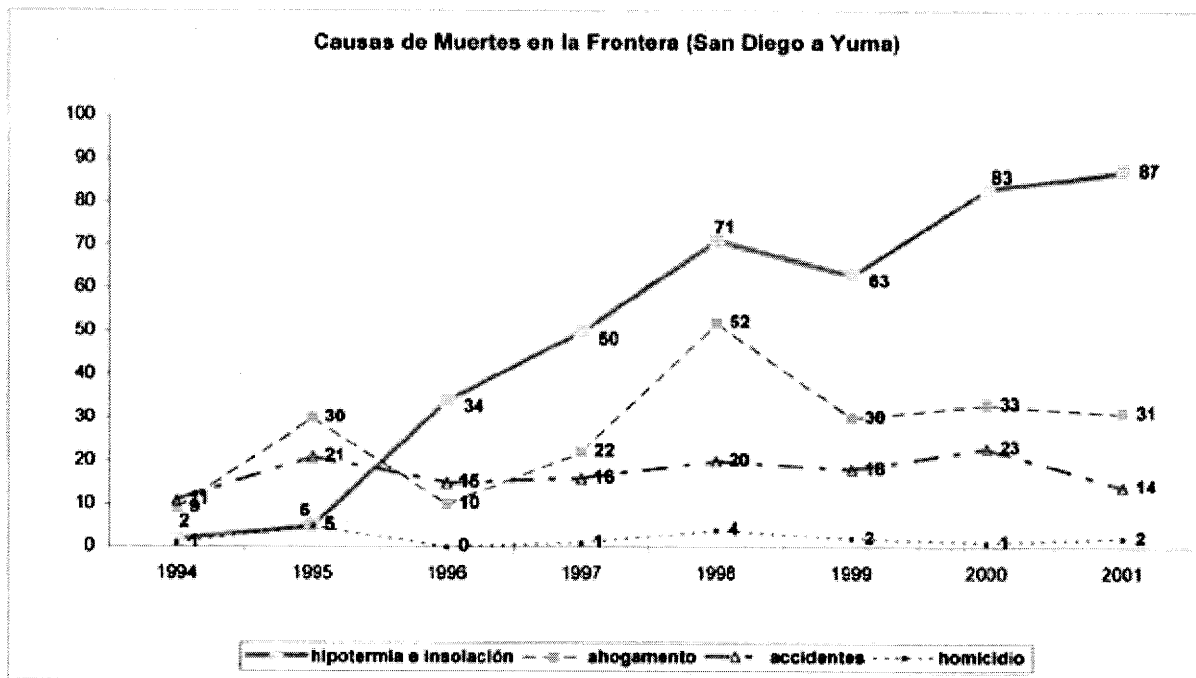
SECTOR	FY 94	FY 95	FY 96	FY 97	FY 98	FY 99	FY 00	FY 01	% cambio FY 00 a FY 01	% cambio FY 94 a FY 01
California										
San Diego	450,152	524,231	483,815	283,889	246,092	132,248	151,681	110,075	-27%	-76%
El Centro	27,654	37,317	66,873	146,210	226,580	225,290	238,126	172,852	-27%	84%
TOTAL	477,806	561,548	550,688	430,099	472,672	407,538	389,807	282,927	-27%	-41%
Arizona										
Yuma	21,211	20,894	26,310	30,177	76,195	93,386	108,747	78,385	-28%	73%
Tucson	139,473	227,529	305,348	272,397	387,406	470,449	616,346	449,675	-27%	69%
TOTAL	160,684	248,423	331,658	302,574	463,601	563,835	725,093	528,060	-27%	70%
Texas										
El Paso	79,688	110,971	145,929	124,376	125,035	110,846	115,696	112,837	-2.5%	29%
Marfa	13,494	11,552	13,214	12,692	14,509	14,953	13,619	12,087	-12%	-10%
Del Rio	50,036	76,490	121,137	113,280	131,058	156,656	157,178	104,875	-33%	52%
Laredo	73,142	93,305	131,841	141,893	103,433	114,004	108,973	87,068	-20%	16%
McAllen	124,251	169,101	210,553	243,793	204,257	169,115	133,243	107,843	-19%	-13%
TOTAL	340,611	461,419	622,674	636,034	578,292	565,574	528,779	424,730	-20%	20%
Total para frontera suroeste	979,101	1,271,390	1,505,020	1,368,707	1,514,565	1,536,947	1,643,679	1,235,717	-25%	21%

Prepared by California Rural Legal Assistance Foundation, based on information obtained from U.S. Border Patrol (Washington, D.C. Headquarters and the nine Southwest border sectors)

11/27/00

F:\Users\Gatekeeper\updates\Approchensions

GRAFICA 8



Como puede apreciarse en el cuadro y la gráfica anteriores, las detenciones de migrantes indocumentados han venido bajando, sobre todo en el área de San Diego, pero no las muertes por hipotermia e insolación. Los datos del Servicio de Inmigración y Naturalización sobre detenciones nunca han correspondido al número de inmigrantes indocumentados porque las detenciones son eventos y no individuos diferentes. Un mismo individuo pudo haber sido detenido mas de una vez en en mismo día, ya no digamos en un año. Por eso no se puede decir que la disminución en las detenciones representa una disminución en el número de inmigrantes indocumentados, como lo hacen las autoridades de la Patrulla Fronteriza, que han dicho que la disminución en las detenciones es resultado de su efectividad en su papel de cerrar la frontera a esa inmigración. En todo caso, el aumento de las muertes por hipotermia e insolación que se observa en la gráfica si sugiere un aumento en el número de individuos que intentan entrar sin documentación migratoria a Estados Unidos por las áreas de la frontera hacia donde han sido virtualmente empujados para entrar por la “operación guardián”. El efecto que realmente produjo la “operación guardián” sobre los flujos de inmigrantes indocumentados desde México no fue una disminución de sus volúmenes en su flujo de entrada a Estados Unidos, sino un cambio en los lugares habituales de entrada, hacia el este de las mas tradicionales, cerca de San Diego. En ese proceso, el número de muertes de inmigrantes ha ido ascendiendo a una tasa de más de un migrante muerto al día como promedio, en el área cubierta por la operación guardián. Algunas organizaciones no gubernamentales de Estados Unidos como la Rural Legal Foundation de California a través de la abogada Claudia Smith y, la American Civil Liberties Union of San Diego and Imperial Counties, acusaron a su propio gobierno de haber violado los derechos humanos de los migrantes a través de la “operación guardián”. En una queja presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, esas organizaciones no gubernamentales estadounidenses esgrimieron la tesis de que la puesta en práctica de la “operación guardián” implicó una violación de parte de Estados Unidos a la carta de derechos humanos de la OEA. Ninguna institución mexicana, ya no digamos el gobierno de México, reaccionó en solidaridad con la presentación de esa queja inter-

puesta por organizaciones no gubernamentales estadounidenses a través de ciudadanos de ese país. Lejos de haberse solidarizado con tal iniciativa de queja, el presidente Zedillo declaró al diario *La Opinión*, en vísperas del viaje a California que hizo en mayo de 1998 respondiendo a la invitación del gobernador Gray Davis. En ese entonces declaró, que las muertes de los migrantes registradas en los mapas que se adjuntan, no fueron responsabilidad ni del gobierno de Estados Unidos ni del de México. La razón que dio el presidente Zedillo para tal declaración exculpatoria, fue que Estados Unidos tiene el derecho soberano de establecer su propia política migratoria. A esta tesis, las organizaciones no gubernamentales mencionadas han respondido que, en efecto, Estados Unidos tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y decidir sobre la entrada de extranjeros a su territorio pero, ese no es un derecho absoluto, sino que esta autolimitado por la adhesión que hizo el gobierno de Estados Unidos a la normatividad sobre derechos humanos de la OEA y por la ratificación de su Senado que hiciera de tal compromiso de proteger los derechos humanos. En otro trabajo,¹⁸ el autor ha sostenido respecto a este punto, que la ratificación del órgano legislativo competente de la adhesión que Estados Unidos hizo de la normatividad sobre derechos humanos de la OEA, es un acto de soberanía que, en realidad, auto limita el derecho de soberanía de Estados Unidos para decidir sobre su política migratoria. Esta puede seguirse produciendo, siempre y cuando, se haga en cabal respeto de los derechos humanos de acuerdo con el compromiso decidido por el gobierno de Estados Unidos de no tomar ninguna acción gubernamental (como lo es la “operación guardián”), que represente una violación de los derechos humanos. La normatividad sobre derechos humanos de la OEA establece como uno de los más importante derechos humanos, el derecho a la vida. La muerte de cerca de dos mil migrantes mexicanos y, algunos centroamericanos, es la evidencia mas contundente de que el gobierno de Estados Unidos ha violado y sigue violando esa normatividad con el mantenimiento de la “operación guardián”. Esta tesis se refuerza con el hecho de que, en el reporte citado de la Oficina de la Contraloría del Congreso de Estados Unidos se reconoce expresamente la asociación que existe entre la “operación guardián” y las muertes de los migrantes.

La consecuencia legal derivada de toda “responsabilidad de Estado” es la de la reparación del daño mediante el pago correspondiente a los deudos por la pérdida de la vida de un miembro productivo de su familia, derivada de aquellas acciones del Estado de las cuales es responsable por su diseño, mantenimiento y continuidad. En el caso de las muertes derivadas por la operación guardián a las que se refieren los cuadros y graficas anteriores, ya no hay lugar a dudas de la autoría de la operación guardián como un acto del gobierno de Estados Unidos. Así ha sido reconocido expresamente en documentación que consta en los archivos concrecionales de Estados Unidos como parte de testimonios presentados por los jefes de la patrulla fronteriza en audiencias concrecionales. Tampoco hay lugar a dudas de la relación causal entre el diseño de esa operación guardián y la ocurrencia e incremento de las muertes tal como se reconoce en el reporte de la GAO antes mencionado.

Es muy extraño que el gobierno de México no haya presentado reclamación alguna en el que se establezca la relación entre a) el diseño de la operación guardián; b) el mantenimiento de la puesta en practica de la operación guardián y; c) la continuidad hasta la fecha de la operación guardián y d) la responsabilidad de Estado que se deriva de dichos actos de gobierno. La relación

¹⁸ Jorge A. Bustamante “Proposition 187 and Operation Gatekeeper: Cases for the Sociology of International Migrations and Human Rights”. En *Migraciones Internacionales*. El Colegio de la Frontera Norte, México, 2001, pp. 7-34.

entre los tres primeros elementos de esta responsabilidad de Estado han sido incluidos en la queja presentada por dos ONG's del estado de California ante la Corte de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos en Washington. Es de llamar la atención que ninguna institución pública o privada de México haya expresado su adhesión a tal queja.

VIII. LA CO-RRESPONSABILIDAD DE MÉXICO EN LAS MUERTES DE MIGRANTES EN LA FRONTERA

Un obstáculo para que el gobierno de México pudiera formular una reclamación por tal responsabilidad de Estado por las muertes de mexicanos, esta constituido por una grave omisión. Esta es, la ausencia de reconocimiento expreso de parte del gobierno de México de su corresponsabilidad en esas muertes de migrantes en la frontera. Si bien el presidente Fox declaro en Estados Unidos durante su visita a Washington en Agosto de 1999 que las muertes de migrantes en la frontera "serian algo intolerable en su gobierno" no ha habido un reconocimiento expreso del gobierno de México de su co-responsabilidad en esas muertes derivada del hecho de que ha habido una política económica que ha contribuido de manera causal a la emigración de mexicanos en busca de empleo a Estados Unidos. Esa política económica no ha sido un acto de la naturaleza. Ha consistido a un conjunto de decisiones que han afectado diferencialmente a regiones y poblaciones de México. Esas decisiones han implicado actos de gobierno de los cuales se derivan responsabilidades de funcionarios y responsabilidades del Estado mexicano.

Ciertamente esa política económica ha interactuado con otros factores originados en Estados Unidos para conformar el fenómeno de la migración indocumentada que esta en el origen de las muertes de migrantes en la frontera. Lejos de ser solamente una abstracción, esa política económica tiene efectos diferenciales sobre espacios geográficos y sobre sectores de la población del país. Determina qué comunidades, qué regiones del país y que sectores de la población van a tener que recursos, cuyas carencias los empuja a la emigración hacia Estados Unidos. Si concebimos a este fenómeno migratorio como resultado de una interacción de factores ubicados en ambos lados de la frontera. Es decir, como resultado de la interacción entre una demanda de la fuerza laboral de los migrantes que se origina en Estados Unidos, con una oferta de fuerza laboral que se origina en México, la relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral, esta en la base de una "responsabilidad de Estado" respecto de la emigración y, por ende, de una co-responsabilidad de México en las muertes de migrantes en la frontera. La omisión del gobierno de México en el reconocimiento de tal co-responsabilidad, es un obstáculo para que la suspensión de la "operación guardián" pueda ser reclamable ante Estados Unidos.

Solo recientemente, durante la visita del presidente George Bush al rancho del presidente Fox en Guanajuato, un presidente de Estados Unidos ha reconocido expresamente la existencia de una demanda de la fuerza de trabajo de los migrantes mexicanos como parte del fenómeno de la migración indocumentada. En la existencia de esa demanda laboral que se origina en Estados Unidos, esta el origen de la responsabilidad de ese país en la conformación de dicho fenómeno, parte del cual son las muertes de los migrantes mexicanos en la frontera.

En la interacción de esa demanda laboral desde Estados Unidos con la oferta de esa fuerza laboral, ligada a la política económica que ha producido causalmente las condiciones de esa oferta desde México, se encuentra la naturaleza jurídica de la corresponsabilidad del gobierno de México con el gobierno de Estados Unidos en las muertes de migrantes mexicanos en la frontera.

Los artículos 25 y 26 de la Constitución que establecen los principios y las bases para que el Estado mexicano lleve a cabo la *rectoría* del desarrollo nacional, pueden considerarse también como el fundamento de la *responsabilidad de Estado* que tiene México sobre la creación de condiciones económicas que son causa de la emigración de los mexicanos a Estados Unidos. En esa responsabilidad de Estado se ubica la co-responsabilidad de México y de Estados Unidos sobre las muertes de migrantes en la zona que abarca la “operación guardián”.

Difícilmente podría prosperar una reclamación del gobierno de México al de Estados Unidos por la “responsabilidad de Estado” asociada a esas muertes, sin un reconocimiento expreso de su co-responsabilidad en esas muertes. Este reconocimiento debería concebirse como uno de los elementos de la negociación bilateral para un acuerdo sobre trabajadores migratorios entre ambos gobiernos. En ese contexto podría negociarse un reconocimiento expreso del gobierno de México en la co-responsabilidad de las muertes de los migrantes, así como en una co-participación en el pago de las indemnizaciones por la reparación del daño derivado de esas muertes, al mismo tiempo que Estados Unidos aceptara la suspensión de la operación guardián.

Esta no debería concebirse como una limitación a la soberanía de Estados Unidos para decidir sobre el control de sus fronteras sino como una auto limitación de su soberanía para diseñar sus políticas de control de sus fronteras sin que estas atenten contra los derechos humanos, tal como se ha comprometido el gobierno de Estados Unidos en varios instrumentos internacionales.