



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
FACULTAD DE DERECHO

*“EL ESTADO MEXICANO FRENTE A LA MIGRACIÓN IRREGULAR: ANÁLISIS,  
RETOS Y PERSPECTIVAS DESDE EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS”*

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

**MAESTRA EN DERECHO**

PRESENTA

**LIC. JULIETA MORALES SÁNCHEZ**

**TUTOR: DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI FAMILIA,

Que ha crecido ampliamente por el privilegio que me dio  
la vida de nacer entre ellos o de conocerlos durante el camino.

## AGRADECIMIENTOS

Debo de reconocer que el presente apartado es el que más me ha costado redactar de toda la tesis. Cómo agradecer con palabras lo que no puede expresarse con palabras. Así que haré un intento pero advierto que dicho intento nunca será suficiente para agradecer, en la forma y en la intensidad merecida, a cada una de las personas que han estado en mi vida. Agradezco entonces- aunque el agradecimiento sea el más mínimo acto al que puedo recurrir por todo lo que les debo- a mi familia, la cual incluye tanto las personas que comparten lazos de sangre conmigo (especialmente a mis padres, hermanos, abuelos y tíos que a pesar de la distancia han estado conmigo a cada segundo) como a las que no lo hacen; sin embargo, existe una característica común que me une a todas ellas: el cariño, la amistad y la solidaridad. Sin ustedes, sin todos ustedes, nada sería posible. Este párrafo es un homenaje a lo que hemos vivido, compartido, aprendido, disfrutado y padecido juntos. Ustedes saben perfectamente quienes son, por lo que hacer un listado es innecesario.

Agradezco profundamente la orientación, enseñanzas y apoyo de mi tutor el Dr. Sergio García Ramírez y de mis sinodales: Dr. Rosalío López Durán, Dr. Emilio Aguilar Rodríguez, Mtro. Federico Arce Navarro y Dr. Napoleón Conde Gaxiola.

Querido Doctor García Ramírez, qué le puedo decir. Sabe usted que las palabras no me son suficientes. Desde que lo conocí, en aquellos Veranos de la Investigación Científica, usted ha sido mi maestro, ejemplo y guía. Gracias por su presencia permanente en mi vida desde los años de licenciatura en la Universidad Autónoma de Chiapas. Gracias por todo durante todos estos años.

Gracias a la UNAM, mi universidad, la mejor universidad, a la cual llevo en la sangre y en el corazón. Gracias a la Facultad de Derecho que me ha dado el privilegio de formarme en sus aulas y, ahora, de enseñar en ellas.

Gracias a todos los catedráticos de la División de Estudios de Posgrado y a sus autoridades. Al Dr. Ruperto Patiño Manffer, al Dr. Leonel A. Armenta López y a la Mtra. Margarita

Puente Munguía. Gracias por su guía, consejos y decisivo apoyo. Gracias por el tiempo compartido, por las reflexiones pero sobre todo mil gracias no por lo aprendido sino por lo desaprendido en estos 2 años. Gracias por remover esquemas y por enseñarme que existen otras formas de hacer las cosas.

A la Mtra. Nora Guevara Salinas, cuyo apoyo ha sido decisivo y fundamental, gracias por su tiempo, paciencia y orientación. Mil gracias por todo.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas, a sus autoridades, al Dr. Héctor Fix-Fierro y al Dr. Pedro Salazar Ugarte, a todo su personal académico y administrativo, gracias. Sin duda, el Instituto es mi segunda casa y entre sus paredes he aprendido infinidad.

A la División de Universidad Abierta y Educación a Distancia, a la Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, a la Mtra. María Elena Orta García, a la Dra. Margarita Velázquez Rodríguez, a Grisel, a Enriqueta y a todo el personal académico y administrativo de la División, es un orgullo ser parte de ustedes.

A mis alumnos, tanto en la Facultad de Derecho como en el Consejo de la Judicatura Federal. Gracias por su entusiasmo, reflexiones y enseñanzas compartidas.

A todas y a todos, sólo me resta decirles: gracias. Tengo una deuda de gratitud eterna con ustedes. Me esforzaré por no defraudar la confianza que han depositado en mí.

# ÍNDICE

Pág.

Introducción

## CAPITULO PRIMERO

### MIGRACIÓN Y DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

1.1. Situación actual de la migración internacional.....	12
1.2. Migración regular e irregular.....	15
1.3. Migración y derecho.....	16
1.3.1. Migración y desintegración familiar.....	20
1.4. ¿Universalidad de los derechos humanos?.....	23
1.5. Causas de la migración irregular.....	25
1.6. ¿Soberanía de los Estados vs migración irregular?.....	34
1.6.1. Directiva retorno: el Consejo y Parlamento Europeo frente a los derechos humanos de migrantes.....	41
1.7. Migración irregular en México.....	51
1.7.1. Derechos de migrantes irregulares.....	51

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LEGISLACIÓN Y DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES: RETOS DEL PODER LEGISLATIVO FEDERAL Y DE LOS PODERES LEGISLATIVOS LOCALES MEXICANOS

2.1. Migración irregular, refugio y trata de personas: los horizontes indefinibles.....	58
2.2. Pobreza, educación y gasto público .....	66
2.3. Armonización: orden jurídico internacional y nacional.....	70
2.4. Despenalización de la migración irregular en México.....	74
2.5. Retos en materia legislativa.....	76

CAPÍTULO TERCERO  
POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES  
IRREGULARES

3.1. El reto de las políticas públicas.....	80
3.2. El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.....	82
3.2.1. Programa Nacional de Población 2008-2012.....	85
3.2.2. Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012.....	87
3.2.1. Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012.....	89
3.3. La agenda pendiente de derechos humanos en las políticas públicas mexicanas .....	90

CAPÍTULO CUARTO  
PARÁMETROS INTERPRETATIVOS, INSTRUMENTOS Y JURISPRUDENCIA  
INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES  
IRREGULARES

4.1. Interpretación de los derechos humanos.....	95
4.2. Instrumentos internacionales de derechos humanos.....	102
4.2.1. Naturaleza especial de los tratados internacionales de derechos humanos.....	103
4.2.2. Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	105
4.2.3. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.....	113
4.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Migrantes.....	114
4.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de migrantes.....	118
4.5. Criterios de interpretación contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	134
4. 6. Criterios de interpretación aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	135

4.7. México ante la Corte Internacional de Justicia.....139

## CAPÍTULO QUINTO

### LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA GARANTÍA DE DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

5.1. Justicia constitucional en México: experiencia en la protección de los derechos de migrantes irregulares.....154

5.2 Recepción de la jurisprudencia y de los criterios de interpretación interamericanos en las resoluciones del Poder Judicial Federal: optimización de la garantía jurídica de los derechos de migrantes irregulares.....156

5.3. La experiencia latinoamericana en la recepción de jurisprudencia interamericana y los derechos de migrantes.....158

Conclusiones

Bibliografía

Hemerografía

Informes, Planes y Programas

Instrumentos internacionales



## INTRODUCCIÓN

El mundo actual tiene muchos retos por delante, uno de ellos es el cumplimiento cabal de los derechos humanos de los migrantes irregulares o indocumentados. La persona, en el transcurso de la historia, se ha caracterizado por constantes movimientos migratorios. En el contexto actual, la interdependencia entre los países junto a las desigualdades sociales y económicas han repercutido en el fenómeno migratorio durante el pasado y el presente siglo.

La tesis que el lector tiene en sus manos abordará la posición y actuación del Estado mexicano frente a la migración irregular a la luz de los derechos humanos. Con lo anterior, se pretende ofrecer una visión sobre la problemática que plantean las violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares en México, con la finalidad de contribuir a la comprensión del fenómeno y, posteriormente, asentar propuestas para su posible solución.

En primer capítulo se establecerá el marco teórico-conceptual de esta investigación, así como aspectos generales vinculados con la migración irregular y los derechos humanos.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se analizará la legislación mexicana en materia migratoria con la finalidad de precisar los retos que tienen los legisladores mexicanos por delante. En este apartado se mostrará el carácter relativo que adquieren conceptos como migración irregular, refugio y trata de personas, lo cual dificulta su regulación legal.

En el capítulo tercero se examinará el Plan y los Programas de Gobierno de la Administración Pública Federal, estableciendo la agenda pendiente que tiene el Estado mexicano en materia de políticas públicas.

Los parámetros interpretativos establecidos por los instrumentos y los tribunales internacionales de derechos humanos son materia del capítulo cuarto, en el que se pretende precisar las directrices que tiene que cumplir el Estado mexicano en virtud de los compromisos internacionales que ha contraído en ejercicio de su soberanía. Además se reflexionará sobre la actuación de México en el contexto internacional y su

participación en distintos foros regionales y universales en la defensa de los derechos de migrantes, mostrando la incongruencia en la que ha incurrido el Estado mexicano al violentar en su territorio los derechos que ha defendido internacionalmente.

Finalmente, el Capítulo V plantea la experiencia de la justicia constitucional y del Poder Judicial Federal mexicano en la garantía jurídica de los derechos de migrantes irregulares, misma que será comparada con la de otros países americanos.

## CAPÍTULO PRIMERO

### MIGRACIÓN Y DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

El respeto a los derechos humanos constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos, lo cual pone en evidencia las deficiencias existentes en los mecanismos de protección de los derechos.

La migración está constituida por los movimientos de población, que pueden ser tanto nacionales como internacionales,<sup>1</sup> individuales o colectivos, voluntarios o forzosos<sup>2</sup>, temporales o definitivos.<sup>3</sup>

Se define a la migración internacional como el movimiento voluntario de población de un país a otro con el objetivo de trabajar o residir temporalmente en éste último, que comporta la posibilidad de retornar al país de origen.<sup>4</sup> Con base en esta definición se entiende que los

---

<sup>1</sup> Los movimientos migratorios de población se pueden dar de un lugar a otro dentro de un mismo país, o de forma internacional, es decir, abarcando el desplazamiento de personas o grupos poblacionales de un país a otro.

<sup>2</sup> Generalmente se tiende a clasificar los movimientos migratorios en función de las motivaciones de la persona que los protagoniza, distinguiendo a los movimientos voluntarios y forzosos. Los primeros son aquellos que responden a algunas de las razones siguientes: propósitos de trabajo (lo que comúnmente se denomina migración laboral o económica), estudios, reunificación familiar y otros motivos personales. En los movimientos forzosos, las personas abandonan su país de origen para huir de la persecución, los conflictos, la represión, los desastres humanos y naturales, la degradación ecológica y otras situaciones que ponen en peligro sus vidas, libertad o integridad; existe el caso de los refugiados y asilados, en donde la migración es una opción forzada por la que tienen que optar. En el transcurso de la siguiente investigación se analizará el carácter voluntario de la migración irregular.

<sup>3</sup> Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Cámara de Diputados, México, 2004, p. 19.

<sup>4</sup> Cfr. Olea, Helena, “Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano,” en *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Instituto

migrantes internacionales son aquellas personas que asientan su residencia en un país extranjero. De este modo, se excluyen del concepto a aquellas personas que realizan desplazamientos turísticos, viajes de negocios, peregrinaciones, viajes para recibir tratamientos médicos, entre otros.

Tradicionalmente el concepto de migración se subdivide en: 1) *emigración* que consiste en la salida del lugar o país de origen con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él; y, 2) *inmigración* que entraña la llegada o establecimiento en un lugar o país distinto del de origen con el propósito de residir en él.<sup>5</sup> En la presente tesis se maneja el término genérico de “migración” y “migrantes”, ya que se entiende que en toda persona se reúnen estas dos calidades (ya que un individuo emigra de un país para inmigrar a otro).

Diversos instrumentos internacionales consagran a la emigración como un derecho humano; a manera de ejemplo se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado...toda persona tiene derecho *a salir de cualquier país*, incluso el propio, y a *regresar a su país*” (artículo 13). Disposición similar se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, se consagra el derecho a emigrar, pero no a inmigrar.<sup>6</sup>

La inmigración sólo es posible si existe un país al que pueda ingresar el emigrante y sólo es legal si las normas del país receptor la reconocen como tal.

---

Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, t. I, p. 15; y Silva Carreño, Jorge Armando, *Derecho Migratorio Mexicano*, Porrúa, México, 2004, p. 16.

<sup>5</sup> Definiciones obtenidas del glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH.

<sup>6</sup> Ya que permitir el regreso al país del que una persona es nacional, no implica el reconocimiento internacional del derecho a inmigrar.

La migración es un fenómeno complejo, que se deriva de múltiples causas y genera diversos efectos. A continuación se realizará un análisis panorámico de aspectos relacionados con la migración y los derechos humanos<sup>7</sup> de migrantes irregulares.

## 1.1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL

Día a día se acentúa la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados lo que, aunado a otros factores, trae como consecuencia la migración de la población de éstos últimos hacia los primeros. Además, las fronteras de los países desarrollados, en múltiples ocasiones, se han “abierto” al trabajo de migrantes debido al envejecimiento de su población o al crecimiento de su economía. Lamentablemente, en la mayoría de ocasiones, el tránsito fronterizo de personas se produce sin cumplir los requisitos establecidos por las legislaciones internas de los países receptores, apareciendo la figura de los migrantes indocumentados o en situación irregular.

La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde 3 perspectivas diferentes:<sup>8</sup> la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural<sup>9</sup> y la teoría de sistemas migratorios.<sup>10</sup> Para los efectos de este estudio se considera importante mencionar, a pesar de sus inconsistencias,<sup>11</sup> a la teoría

---

<sup>7</sup> No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.

<sup>8</sup> Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración...*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

<sup>9</sup> La aproximación histórica estructural examina el reclutamiento masivo de mano de obra por el capital y percibe a los intereses del capital como absolutamente determinantes. *Idem.*

<sup>10</sup> La teoría de sistemas migratorios sostiene que los movimientos migratorios se generan por la existencia de vínculos previos entre los países de envío y recepción basados en la colonización, la influencia política, el intercambio, la inversión o los vínculos culturales. *Idem.*

<sup>11</sup> Dicha teoría tiene algunos detractores, pero se retoma ya que se centra en las migraciones “voluntarias”, que serán analizadas en el presente trabajo. Como se mencionó, *infra* se reflexionará sobre el carácter voluntario de la migración irregular. *Cfr. Idem.*

neoclásica. Esta teoría establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que las conducen a determinados países receptores; supone que las personas “buscan” el país de residencia que maximice o les proporcione bienestar.<sup>12</sup>

El Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2008, presentado en diciembre de ese año por la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM),<sup>13</sup> indicó que “la movilidad humana se ha convertido en una opción de vida, propiciada por la disparidad de oportunidades demográficas, económicas y laborales dentro y a través de todas las regiones”.<sup>14</sup> El Informe 2005<sup>15</sup> estableció, en términos generales, que los migrantes son un beneficio para los países receptores y no una carga como algunas políticas pretenden evidenciar. Para 2005 los migrantes representaban 2.9% de la población mundial (entre 185 y 192 millones de personas), para 2008 el número ascendió a 200 millones de personas. Ante el panorama económico mundial actual, se pronostica que la migración irá en aumento.

Una de las paradojas del contexto globalizado es el hecho de que se han abierto las fronteras entre los Estados para facilitar el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones, pero cuando se trata del libre tránsito de personas<sup>16</sup> dichas fronteras se cierran

---

<sup>12</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>13</sup> Creada el 5 de diciembre de 1951, la OIM es un organismo internacional intergubernamental, con sede central en Ginebra, Suiza. México ratificó el tratado de creación de la OIM el 5 de junio de 2002 y en consecuencia es Miembro de la Organización.

<sup>14</sup> <http://www.iom.int/jahia/Jahia/newsArticleEU/lang/es/cache/offonce?entryId=20343> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2009).

<sup>15</sup> <http://www.hispanicprwire.com/news.php?l=es&id=4391&cha=11> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2009).

<sup>16</sup> Aunque en la Unión Europea el tránsito de personas entre los Estados miembros es esencial, no pueden perderse de vista los graves problemas que se producen cuando individuos que no pertenecen a la Unión ingresan o pretenden ingresar a ésta irregularmente.

herméticamente y se remarcan a través de un muro infranqueable. La ineficacia de la medida resalta diariamente ante el complejo fenómeno migratorio.

En múltiples países se producen, cotidianamente, violaciones a los derechos humanos de migrantes. Los gobiernos que han sido incapaces de ofrecer una vida digna a sus nacionales dentro de su territorio, también lo han sido para comprender el fenómeno migratorio y proporcionar soluciones reales que no lesionen los derechos humanos de migrantes.

Frente a la realidad migratoria, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su momento,<sup>17</sup> expresó su preocupación por las manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes en diferentes partes del mundo.

Aunado a ello, la Declaración del Milenio<sup>18</sup> contiene un objetivo relacionado con la migración.<sup>19</sup>

La Comisión para América Latina y el Caribe afirma que la inmigración da origen a diversidad, multiculturalismo, es decir, desafía la idea de homogeneidad al interior de los países, en tanto que el paso de los trabajadores y sus familiares de un país a otro paulatinamente reconfigura toda frontera político-administrativa.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Resolución 1999/44 de 27 de abril de 1999.

<sup>18</sup> Adoptada por Resolución 55/22 de la Asamblea General de la ONU, el 8 de septiembre de 2000.

<sup>19</sup> “Garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas ellas (punto 25)”. Véase Declaración del Milenio, <http://www.objetivosdelmilenio.org.mx/> (fecha de consulta: 16 de junio de 2007).

<sup>20</sup> *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América latina y el Caribe*, Síntesis y conclusiones trigésimo primer período de sesiones, Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo del 2006, CEPAL, lc/g.2303(ses.31/11), 9 de marzo del 2006, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4089.pdf> (fecha de

Lamentablemente todos los esfuerzos por garantizar los derechos de los migrantes han sido insuficientes, ya que no se ha generado un cambio en las realidades que éstos enfrentan cotidianamente. Por el contrario pareciera que en la misma proporción en que surgen instrumentos internacionales e instituciones domésticas, regionales y mundiales para la protección y tutela de los derechos de los migrantes, también crecen y se agudizan las violaciones sistemáticas de dichos derechos. Esto es una muestra de que el sistema de garantía jurídica está fallando.

Ante este panorama se considera valioso retomar las palabras de Gros Espiell y proyectarlas hacia el caso de los migrantes:

La comparación entre el abismo que existe entre los criterios y los principios afirmados por las normas dirigidas a promover el respeto y la protección de los derechos humanos (de los migrantes) y la triste realidad sirve, no para favorecer un sentimiento de desesperanza y frustración, sino, para comprender el verdadero sentido y función del derecho y buscar su plena aplicación, para transformar una situación caracterizada generalmente por situaciones de opresión e injusticia.<sup>21</sup>

## 1.2. MIGRACIÓN REGULAR E IRREGULAR

El artículo 3.b del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, PCTIM), señala que “por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor”.

---

consulta: 29 de enero de 2009). Asimismo, se han creado diversas instancias de análisis del fenómeno migratorio, a manera de ejemplo: *Foro Global sobre Migración y Desarrollo* (Bruselas, 9 - 11 de Julio, 2007) *Migración forzada y desarrollo*, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5152.pdf> (fecha de consulta: 16 de junio de 2007).

<sup>21</sup> La expresión entre paréntesis es mía. Gros Espiell, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, pp. 66-67.



En este apartado se recurrirán a las definiciones establecidas en la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (en adelante, CIPTMF); aunque las mismas se refieren a los trabajadores migratorios, se proyectarán a todas las personas migrantes.

El artículo 5, inciso a), de la CIPTMF establece que los migrantes serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar y a permanecer en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

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

### 1.3. MIGRACIÓN Y DERECHO

Generalmente los ordenamientos domésticos distinguen entre nacionales y extranjeros.<sup>22</sup> Jorge Bustamante observa que la distinción que el Estado hace sobre quien es un nacional y quien es extranjero, se convierte en un criterio de desigualdad entre nacionales y extranjeros que se ve sancionado por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al

---

<sup>22</sup> Ferrajoli sostiene que es innegable que en la tradición jurídica se ha mantenido la distinción entre derechos de ciudadanía y derechos de personalidad. Esta dicotomía se reflejó desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, *cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2004, pp. 97-103.

nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad<sup>23</sup> de los migrantes, que los hace susceptibles de violaciones a sus derechos humanos en el país receptor.

Así, la nacionalidad<sup>24</sup> se ha convertido en una institución de exclusión<sup>25</sup> y discriminación, ya que es un requisito indispensable para que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos.

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

---

<sup>23</sup> Bustamante define a la vulnerabilidad estructural como la “condición de impotencia que se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado”. Y habla también de la vulnerabilidad cultural que se integra por el “conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismo que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural”. Cfr. Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de los migrantes*, fascículo 5, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 29.

<sup>24</sup> Ibarra Palafox sostiene que es la ciudadanía la que se configura como una institución de exclusión, sin embargo, en este estudio, se entiende que para el caso de México y la mayoría de países latinoamericanos la nacionalidad comprende a la ciudadanía (es decir, todos los ciudadanos son nacionales, pero no todos los nacionales son ciudadanos; además de que la principal exigencia de los migrantes se refiere fundamentalmente al goce y ejercicio de sus derechos civiles, los cuales son otorgados a todos los nacionales aunque no sean ciudadanos). Se entiende que la postura adoptada por Ibarra Palafox es consecuencia de que la diferenciación entre ciudadanía y nacionalidad no existe en algunos países (como EUA o países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía). Por lo anterior, si la presente tesis es leída por una persona en cuya tradición jurídica no exista la diferenciación antes mencionada, la expresión correcta es: “la ciudadanía se ha convertido en una institución de exclusión”. Cfr. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías étnicas y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 164 y 188.

<sup>25</sup> Carbonell afirma que “con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento”. Cfr. Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006, p. 5.

Ha surgido entonces una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.<sup>26</sup> Lo que necesitan las personas es “gozar de sus derechos como seres humanos, no como ciudadanos de un país”.<sup>27</sup> En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.<sup>28</sup>

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

El Tribunal Constitucional Español, en la STC 53/1985 (11 de abril), determinó que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.<sup>29</sup> Posteriormente, el mismo tribunal estableció, en la STC 57/1994 (28 de febrero), que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 315 y 316.

<sup>27</sup> García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, La Habana, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, p. 197.

<sup>28</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 198.

<sup>29</sup> [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053) (fecha de consulta: 23 de febrero de 2009).

<sup>30</sup> [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0057](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0057) (fecha de consulta: 23 de febrero de 2009).

Esta posición se reitera en el expediente 010-2002-AI/TC, en donde el Tribunal Constitucional del Perú mencionó que “la dignidad...constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.<sup>31</sup>

Estos criterios de Tribunales Constitucionales son importantes ya que en ninguno de ellos se subordina la dignidad humana a una nacionalidad o calidad migratoria, ni se distingue entre nacionales y extranjeros, ni supedita el goce y ejercicio de los derechos a un trámite administrativo migratorio. Por lo tanto, todas las personas poseen la misma dignidad por el sólo hecho de ser humanos. La dignidad no está condicionada por un trámite administrativo, ni por un documento, ni por una calidad migratoria. En consecuencia, todo Estado tiene la obligación de garantizar, a cualquier persona que se encuentre en su territorio, el goce y ejercicio de sus derechos.

Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) ha reconocido que la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos, también sostiene el carácter imperativo del principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y del principio de no discriminación.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento XV, 218, p. 86. Véase *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

<sup>32</sup> La CorteIDH “entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado... (párrafo 136). La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, *la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos* (párrafo 137)... La Corte considera que el *principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación* determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las *medidas afirmativas* necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas (párrafo 141)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafos *supra* señalados. Se regresará a este caso posteriormente.

Por otro lado, los Estados también tienen la obligación de proteger a sus nacionales en cualquier parte en la que se encuentren; a este respecto la CorteIDH ha expresado: “el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado... y se hace acreedor a su protección diplomática.”<sup>33</sup> Algunos Estados han eludido esta obligación.

### 1.3.1. *Migración y desintegración familiar*

Considerando las implicaciones sociológicas que trae consigo la migración, constituye una responsabilidad ineludible hacer un bosquejo de lo que representa dicho fenómeno al interior de las familias.

Diversos instrumentos internacionales<sup>34</sup> reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla.

---

<sup>33</sup> Opinión Consultiva OC-04/84 *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, del 19 de enero de 1984, párrafos 34 y 35.

<sup>34</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 a la letra dice: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene: “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (artículo 10.1). La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social indica en su artículo 4: “la familia como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”. El instrumento que protege, hasta el momento, más integralmente a las familias de los migrantes es la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Dentro del sistema interamericano el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Hoy día hay quienes sostienen que ya no puede hablarse de un único tipo tradicional de familia, sino que se debe emplear el término en plural: “familias”; a este respecto *cfr.* Stromquist, Nelly, “Familias en surgimiento y democratización en las relaciones de género”, Schmukler, Beatriz (coord.), *Familias y relaciones de género en transformación. Cambios trascendentales en América Latina y el Caribe*, Population Council, México, 1998, pp. 127-151.

La familia “como institución social... está sujeta a procesos de cambio que resultan tanto de su dinámica interna como de las transformaciones sociales que experimenta la sociedad en su conjunto. Asimismo, se espera que dichos cambios en la familia actúen, en el mediano y largo plazos, sobre el orden social reafirmando o bien modificándolo”.<sup>35</sup> Sin embargo, el crecimiento desmedido de las desigualdades sociales y la necesidad de emigrar de muchos seres humanos, han traído como consecuencia la desintegración familiar, la cual, a su vez, puede generar graves problemas sociales en las naciones de origen.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes,<sup>36</sup> aún sigue siendo una constante la separación obligada de padres e hijos por la migración de los primeros a los países desarrollados (o más desarrollados que el lugar de origen) en busca de trabajo. Así, los niños, quienes son aún más vulnerables a los riesgos de la migración irregular, no se trasladan y permanecen con sus abuelos o familiares en el país de origen.

Algunas mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus hijos con sus ascendientes. Y hay otras mujeres que deciden migrar ya embarazadas, para que sus hijos al nacer en el territorio de destino adquieran la nacionalidad respectiva (en el caso mexicano,

---

<sup>35</sup> Ojeda, Norma, “Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones” en *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, Colegio de la Frontera Norte, México, p. 167.

<sup>36</sup> Lo cual es sumamente preocupante porque no se cuenta con el sistema necesario que garantice la protección a sus derechos. “En 2004, 39,690 niños mexicanos migrantes se detectaron en la frontera. De éstos, 10,920 viajaban solos...Se trata de menores que buscan una mejor calidad de vida buscan trabajo o tienen la esperanza de reunirse con familiares en Estados Unidos”. Cfr. [http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef\\_97583.html](http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef_97583.html) (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2008). Además véase *Enrique's Journey*, de Sonia Nazario. La Secretaría de Relaciones Exteriores hizo público un reporte donde da cuenta de los menores repatriados en 2008. El número total de menores repatriados fue de 17,772, de los cuales el 64% (11,378) reconocieron haber migrado en busca de un empleo en EUA. Por el contrario, únicamente el 20% viajaba con el objetivo principal de encontrarse con alguno de sus padres o familiares. El Instituto Nacional de Migración, detalló que de enero a julio pasado se registraron más de 18,249 repatriaciones de menores en la frontera norte, de los cuales 11,772 que viajaban sin compañía. *Repatriaciones de menores no acompañados, reporte 2008* [http://portal2.sre.gob.mx/dgpac/index.php?option=com\\_content&task=view&id=15&Itemid=51](http://portal2.sre.gob.mx/dgpac/index.php?option=com_content&task=view&id=15&Itemid=51) [http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/version\\_imprimir.html?id\\_notas=168610&tabla=nacion](http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/version_imprimir.html?id_notas=168610&tabla=nacion) (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2008).

al nacer en territorio estadounidense obtienen la nacionalidad estadounidense), con base en la forma de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el cual es reconocido por múltiples legislaciones nacionales.

En otros casos, migran familias completas y los traficantes separan a los padres de los hijos en el momento de cruzar la frontera, bajo la promesa de un posible reencuentro en el país receptor; sin embargo, en ocasiones, ese reencuentro nunca se produce.<sup>37</sup>

Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 o 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en Estados Unidos de América (en adelante, EUA) en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y otro 16%, casi 2 millones, eran niños que llegaron a EUA solos o con sus padres. Hay también un contingente de 3.1 millones de niños que nacieron en EUA y viven con familias en las que al menos el padre o la madre son inmigrantes indocumentados,<sup>38</sup> lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en caso de deportación de uno o ambos padres.<sup>39</sup>

Sin embargo, no existe a nivel internacional, bilateral o multilateral, un instrumento que regule eficazmente la situación de las familias separadas por la migración, ni la protección a niños migrantes o que establezca un mecanismo que permita realmente la reunificación familiar, éste es un vacío legal que no ha sido atendido y por cuyo abandono la humanidad está pagando (y pagará) un alto precio. Pero además de instrumentos internacionales se

---

<sup>37</sup> Oficialmente en la frontera con EUA se habla de 407 muertos en 2007, 344 en 2008 y 107 al 27 de mayo de 2009. *Migrantes mexicanos fallecidos en la frontera sur de EUA en su intento por internarse sin documentos (2004-2009)*, [http://portal2.sre.gob.mx/dgpac/images/pdf/fallecidos2004\\_2009mayo.pdf](http://portal2.sre.gob.mx/dgpac/images/pdf/fallecidos2004_2009mayo.pdf) (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2008).

<sup>38</sup> *Cfr. La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

<sup>39</sup> 312,000 padres y madres de familia fueron deportados de EUA en 2008. Información proporcionada por el Partido Revolucionario Institucional y difundida por el servicio UNONOTICIAS, 24 de junio de 2009.

requiere un compromiso y acción coordinada entre los Estados involucrados, la cual debe de estar basada en la igualdad, solidaridad y cooperación internacional.

Por otro lado, una de las tendencias recientes que se ha observado y documentado al interior de las familias, es la relación que existe entre la migración y VIH/SIDA.<sup>40</sup>

Ahora se hará un somero análisis sobre el carácter universal de los derechos humanos.

#### 1.4. ¿UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Los derechos humanos son “un referente inexcusable de la modernidad”, su “signo distintivo”, en “los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”.<sup>41</sup>

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad”.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Moya, José y Uribe, Mónica, *Migración y VIH/SIDA en América Latina y el Caribe*, Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, [http://www.mex.ops-oms.org/documentos/migracion/migracion\\_vih.pdf](http://www.mex.ops-oms.org/documentos/migracion/migracion_vih.pdf) (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2008). A este respecto, en junio de 2009, la OIT se encuentra en el proceso de formulación de un instrumento internacional de derechos humanos sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo. [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Media\\_and\\_public\\_information/Feature\\_stories/lang--es/WCMS\\_107614/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Feature_stories/lang--es/WCMS_107614/index.htm) (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

<sup>41</sup> Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional...*, op. cit., p. 325.

<sup>42</sup> Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 58 y 59. Del mismo autor véase *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, pp. 61 y ss.



García Ramírez establece que la idea de universalidad implica que “nadie debiera quedar excluido de los beneficios que entrañan los derechos humanos, y más estrictamente, nadie debiera hallarse al margen de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan el medio precioso para la exigencia, la consolidación o la recuperación de esos derechos”.<sup>43</sup>

En la presente tesis se sostiene el carácter universal de los derechos humanos, pero no se niega que aún no es fácil hablar de la universalidad de los derechos humanos. Incluso en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se puede decir que surgen los derechos humanos en su concepción “moderna”<sup>44</sup> éstos no eran universales ya que se excluyó a las mujeres.<sup>45</sup>

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades<sup>46</sup> de las que fue testigo (ejemplos del *Homo homini lupus* del que hablaba Tito Marcio Plauto y, posteriormente, Hobbes) y da inicio un extenso<sup>47</sup> proceso declarativo de derechos a favor de la persona humana.<sup>48</sup> Empero, no se debe perder

---

<sup>43</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 34.

<sup>44</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez menciona que la universalidad “arranca del humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes”. Véase “La universalidad de los derechos humanos” en Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Unión Europea, San José, 1994, p. 399.

<sup>45</sup> Por ello de manera alterna, en 1789, Olimpia de Gouges elabora la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana que proclama la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. La Declaración de referencia consta de 17 artículos en donde se reconocen diversos derechos para la mujer entre los que destacan: la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, resistencia a la opresión, libertad de expresión, la participación de las mujeres en la elaboración de leyes y en la vida política, así como el desempeño de cargos públicos. Como es sabido, Olimpia fue guillotizada por haber elaborado la Declaración.

<sup>46</sup> Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

<sup>47</sup> La vocación expansiva de los Derechos Humanos; expansiva tanto en número como en intensidad: cada vez más derechos y cada vez más derecho. Cfr. *Ibidem*, p. 61.

<sup>48</sup> Sergio García Ramírez observa que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo, que demandan y establecen sus propias garantías; y cuya explosión ha sido producto del trauma que se produjo al

de vista el carácter “relativo” que adquieren algunos derechos cuando el contexto cultural se modifica.

Sin embargo, y a pesar de los grandes avances en la protección de los derechos humanos, es indudable que dichos derechos son “negados” a un conjunto de personas que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.<sup>49</sup> Hay quienes sostienen que los derechos humanos fueron “concebido(s) como una tabla de mínimos” pero, en múltiples ocasiones, parecer ser una tabla de “máximos que casi nadie alcanza”.<sup>50</sup> Las causas de la migración se abordarán a continuación.

## 1.5. CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, sostiene que:

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

---

cabo de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, op. cit., 2002, p. 5.

<sup>49</sup> Thomas W. Pogge señala que “diversos derechos humanos son ampliamente reconocidos por la ley internacional...Estos derechos prometen a todos los seres humanos protección contra daños severos específicos que podrían serles infligidos por gente de su misma nación o por extranjeros. Sin embargo, la ley internacional también establece y mantiene estructuras institucionales que en gran medida contribuyen a la violación de estos derechos humanos...” Véase “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de Antioquia/Pontificia Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007, p. 27.

<sup>50</sup> Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, temas de hoy, Madrid, 2002, p. 67.

menos de 2 dólares al día (y que representan el 40% de la población del orbe) obtiene sólo el 5% del ingreso mundial; mientras que el 10% más rico, consigue el 54%. *Y en este planeta interconectado en que vivimos, se evidencia que un futuro fundado en la pobreza masiva en medio de la abundancia es económicamente ineficaz, políticamente insostenible y moralmente indefendible.*<sup>51</sup>

Este párrafo muestra la disparidad existente en el mundo actual.

Y entonces la pobreza es *causa* de violación de los derechos humanos, porque las personas que viven en condiciones de pobreza están en situaciones de vulnerabilidad, que las hacen aún más susceptibles a violaciones de sus derechos. La pobreza es también *efecto* de la violación de los derechos humanos, porque al negarle, limitarle o menoscabarle al ser humano derechos como el trabajo, un salario adecuado, salud, educación, vivienda digna, se le está condenando a la pobreza.<sup>52</sup> Por lo que “...desde la perspectiva de los derechos humanos se entiende que la pobreza es más que la insuficiencia de ingresos. Se trata de un fenómeno multidimensional gestado por estructuras de poder que reproducen estratificación social y una visión excluyente que discrimina a vastos sectores”.<sup>53</sup>

Y en ese contexto “los pobres tienen escasa o nula voz para”<sup>54</sup> reclamar el goce y ejercicio de sus derechos. Hay que señalar que los pobres extremos no pueden ni siquiera migrar en búsqueda de oportunidades. Aunque en ocasiones hay acuerdos de pago con el “pollero”,

---

<sup>51</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, pp. 4 y ss, [http://hdr.undp.org/en/media/hdr05\\_sp\\_overview.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf) (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2007).

<sup>52</sup> Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *Políticas públicas regionales sobre reducción de la pobreza en Centroamérica y su incidencia en el pleno disfrute de los derechos humanos. Informe Regional*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Agencia Danesa de Cooperación Internacional, Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, San José, 2008, p. 33.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>54</sup> Lustig, Nora, “Macroeconomía con responsabilidad social”, en Solana, Fernando (coord.), *América Latina XXI: ¿Avanzará o retrocederá la pobreza?*, Parlamento Latinoamericano, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 127.

cubrir el pago de un traficante o de la transportación al país al que se pretende migrar irregularmente implica un costo que las personas sumidas en la pobreza y en la pobreza extrema difícilmente pueden solventar.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) reconoce que para tratar a la migración irregular se requiere, antes que nada, atacar sus causas de origen. Esto incluye, *inter alia*, la falta de desarrollo económico, los conflictos, la persecución y las violaciones de los derechos humanos. Y reconoce que atacar las causas de origen es complejo y requiere un compromiso a largo plazo. Pero también afirma que únicamente la mejora de la situación que origina tales movimientos reducirá la necesidad de las personas de emigrar a cualquier precio, incluso a través los medios irregulares.<sup>55</sup>

La solución de los problemas estructurales de los países de origen de migrantes excede por mucho los alcances y objetivos de este trabajo. Sin embargo, se asentarán algunas ideas que contribuyan (aunque sea en una pequeña parte) a la reflexión sobre el tema.

En primera instancia se hablará de América Latina la cual es, en su mayoría, una región expulsora de migrantes, pero los comentarios pueden proyectarse para muchos países de origen de migrantes aunque en el caso de África, además de la pobreza y el desempleo, existen otras causas que obligan a las personas a migrar (y es aquí donde el carácter de refugiado y migrante irregular confluyen). Posteriormente, se abordará el contexto global.

A pesar de los esfuerzos por superar la pobreza en América Latina se reconoce que “el crecimiento latinoamericano...es todavía muy insuficiente para el volumen de los desafíos

---

<sup>55</sup> *Recomendaciones del ACNUR a la Conferencia Ministerial sobre el proceso Euro Africano sobre Migración y Desarrollo* (París, 20-21 de octubre del 2008), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6687.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

sociales pendientes y se registran escasos o nulos avances hacia una distribución más igualitaria del ingreso”.<sup>56</sup>

El panorama no es alentador, sobre todo actualmente cuando estamos inmersos en una recesión global. En este contexto, “la subutilización de uno de los principales recursos con que cuenta América Latina, el factor trabajo, es uno de los males endémicos que arrastra la región... Aunque... las políticas que han aplicado los gobiernos para enfrentarle difieren en el tiempo y entre los países, su naturaleza es igualmente dramática: millones de personas desempleadas y millones más que están sumidos en el subempleo, en condiciones precarias”.<sup>57</sup>

En estas condiciones y “contra la creencia generalizada, el principal problema en materia de empleo en la región en términos cuantitativos ha sido, y continúa siendo, el subempleo y no el desempleo, a pesar de que este último se encuentra situado en el lugar más alto en la escala actual de preocupaciones de la sociedad”.<sup>58</sup>

Aunado a esto, en el mundo actual la pobreza se ha feminizado, es decir, el género femenino padece niveles más altos de pobreza que el género masculino. Estas diferencias de género se han evidenciado gracias a la mayor presencia femenina en el ámbito laboral.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Tokman, Víctor, *Una voz en el camino. Empleo y equidad en América Latina: 40 años de búsqueda*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2004, p. 72.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>59</sup> En promedio, respecto a los hombres: las mujeres reciben menos remuneración; necesitan más años de escolaridad para lograr igual salario; desempeñan una inferior proporción de cargos de responsabilidad en las empresas, instituciones y funciones de representación popular; su acceso a la seguridad social es más restringido; la calidad de sus empleos es inferior y las tasas de desempleo que les afectan son más elevadas. Estas son algunas de las razones por las que la migración femenina ha aumentado. *Ibidem*, p. 239.

Cuando se reflexiona sobre el origen de esta pobreza generalizada la situación se torna aún más compleja debido a su carácter multicausal. Pero hay quienes han llegado a afirmar que “las crisis macroeconómicas, con excepción de las guerras, han sido la causa más importante de los grandes incrementos en la pobreza, tanto en los ingresos como en el consumo....Las crisis macroeconómicas no sólo afectan el nivel de vida actual de los pobres, sino su capacidad para salir de la pobreza...Ello contribuye a perpetuar la pobreza crónica y resulta perjudicial para el crecimiento global de la economía”.<sup>60</sup>

Ante este panorama de desempleo y crisis económicas, Tokman enfatiza la “necesidad de que la autoridad económica esté más consciente que en el pasado de que sus decisiones producen resultados en el empleo difíciles de revertir. La macroeconomía, entonces, es el primer nivel de las políticas de empleo”.<sup>61</sup>

Sin embargo, hay posiciones que confluyen o se enfrentan. Se ha llegado a afirmar que “la nueva gestión de la política social, más privatizada y focalizada, aunque permite mejorar su eficacia económica, afecta las transferencias entre los grupos sociales y deteriora la equidad al beneficiar a los más necesitados a costa de los grupos medios, mientras los de mayores ingresos son ‘blindados’ para no afectar su capacidad potencial de creación de nuevas fuentes de trabajo”.<sup>62</sup>

Por lo que algunos pugnan por una política social humana

... tanto por requisitos de estabilidad como de equidad, pues de otra forma crece la exclusión que puede generar el mercado globalizado, entregado al desarrollo de sus fuerzas productivas. Un ejemplo de los posibles efectos de la exclusión es la polarización en algunas sociedades latinoamericanas, que se traduce en violencia urbana y en la aparición de *ghettos*, no sólo de los más pobres, en la periferia de las

---

<sup>60</sup> Lustig, Nora, “Macroeconomía...”, *op. cit.*, pp. 129 y 168-169.

<sup>61</sup> Tokman, Víctor, *Una voz...*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 173.

grandes ciudades, sino también en los grupos de mayores ingresos, en otros sectores, lo que disminuye los espacios comunes y la interacción entre distintos grupos sociales e incentiva la fragmentación y desintegración social.<sup>63</sup>

Los gobiernos de países expulsores de migrantes tienen que entender que “para alcanzar la equidad, la política social debe influir en los determinantes estructurales de la distribución del ingreso: educación, empleo, distribución de la riqueza y dependencia demográfica, así como sobre sus dimensiones étnicas y de género. Estos factores son la clave de la *transmisión intergeneracional de la desigualdad y la pobreza*. Por tanto, romper estos encadenamientos intergeneracionales es la clave de una estrategia social exitosa”.<sup>64</sup>

Frente a todas las dudas que pueden surgir y frente a las diversas visiones que se puedan tener, de algo sí se puede estar seguro: es urgente realizar un cambio. Y es que no se pueden esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo, “las viejas soluciones basadas en conocimientos científicos y modelos aparentemente gratuitos no han suscitado una solución duradera a apremiantes problemas... Actualmente se admite, que el experimento... realizado en América Latina no ha tenido más que un éxito parcial, (esto) no ha permitido dar respuesta al desafío más elemental que tiene ante sí cualquier gobierno: lograr mejores condiciones de vida para toda la población del país”.<sup>65</sup>

Y aunque no hay fórmulas para lograr la igualdad y el bienestar de todas las personas o al menos satisfacer el mínimo de sus necesidades, se plantea que:

En términos económicos, el progreso social puede concebirse como el producto de tres factores básicos: i) una política social de largo plazo, destinada a incrementar la equidad y garantizar la inclusión; ii) un crecimiento económico que genere un volumen adecuado de empleos de calidad, y iii) una reducción de la heterogeneidad estructural de los sectores productivos, que reduzca las brechas productivas entre distintas

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>64</sup> Ocampo, José Antonio y Uthoff, Andras, “Retomar la agenda de desarrollo”, en Solana, Fernando (coord.) *América Latina XXI...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>65</sup> Magne Bondevik, Kjell “Ética, valores humanos y desarrollo: una perspectiva noruega” en Kliksberg, Bernardo (comp.) *La agenda ética pendiente de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Inter-American Development Bank, Buenos Aires, 2005, pp. 16 y 17.

actividades económicas y distintos agentes. Evidentemente... los criterios económicos no son los únicos que deben tenerse en cuenta en el diseño de la política social.<sup>66</sup>

En esta investigación se cree que no hay recetas para el progreso y el desarrollo, ya que en caso de que dichas “recetas” existieran al aplicarse a diversos contextos geográficos, históricos y culturales generarían resultados distintos a los obtenidos en la aplicación inicial. Pero sí se estima que hay directrices que pueden proyectarse y retomarse de la experiencia de otros países. Por ello se afirma que:

El combate a la pobreza en América Latina pasa por la realización de reformas internas en cada país... (ya que) nada obtendremos con aumentar las riquezas producidas y recibir millones y millones en inversiones...La receta es conocida; basta examinar cómo procedieron los países que lograron romper el círculo vicioso de la pobreza, en Europa y Asia. El costo consiste en que las clases dominantes tendrán que soportar una proporción menor del PIB. Pero el observador inteligente sabe que es mejor un pedazo menor de una torta grande que lo contrario, más aún si se dan las condiciones para un crecimiento continuo y distributivo de la dicha torta. Hasta para los que no renuncian a acumular miles de millones, es oportuno recordarles que, en la lista de los más ricos del mundo, hace mucho que los potentados orientales salieron de los primeros lugares, sustituidos por multimillonarios oriundos, precisamente, de los países más ricos y en donde la renta nacional es mejor distribuida, con una inclusión creciente de sectores poblacionales en el mercado de consumo y en la propiedad.<sup>67</sup>

Por lo que “...no basta contar con instituciones y normas jurídicas nacionales e internacionales bien concebidas y eficientes, si es que hemos de combatir la pobreza y lograr un desarrollo sostenible”.<sup>68</sup> Lo que se requiere es la voluntad y acción de todos los sectores económicos, políticos y sociales.

Así se puede ver el ejemplo de la Unión Europea, la cual “es un modelo que ha tenido éxito en el combate a la pobreza y a las desigualdades regionales...Europa se dotó de los órganos técnicos y políticos necesarios para combatir las desigualdades sociales y económicas. Por medio de fondos, siendo el más conocido el Fondo Europeo de Desarrollo Regional

---

<sup>66</sup> Ocampo, José Antonio y Uthoff, Andras, “Retomar...”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>67</sup> Lopes, Ney, “Una agenda Latinoamericana”, en Solana, Fernando (coord.) *América Latina XXI...*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>68</sup> Magne Bondevik, Kjell “Ética, valores humanos y desarrollo: una perspectiva noruega” en Kliksberg, Bernardo (comp.) *La agenda ética...*, *op. cit.*, p. 17.



(FEDER), se transfirieron miles de millones de dólares todos los años para programas de nivelación”.<sup>69</sup>

Aunque no se comparte plenamente la idea que a continuación se cita, es conveniente que los grupos económicamente poderosos la tomen en cuenta: “distribuir riquezas no tiene nada de socialista o de altruismo. Es de interés de la propia economía de mercado tener consumidores cada vez más ávidos y con mayor poder adquisitivo... la superación de la pobreza depende sobre todo de lograr real y concretamente el objetivo de distribuir...”<sup>70</sup>

Y es que “en una nueva época de multilateralismo, integración económica, y por tanto, de creciente interdependencia... los intereses nacionales no pueden invocarse de un modo ingenuo y menos aún demagógico... De hecho cualquier observador de la política internacional sabe cuán difícil les resulta a los gobiernos nacionales subordinar intereses nacionales muy palpables y a corto plazo en favor de intereses globales menos palpables y a más largo plazo”.<sup>71</sup> A pesar de ello se tiene que hacer y por esta razón:

La solidaridad sistemática deb(e) de ser restaurada en alguna medida no sólo por un imperio ético, para disminuir la exclusión social, sino también por razones de eficacia económica. Tres componentes de ella son fundamentales. Primero, la satisfacción de una base mínima común para todos, lo que implica una plataforma de gasto social que asegure la cobertura de las necesidades de alimentación, salud y educación de toda la población. En segundo lugar, la generación de oportunidades para todos, principalmente en materia educacional, y tercero, la construcción de un marco más equilibrado de relaciones entre los actores sociales, lo que en el terreno laboral se traduce en la formación de actores colectivos autónomos y representativos.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Lopes, Ney, “Una agenda..., *op. cit.*, p. 217.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 222 y 223.

<sup>71</sup> Küng, Hans, *Una ética mundial para la economía y la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 94 y 95.

<sup>72</sup> Tokman, Víctor, *Una voz..., op. cit.*, p. 232.

Hay quienes sostienen que se necesita urgentemente una moral global para un mundo global.<sup>73</sup> Como es bien sabido la globalización tiene defensores y detractores. Por un lado se sostiene que “el mismo proceso de globalización que debilita al Estado-nación o replantea las condiciones de su soberanía, provoca el desarrollo de diversidades, desigualdades y contradicciones en escala nacional y mundial”.<sup>74</sup> Por otro lado y como se verá más adelante, Peces-Barba afirma que la globalización puede utilizarse para lograr el bienestar de los seres humanos.

Aunque “a esta altura de la historia, la ciudadanía vigente, efectiva e indiscutible es la de la mercancía (y) la ciudadanía del ciudadano del mundo está apenas esbozada, pensada, prometida, imaginada”,<sup>75</sup> frente a las problemáticas existentes, los ciudadanos ya no pueden seguir siendo apáticos, indiferentes ni pasivos.

Y es que “la ciudadanía entendida como soberanía implica autoconciencia. Pero bajo las condiciones constituidas con la formación de la sociedad global... las posibilidades de la autoconciencia son todavía precarias, limitadas. Son pocos los que disponen de condiciones para informarse y ubicarse frente a los acontecimientos mundiales, tomando en cuenta sus implicaciones locales, regionales, nacionales y continentales”.<sup>76</sup> Es por ello que es responsabilidad propia y de todos crear una ciudadanía responsable con voz y presencia en la toma de decisiones que involucran a un país o a la humanidad.

Además de lo anterior, el derecho ya no puede ser entendido como un instrumento de manipulación, ni de permanencia o legitimación de un *status quo* injusto e inhumano. Por ello se debe partir de una visión humana del derecho: todo lo creado por el ser humano no sirve de nada (aún cuando para algunos traiga riqueza y poder), si no se utiliza para el

---

<sup>73</sup> Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>74</sup> Ianni, Octavio, *La sociedad global*, 5ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2007, p. 31.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

bienestar de todas las personas. No puede seguir conviviendo en este mundo la opulencia y la miseria, la riqueza de unos basada en la explotación de muchos.

Y en este contexto, Dworkin observa que “la institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”.<sup>77</sup> No se puede olvidar que “el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada”<sup>78</sup> es el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Esta es una “verdad” generalmente aceptada después de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial.

#### 1.6. ¿SOBERANÍA DE LOS ESTADOS VS MIGRACIÓN IRREGULAR?

En este apartado se pretende dar una respuesta (nunca única, ni absoluta) a las siguientes preguntas: ¿la migración irregular es un delito? ¿atenta contra la soberanía de los Estados?, entonces ¿está justificada la violación de los derechos humanos de las personas migrantes?

La respuesta a esta última pregunta la ha dado Jorge Bustamante al afirmar que: “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.<sup>79</sup> Pero vale realizar una precisión sobre esta expresión: no es la soberanía en sí la que vulnera derechos humanos, son las políticas públicas bajo el argumento de defensa de la soberanía las que violentan derechos.

---

<sup>77</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 303.

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

Bustamante establece que existe una contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía, es decir, se da un conflicto entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras -y decidir su política de migración- y la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.<sup>80</sup>

En este contexto se estima pertinente abordar someramente los nuevos significados de la palabra “soberanía”.

Zagrebelsky sostiene que, con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, la soberanía se ha transformado debido a la actuación de fuerzas corrosivas internas y externas, como son: el pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes al Estado, la institucionalización supraestatal y la atribución de derechos a las personas que pueden hacer exigibles y justiciables ante jurisdicciones internacionales demandando a los Estados por su actuación u omisión en perjuicio de dichos derechos.<sup>81</sup>

Por lo que “la comunidad internacional de los Estados posee un fragmento amplio de soberanía en materia de los derechos humanos...” y “...debe de estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional”<sup>82</sup>; por lo que “la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones

---

<sup>80</sup> Existe una paradoja en esta contradicción: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Véase Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123- 156.

<sup>81</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª. ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007, pp. 10-14.

<sup>82</sup> Kotzur, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho*

parcialmente soberanas al servicio del ser humano”.<sup>83</sup> Kotzur afirma que “solamente una concepción instrumental de la soberanía al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder”;<sup>84</sup> esto hace reflexionar sobre los tipos de soberanía que existe actualmente en cada uno de los países.

Carrillo Salcedo observa, en este mundo interconectado lleno de “relativas soberanías”, que “la relevancia del Estado sigue siendo indiscutible en la protección de los derechos humanos, incluso en esta época de transición en la que las estructuras tradicionales se encuentran en crisis”.<sup>85</sup>

Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos (muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos), pero ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens* de derechos humanos. Pero no se puede olvidar que “la primacía del Derecho internacional es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado”.<sup>86</sup>

Una muestra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>87</sup> como un límite a la discrecionalidad de los Estados se encuentra en el pensamiento de Bidart Campos cuando

---

*constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 106.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>85</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>87</sup> Hitters y Fappiano definen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una “rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del

reflexiona sobre la posibilidad de que una Constitución nueva o reformada pueda ser inconstitucional por violación a tratados internacionales de derechos humanos preexistentes y concluye que incluso el constituyente originario de una nueva Constitución está limitado por los contenidos de tratados internacionales ya incorporados al derecho interno de un Estado.<sup>88</sup>

En otro tenor, se ha llegado sostener que la globalización no prioriza el goce y ejercicio de los derechos humanos y que es incongruente al permitir el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones pero no el libre tránsito de personas. Aunque esa afirmación tiene adeptos y detractores, se estima adecuado retomar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba:

*...la globalización no tiene porque ser presentada como una reacción enfrentada a los derechos. Podría pensarse que, muy al contrario, se trata de un fenómeno que podría favorecer la satisfacción de los derechos. La cuestión principal es en este punto como gestionarla para llevar a cabo esa satisfacción. Seguramente aquí es, donde surgen los problemas de la globalización, en el sentido de que hasta el momento, la gestión de la globalidad parece dar la espalda al discurso de los derechos.<sup>89</sup>*

En este marco, en el cual el concepto de soberanía está cambiando, se entrará al análisis de la migración frente a la soberanía de los Estados.

---

hombre”. Cfr. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, 2007, vol. 1, t. I, p. 404. José Guillermo Vallarta Plata entiende que “el derecho internacional de los derechos humanos consiste en un conjunto de declaraciones y principios que sirven como base para la consolidación de instrumentos internacionales convencionales que comprometen a los Estados a respetar los derechos humanos reconocidos universalmente. Cfr. *La protección de los derechos humanos. Régimen internacional*, Porrúa, México, 2006, p. 238.

<sup>88</sup> Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, pp. 112-115.

<sup>89</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Educación...*, *op. cit.*, p. 191.

En múltiples ocasiones, los migrantes irregulares, son considerados delincuentes por el sólo hecho de violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes irregulares sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidos en su travesía por el país de tránsito.<sup>90</sup>

Estamos frente a un tipo de migración que lentamente ha cambiado su carácter voluntario y está en camino de convertirse en un fenómeno forzado.<sup>91</sup> A continuación se asentarán algunas ideas sobre la necesidad de relativizar el carácter “voluntario” de la migración irregular.

Con excepción de África al Sur del Sahara, América Latina y el Caribe es la región que presenta mayor desigualdad. Según el Banco Mundial, el 10% más rico de la población de la región percibe 48% de los ingresos totales, mientras que el 10% más pobre sólo percibe 1.6%.<sup>92</sup> La comparación entre regiones al interior de los países revela diferencias asombrosas en los niveles de prosperidad. En Bolivia, Honduras, México, Paraguay y Perú, la diferencia en los recuentos de pobreza entre una región y otra es de más de 40 puntos porcentuales.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Es claro que, en algunos casos, los migrantes irregulares no pretenden los fines anteriores y sí representan un peligro para la salud o seguridad de los habitantes de los países a los que ingresan. Ejemplo de ello es el grupo de los “mara salvatrucha”; o los inmigrantes que pueden ser transmisores de enfermedades o el difundido caso de “terroristas”.

<sup>91</sup> Esta postura no es aceptada por instituciones como el ACNUR, como se verá posteriormente.

<sup>92</sup> <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/0,,contentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

<sup>93</sup> *Idem.*

Frente a esta realidad, las personas no migran para mejorar sus condiciones de vida, migran para sobrevivir. Se ven forzadas a migrar ante la falta de oportunidades, la falta de empleo, la falta de esperanza en su lugar de origen: “quienes migran, resistiendo a la marginación, abandonan su país huyendo de la miseria a la búsqueda de mejores condiciones de vida o esperando encontrar un mínimo de vida digna”.<sup>94</sup>

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

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

Lamentablemente el carácter delictivo que se les atribuye a los migrantes irregulares, por este sólo hecho, es una realidad y no un mito. Por ejemplo, en México, hasta el 21 de julio de 2008, la legislación sancionaba penalmente a los migrantes irregulares; en otros países, aunque la legislación no tenga prevista sanción penal, los nacionales y las autoridades tratan a los migrantes como si fuesen delincuentes.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Pérez Tapias, José Antonio, *Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Trotta, Madrid, 2007, p. 143.

<sup>95</sup> Este aspecto será abordado al analizar la “Directiva retorno” de la Unión Europea.



Hay quienes se han preguntado si se justifican las fronteras en el siglo XXI. Frente a esta pregunta no hay una respuesta unánime, pero lo que es claro para Addiechi es que “no existe la menor oportunidad de que las fronteras desaparezcan porque ellas constituyen un requisito indispensable para la generación de ganancias, porque hay que salvaguardar los espacios nacionales de privilegio y porque los cada vez más miserables del mundo cometen la imprudencia de defender su derecho a no morir de hambre”.<sup>96</sup>

Se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados. La migración irregular tiene orígenes diversos, si se quiere centrados en las precarias condiciones económicas, en la falta de desarrollo y de empleo, en la desigualdad e inequidad, en la brecha socio-económica y en las deficiencias estructurales de los países de origen, por un lado; y por otro lado, en el envejecimiento de la población y la demanda de mano de obra barata por los países desarrollados, entre muchos otros factores. Pero, sin duda, la migración irregular evidencia un problema de desarrollo y no, se enfatiza el “no”, un problema de seguridad. Por el solo hecho de ser migrantes irregulares, las personas no son delincuentes, ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,<sup>97</sup> simplemente buscan una vida mejor.

---

<sup>96</sup> Addiechi, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005, pp. 256-257.

<sup>97</sup> Una excepción a esta afirmación lo constituye el terrorismo. En este sentido, es necesario enfatizar que la migración irregular no es terrorismo. Sin embargo, algunos Estados han utilizado como excusa el que terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos. Entre las personas vulnerables a violaciones de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas están las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son ciudadanos, incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución. La experiencia indica que las iniciativas internas e internacionales de los Estados en la lucha contra el terrorismo con frecuencia tienen efectos directos y negativos en los derechos e intereses de los extranjeros. *Los derechos humanos de los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas*, extractos seleccionados del *Informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf> (fecha de consulta: 23 de junio de 2009).

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

#### 1.6.1. *Directiva retorno: el Consejo y Parlamento europeo frente a los derechos humanos de migrantes*

El presente estudio se centra en el Estado mexicano, pero el mismo se encuentra inmerso en el contexto global, por lo que tomando en cuenta la importancia que cobra actualmente la migración irregular en Europa y dado que su regulación afecta a latinoamericanos, en general, y a mexicanos, en particular, se hará un breve análisis de la llamada “Directiva retorno”, no sin antes mencionar brevemente algunos aspectos que se estiman relevantes respecto a la temática en estudio en la Unión Europea.

Aún no puede hablarse de una política comunitaria en materia de migración. Se ha llegado a reconocer que “las políticas de la Unión Europea en materia migratoria...ponen de manifiesto la dificultad de sostener una acción normativa coherente en una política fragmentada con distintas tradiciones nacionales y una fuerte tradición de competencias, entre niveles de gobierno supranacionales y nacionales”.<sup>98</sup>

Esto puede representar un riesgo para los derechos humanos de migrantes irregulares, aunado a que “no se puede hablar, ciertamente, de la existencia de una política autónoma en materia de derechos humanos en la Unión Europea...los derechos humanos no se han concebido ni proyectado como una política propia de la Unión, sino más bien como un principio que fundamenta el quehacer de la Unión y como un objetivo a cumplir que tendría

---

<sup>98</sup> Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 476.

un carácter transversal y que afectaría, por lo tanto, al conjunto de las políticas de la Unión”.<sup>99</sup> Pero ¿qué pasa cuando ese principio transversal no se cumple?, ¿existe algún mecanismo dentro de la Unión Europea para hacerlo cumplir? Y parece ser que el mayor peso de la protección de derechos humanos del continente europeo recae sobre el Consejo de Europa y no en la Unión Europea.

Este aspecto adquiere toda su dimensión y relevancia frente a algunas Directivas, como la conocida “Directiva Retorno”. Surge entonces otra pregunta ¿qué tan conveniente es que las cuestiones migratorias sigan siendo una política nacional o deban de estar totalmente dentro de la competencia comunitaria?

Por un lado, se han realizado diversas críticas a la Unión Europea por la “regulación estrictamente externa tendente a la lucha contra la inmigración ilegal, que lleva a calificarla como la Europa fortaleza”.<sup>100</sup> Por otro lado, se cree que “a través de una normativa comunitaria se consigue una mayor legitimidad de la Unión Europea como actor internacional en el mundo contemporáneo y especialmente en la gestión de corrientes migratorias”.<sup>101</sup> A este respecto no existe todavía una respuesta unánime.

Muñoz Aunión da ejemplos de extensión de competencias en el control de la inmigración a nivel de la Unión Europea, que ponen en cuestión la seguridad de los derechos.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Díaz Barrado, Cástor Miguel, “Los derechos humanos en la acción exterior europea”, en Moreira González, C. J. (coord.), *Derecho Internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 92.

<sup>100</sup> Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria...*, *op. cit.*, p. 487.

<sup>101</sup> *Idem.*

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 250- 259.

Así, los acuerdos de readmisión han sido vistos como instrumentos para el control del flujo de migrantes, pero el Tribunal Constitucional alemán ha alertado sobre el hecho de que la aplicación de esta regla no debería llevar a una cadena de deportaciones y *refoulement*.<sup>103</sup>

Lo que es innegable es que, independientemente de la visión que se tenga, la preocupación está presente; como un ejemplo, en el Consejo Europeo de Sevilla en junio de 2002, el Consejo recordó que es necesario remediar las causas profundas de la migración y que por tanto “la intensificación de la cooperación económica, como el desarrollo de los intercambios comerciales, la ayuda al desarrollo y la prevención de conflictos, constituyen medios para promover la prosperidad económica de los países afectados y reducir así las causas de los movimientos migratorios”.<sup>104</sup>

Existen también diversas Directivas relacionadas con cuestiones migratorias,<sup>105</sup> debido a su reciente emisión, así como a su carácter polémico, se entrará al estudio de la Directiva

---

<sup>103</sup> Citado por *ibidem*, p. 459.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>105</sup> Entre dichas Directivas se encuentran: Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985; Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; [Corrección de errores de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento \(CEE\) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE](#); Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004,

2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.<sup>106</sup>

La Directiva afirma que respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y menciona que tiene como objeto establecer normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos (artículo 1). También indica que se respetarán el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y el principio de no devolución (artículo 5).

---

[relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes](#); Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; [Directiva del Consejo 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica](#). <http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Directivas/> (fecha de consulta: 19 de marzo de 2009). También es relevante la [Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares](#).

<sup>106</sup> La directiva completa se puede encontrar en <http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Directivas/> (fecha de consulta: 19 de marzo de 2009). En sus considerandos establece que “el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 estableció un planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo, que abarca a la vez la creación de un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal. Y que el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad. El 4 de mayo de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó *Veinte directrices sobre el retorno forzoso*. Reconoce que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que *respeten plenamente el principio de no devolución*”.

Define a la situación irregular como la presencia, en el territorio de un Estado miembro, de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen<sup>107</sup> u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro (artículo 3).

La parte más controvertida de la Directiva se encuentra en el Capítulo IV, que se refiere al internamiento a efectos de expulsión.<sup>108</sup> La controversia radica precisamente en los artículos 15. 5 y 15.6 en donde se señala:

El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, *que no podrá superar los seis meses*. 6. Los Estados miembros sólo *podrán prorrogar* el plazo previsto en el apartado 5 *por un periodo limitado no superior a doce meses más*, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

A falta de centros de internamiento especializados (artículo 16) se prevé la opción de utilizar centros penitenciarios, con el único requisito de que los nacionales de terceros países sujetos a internamiento estén separados de los presos ordinarios.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> La Relación de la Directiva con el Convenio de Schengen se establece en el artículo 21, en virtud de que la Directiva sustituye las disposiciones de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

<sup>108</sup> “Los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando: a) haya riesgo de fuga, o b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión. Cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. 2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales” (artículo 15).

<sup>109</sup> También se señala que: a los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad (artículo 17). Se regula las excepciones que pueden realizar los Estados en situaciones de emergencia (artículo 18) ante un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países.

Estos son los puntos que ocasionaron la reacción de gobiernos de países emisores de migrantes. Independiente de los argumentos políticos, el presente estudio se centrará en un análisis de la Directiva a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En primera instancia, a nivel internacional se prevé que la entrada irregular constituye una infracción administrativa y no un delito. Pero la Directiva establece la posibilidad de someter a “internamiento” a una persona por un periodo de 6 meses, que pueden convertirse en 18 meses. Aunado a ello, para ese “internamiento”, como se mencionó, pueden llegar a habilitarse centros penitenciarios.

Esto arroja la siguiente conclusión: si un Estado puede privar de la libertad a una persona hasta por 18 meses en un centro penitenciario, sin que haya cometido un delito tipificado por el ordenamiento penal, entonces ese Estado está cometiendo una privación arbitraria de la libertad y vulnerando completamente el principio de legalidad penal.<sup>110</sup> Así, ya no se está hablando de una infracción administrativa sino que, *de facto*, se están criminalizando a los migrantes irregulares.

---

<sup>110</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en un Estado de Derecho los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, pero particularmente son importantes cuando se ejerce el poder punitivo de éste sobre las personas sujetas a su jurisdicción. *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 72, párr. 107; *Caso Ricardo Canese*, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111, párr.177; *Caso Fermín Ramírez*, sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 126, párr. 90; *Caso Lori Berenson Mejía*, sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 119, párr. 126; *Caso de la Cruz Flores*, sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 115, párr. 80; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 137, párrafos 187-191. “Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado” véase, entre otros, *Caso Baena, cit*, párr. 108.

El Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra a la dignidad humana: “...considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Claramente la Directiva vulnera la dignidad humana que, como se refirió, ya ha sido definida por Tribunales Constitucionales.

El artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Contrariamente a esta disposición, la Directiva implica una privación arbitraria de la libertad en virtud de que impone una “pena de prisión” a quienes no han cometido delito alguno, sino solamente incurrieron en una infracción administrativa. El artículo 11.2 de la Declaración prevé que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”. La Directiva implica una condena *de facto* por actos que no son delictivos, ni están previamente tipificados en una ley penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reitera en su artículo 9.1 que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias y además ordena que toda persona que haya sido *ilegalmente detenida o presa* tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. En su artículo 15 refrenda la disposición del artículo 11.2 de la Declaración Universal.

Por su parte, el PCTIM ratificado por países europeos como España (mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002 publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2003), establece en su artículo 5 que aquellos migrantes que sean objeto de tráfico ilícito de personas u otras actividades relacionadas con este delito no deben ser sujetos de



enjuiciamientos penales y en consecuencia no pueden ser sometidos a ninguna pena de prisión o internamiento.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 49 reitera el principio de legalidad previsto en diversos instrumentos, por el que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una *infracción* según el Derecho interno o el Derecho internacional”. El término “infracción” conduce a pensar de que la Directiva sí sería conforme a esta Carta ya que la estancia irregular de una persona en territorio europeo constituye una infracción, sin embargo, el artículo 53 de esta misma Carta dispone que ninguna de sus disposiciones “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el *Derecho de la Unión*, el Derecho internacional...y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *así como por las constituciones de los Estados miembros*”.

Por lo que de los instrumentos internacionales se desprende que la Directiva es violatoria de derechos humanos de migrantes irregulares y constituye una privación arbitraria de la libertad.

El que la Directiva<sup>111</sup> fuera emitida por el Parlamento y el Consejo Europeo, es decir, a nivel supranacional, no la exime del cumplimiento de los derechos humanos reconocidos

---

<sup>111</sup> Un aspecto importante dentro de sus disposiciones finales es el hecho de que la Comisión informará cada tres años al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros y propondrá, en su caso, modificaciones. La Comisión informará por primera vez a más tardar el 24 de diciembre de 2013, en cuya ocasión se centrará en particular en la aplicación en los Estados miembros del artículo 11, del artículo 13, apartado 4, y del artículo 15 (artículo 19), eso se considera peligroso ya que es un margen demasiado amplio que puede tener graves consecuencias para los derechos humanos de migrantes irregulares. Como una muestra se encuentra el caso de España quien en menos de un año, observó las deficiencias de su Ley Orgánica 4/2000 y la modificó con la Ley 8/2000, en un lapso aproximado de 11 meses. Por otra parte, el artículo 20 de la Directiva dispone que “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010. Por lo que respecta al artículo 13, apartado 4, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias

por la comunidad de naciones. Aunado a ello, no por su origen comunitario puede evadir la responsabilidad internacional en que incurre por violación a los derechos humanos de migrantes irregulares.

Aquí se encuentra un punto de coincidencia (que puede trasladarse a muchos países) entre México y Europa: la criminalización de la migración irregular. Ante la incapacidad de resolver la problemática se buscan soluciones más restrictivas y severas.<sup>112</sup> En México, como se verá en el siguiente capítulo, en julio de 2008, se despenalizó *de iure* la migración irregular; en Europa, en diciembre de 2008, se penalizó *de facto* la migración irregular. Sin embargo, y lamentablemente, la situación es la misma en ambas naciones: los migrantes irregulares son tratados como delincuentes.

La existencia de la Directiva retorno toma importancia cuando se observan hechos como los sucedidos a finales de marzo de 2009: más de 200 personas mueren tras el hundimiento, a unas 30 millas de las costas de Libia, de la embarcación que les llevaba rumbo a Italia. La barca llevaba a bordo a 257 migrantes irregulares de los que, tras dos días de búsqueda, sólo 23 fueron rescatados con vida, según datos de la OIM. Después de conocer la tragedia, el Gobierno italiano espera que Libia respete el acuerdo sobre inmigración firmado entre los dos países, que contempla la vigilancia de las costas libias por patrullas costeras

---

para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 24 de diciembre de 2011. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva”.

<sup>112</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo debe de ejercerse en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. *Cfr. Caso Kimel*, sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 177, párrs. 63 y 76.

conjuntas. En total, el año pasado 36,000 personas llegaron a Italia por mar desde el norte de África.<sup>113</sup>

Es evidente que los flujos no disminuirán sin una acción integral que aborde y resuelva las causas reales de la migración irregular. Los gobiernos de países receptores tienen que entender que podrán haber patrullas, operativos, privaciones arbitrarias de la vida y de la libertad, internamientos ilegales, deportaciones masivas y, a pesar de todo ello, la migración irregular no disminuirá: cuando las personas creen que ya no tienen nada que perder, son capaces de todo. La desesperación y el hambre no se detienen con muros físicos ni virtuales, ni con medidas represivas. Además, la creciente complejidad del problema no hace más que revelar que las soluciones planteadas (medidas restrictivas y violación a los derechos humanos) no son las correctas porque no resuelven nada.

Hay que enfatizar la contradicción en la que incurren nuestros sistemas constitucionales de garantía (tanto México, como muchos otros países del mundo), pues si bien todos ellos aceptan la dignidad como presupuesto universal, no existe una garantía jurídica con ese alcance.

## 1.7. MIGRACIÓN IRREGULAR EN MÉXICO

El contexto migratorio en México es sumamente complejo, ya que es un país de origen, tránsito y destino migratorio. A continuación se hará un somero análisis del marco jurídico

---

<sup>113</sup> Cfr. [http://www.elpais.com/articulo/internacional/250/inmigrantes/naufragan/aguas/Libia/Italia/elpeuint/20090330elpeuint\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/250/inmigrantes/naufragan/aguas/Libia/Italia/elpeuint/20090330elpeuint_7/Tes) (fecha de consulta: 07 de abril de 2009).

nacional en la materia y se planteará, en términos generales, las violaciones a los derechos humanos de migrantes.

#### *1.7.1. Derechos de migrantes irregulares*

La Constitución Política mexicana señala en su artículo 1º que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece” y prohíbe la discriminación por origen nacional o cualquier motivo que “atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. El artículo 33 determina que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero de la Constitución.

El texto constitucional mexicano en su artículo 73, fracción XVI, concede al Congreso de la Unión la facultad de “dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración...” Además de este artículo, el Congreso está facultado y obligado a legislar en esta materia con arreglo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por el inciso b) del numeral I del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y el artículo 6º del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Además, en México han existido distintos ordenamientos que intentaron regular la materia migratoria. Para los efectos de este estudio y sin pretender profundizar en este punto, se pueden mencionar los siguientes: Decreto sobre Colonización del 18 de agosto de 1824;

Decreto sobre extranjería y nacionalidad del 30 de enero de 1854; Ley de Extranjería y Naturalización del 20 de mayo de 1886; la primera Ley de Inmigración de 22 de diciembre de 1908; Ley de Migración de marzo de 1926; Ley de Migración del 30 de agosto de 1930; Ley General de Población de agosto de 1936; Ley General de Población de diciembre de 1947; y la Ley General de Población (en adelante, LGP) que rige actualmente y data del 7 de enero de 1974.

Actualmente las normas que regulan estos aspectos son, primordialmente, la LGP de 1974 y la Ley de Nacionalidad de 1998.

Respecto a la migración regular, la LGP establece las calidades migratorias que puede tener un extranjero en México, las cuales son: No inmigrante, Inmigrante e Inmigrado. El primero sólo se interna en el país temporalmente<sup>114</sup> (artículo 42); el segundo es el que se interna legalmente pero con el propósito de radicar en nuestro país<sup>115</sup> (del artículo 44 al 48); y el tercero es aquél que adquiere derechos de residencia definitiva en nuestro país, la calidad de inmigrado puede ser adquirida por los inmigrantes con residencia de 5 años (del artículo 52 al 55). Es decir, un extranjero puede ingresar legalmente a México únicamente a través de estas tres calidades migratorias.

Desde el punto de vista de la organización administrativa, la materia migratoria o de extranjerías se ejecuta a través de la Secretaría de Gobernación y el Instituto Nacional de Migración (en adelante, INM).

---

<sup>114</sup> Los no inmigrantes pueden tener alguna de las características siguientes: turista, transmigrante, visitante, ministro de culto o asociado religioso, asilado político, refugiado, estudiante, visitante distinguido, visitantes locales, visitante provisional y corresponsal.

<sup>115</sup> Las características de lo inmigrantes son: rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiares, artistas, deportistas y asimilados.

El 19 de octubre de 1993 fue creado el INM,<sup>116</sup> como órgano técnico desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. El INM aseguró, durante 2005, a un total de 240 mil 269 migrantes indocumentados, lo que representó 11.39% más respecto al 2004, cuando la cifra fue de 215 mil 695 extranjeros asegurados. De acuerdo con las estadísticas del organismo desconcentrado, el número de migrantes asegurados registró un crecimiento de 74%, al pasar de 138 mil 061 en el 2002 a 240 mil 269 personas aseguradas en el 2005.<sup>117</sup> Mientras que el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) de EUA señaló que, cada año, aproximadamente 150 mil mexicanos cruzan irregularmente la frontera.<sup>118</sup> A pesar de que ambas cifras sobre migración irregular son alarmantes, el Estado mexicano por mucho tiempo ha centrado su atención en la frontera norte y no en la frontera sur del país.

Según el INM, la delegación con mayor dinamismo en este rubro fue la de Chiapas donde fueron resguardados 103,721 extranjeros indocumentados (43.2% del total), le sigue Veracruz con 25,587 (10.6% del total) y Tabasco con 20,910 (8.7% del total).<sup>119</sup>

El Reglamento de la LGP, establece en su artículo 133 que el INM procurará que los movimientos migratorios favorezcan el desarrollo del país y que “en ello se preservará la seguridad y soberanía del país, en pleno apego a la ley y con *amplio respeto a los derechos de los migrantes*”. Todas estas disposiciones, desde las constitucionales e internacionales hasta las legales, son incumplidas cotidianamente.

---

<sup>116</sup> Conforme al Reglamento de la Secretaría de Gobernación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de julio del 2002, el INM es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría (artículo 36 fracción V) y tiene por objeto: “la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios...” (artículo 55). Sus atribuciones se establecen en el artículo 57.

<sup>117</sup> Véase INM, *Aumentó 74 por ciento el flujo migratorio del 2002 al 2005*, Boletín No 047/06 del 12 de febrero de 2006, <http://www.inami.gob.mx/paginas/boletinescs/2006/boletin047-06.htm> (fecha de consulta: 20 de abril de 2006).

<sup>118</sup> Véase <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/cap.5c.htm> (fecha de consulta: 20 de abril de 2008).

<sup>119</sup> *Idem*

En el Informe de Actividades de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, CNDH) del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, la Comisionada del INM fue la autoridad con mayor número de recomendaciones por violaciones a los derechos humanos.

La CNDH en sus Recomendaciones 214/1993, 23/2004, 48/2004, 05/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006, 33/2006, 01/2007, 17/2007, 25/2007, 29/2007, 35/2007, 36/2007, 63/2007, 64/2007, 65/2007, 06/2008, 24/2008, 28/2008, 40/2008, 48/2008, 51/2008, 1/2009, 17/2009 y 29/2009 ha reflejado constantes, ofensivas y flagrantes violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares. Pese a que en el discurso se proclama el respeto a los derechos humanos de los migrantes, la realidad muestra la violación sistemática a dichos derechos.<sup>120</sup> Estas violaciones también se encuentran documentadas en el Quinto Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes en Tránsito por México.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Sobre la situación de los derechos humanos de migrantes en México, véase mi trabajo “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos” en *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 3, número 7, México, 2008, pp. 101-137. Por dar sólo un ejemplo de la situación sobre la que versan las recomendaciones de la CNDH, en la Recomendación 25/2005 se documenta el caso de 300 menores y adultos guatemaltecos radicados en Tapachula víctimas de explotación laboral y sexual. Según la recomendación, en el basurero local trabajan en condiciones infrahumanas 23 niños y niñas menores de edad, así como 91 adultos, todos indígenas de origen guatemalteco. Además, laboran en dicho lugar mujeres en periodo de lactancia, niños y personas de la tercera edad, los cuales desarrollan su trabajo sin protección y se encuentran entre animales de carroña como zopilotes, desechos biológicos infecciosos, sustancias tóxicas y restos de animales en estado de putrefacción.

<sup>121</sup> El Informe menciona: “la migración es la salida violenta que el sistema de la desesperanza ha creado para los muchos que no se resignan. Es el acto de la lucha desesperada por la perpetuación de la vida y, como en el origen, el triunfo de llegar al destino sólo es para los más fuertes. De esta selección anti-natural se encargan los cientos de mexicanos que, colocados estratégicamente en distintos puntos del país, complican el camino de los centroamericanos e intentan estropear el trabajo de aquellas personas que, siempre solidarias y fraternas, luchan junto con los caminantes por dar vida y esperanza en las vías, en el tren, en las casas. Cada vez son menos los que llegan, pues la imposición de la violencia como regla del camino se vive y se sufre desde la llegada a Tenosique, Tabasco o a Ciudad Hidalgo, Chiapas”. Belén, Posada del Migrante, Humanidad Sin Fronteras, A.C., Frontera Con Justicia, A.C. [http://www.sinfronteras.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=288:quinto-informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-migrantes-enmtransito&catid=30:documentos&Itemid=59](http://www.sinfronteras.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=288:quinto-informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-migrantes-enmtransito&catid=30:documentos&Itemid=59) (fecha de consulta: 19 de junio de 2009). O en investigaciones como: Ángeles Ruiz, Hugo y Fernández, Carmen, *La dinámica de los flujos migratorios mixtos en la Frontera Sur de México: Una breve interpretación*, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6799.pdf> (fecha de consulta: 19 de junio de 2009).

Corroborando esta situación, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, visitó México del 9 al 15 de marzo de 2008. Y presentó el informe producto de dicha visita ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.<sup>122</sup>

Recientemente, la CNDH dio a conocer tuvo su Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes, en el que documenta 198 casos de secuestro de migrantes, con un promedio de 33 eventos por mes, lo que representa más de un evento de secuestro cada día; asimismo, se indica que 9,758 personas migrantes fueron víctimas de privación de su libertad, es decir, más de 1,600 secuestrados por mes. El promedio de los montos exigidos a las víctimas identificadas en esta investigación es de 2,500 dólares por persona.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> En su resolución 8/10, de 18 de junio de 2008, el Consejo decidió que el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes informara periódicamente al Consejo, con arreglo a su programa de trabajo anual. Anotaciones a la Agenda del 11º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Nota del Secretario General, A/HRC/11/1, 21 de abril de 2009, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.1\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.1_sp.pdf) (fecha de consulta: 20 de junio de 2009). Aunque México es parte en la Convención desde 1999, sólo recientemente -el 16 de abril de 2008, con posterioridad a la visita del Relator Especial- aceptó la competencia del Comité sobre los Trabajadores Migratorios para recibir comunicaciones de particulares. Según el Relator, esto limita la acción del Comité para examinar la práctica del Gobierno de México con respecto a la protección de los derechos de los migrantes. En su informe al Comité, presentado en 2006, el Gobierno de México reconoció que el respeto absoluto de los derechos humanos de los migrantes sigue constituyendo un reto para el país, dado que la existencia de un marco jurídico que prevea el respeto estricto de esos derechos no garantiza por sí mismo la aplicación de la Convención. Consejo de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, A/HRC/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009, véase el informe completo en [http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/239\\_Informe%20de%20Visita%20a%20México%20Relator%20de%20Naciones%20Unidas%20%202008.pdf](http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/239_Informe%20de%20Visita%20a%20México%20Relator%20de%20Naciones%20Unidas%20%202008.pdf) (fecha de consulta: 10 de junio de 2009).

<sup>123</sup> El derecho internacional de los derechos humanos protege la seguridad e integridad personales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo que se refiere al marco jurídico nacional se encuentra el Código Penal Federal, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Ley de la Policía Federal; sin embargo, no existe uniformidad en la penalidad que se aplica a los autores de un secuestro, la que varía de un estado a otro. Mientras que en los estados de Campeche y Quintana Roo se establece como pena mínima la de 5 años de prisión, en el Distrito Federal y en los estados de Oaxaca y Guerrero la penalidad mínima al secuestrador es de 40 años. Por lo que se refiere a la penalidad máxima, el único estado que establece como máximo 20 años de prisión es Quintana Roo, en tanto que en los estados de Durango y Puebla la penalidad máxima para el secuestrador es de 70 años de prisión. Las anteriores penalidades son aplicables en el delito de secuestro genérico, es decir, la acción de privar de la libertad a otro



En cuanto a la nacionalidad de los agraviados, sólo fue posible precisar la nacionalidad de 552 víctimas: 372 de Honduras; 101, de El Salvador; 74 de Guatemala; y 5, de Nicaragua. De 609 personas únicamente se pudo establecer que eran originarios de Centroamérica. Se tienen datos de que además de los países mencionados hubo también personas secuestradas de Ecuador, Brasil, Chile, Costa Rica y Perú.

El informe señala que en el sur del país, fueron secuestrados 5,416 migrantes (55%); en el norte, 981 (11.8%); en la zona centro, 124 (1.2%), en tanto que no fue posible precisar el lugar en que fueron secuestradas 3,237 víctimas (32%). Por entidad federativa, los estados de Veracruz y Tabasco tienen las más altas cifras de migrantes secuestrados, 2,944 y 2,378, respectivamente, cantidades que sumadas representan 55% de los secuestros registrados durante esta investigación. En cuanto al perfil de los secuestradores, en la inmensa mayoría de los casos las víctimas (9,194 migrantes), fueron plagiadas por bandas organizadas; 35 por autoridades; y 56 por delincuentes y autoridades.

En lo que se refiere a mujeres migrantes secuestradas, 132 migrantes mencionaron que en los lugares en los que los mantuvieron había mujeres, sin que pudieran precisar su número. Por otra parte, sí fue posible registrar con precisión el caso de 157 mujeres secuestradas, cuatro de ellas embarazadas; dos fueron asesinadas por los plagiarios; otras mujeres fueron violadas y una fue obligada a permanecer con sus captores como “mujer” del cabecilla de la banda.

---

con el propósito de obtener un rescate o cualquier otra prestación; sin embargo en los diferentes códigos penales locales se prevén agravantes, tales como el secuestro de infantes o cuando se realiza algún acto de índole sexual en contra de la víctima. Véase el informe completo en <http://www.cndh.org.mx/INFORMES/Especiales/infEspSecMigra.pdf> (fecha de consulta: 25 de junio de 2009).

La dificultad del registro también ocurre en el caso de migrantes menores de edad. 72 entrevistados hicieron referencia, sin indicar la cantidad, a la presencia de víctimas menores de edad durante el secuestro. Por otra parte, fue posible contabilizar puntualmente a 59 menores migrantes secuestrados.

La CNDH enfatiza que la investigación sólo comprende un periodo de seis meses, de septiembre de 2008 a febrero de 2009, los 198 casos referidos por migrantes, que incluyen a 9,758 víctimas, no pueden considerarse una relación exhaustiva, pues la naturaleza del delito y las limitaciones de la investigación harían prácticamente imposible tener conocimiento de todos los casos que sucedieron en este lapso. Se hace hincapié en ello para subrayar que el secuestro de migrantes es una práctica de mayores dimensiones que la que se presenta en el Informe y que, por lo tanto, esta investigación arroja una cifra mínima, la de hechos mencionados por los migrantes en sus testimonios, sin dejar por ello de advertir que existe una cifra real superior.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> *Idem.*

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LEGISLACIÓN Y DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES: RETOS DEL PODER LEGISLATIVO FEDERAL Y DE LOS PODERES LEGISLATIVOS LOCALES MEXICANOS

#### 2.1. MIGRACIÓN IRREGULAR, REFUGIO Y TRATA DE PERSONAS: LOS HORIZONTES INDEFINIBLES

El PCTIM define al *tráfico ilícito de migrantes* como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (artículo 3, inciso a).

El otro Protocolo adicional a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas*, menciona que *trata de persona* es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas que se caracteriza por la utilización de amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o por la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación (artículo 3 inciso a).

Las diferencias clásicas entre trata y tráfico son: 1) la trata de personas es un crimen contra el individuo y constituye una amenaza a la seguridad humana; el tráfico ilícito es un crimen

contra el Estado y constituye una amenaza a la seguridad nacional. 2) la trata de personas puede tener lugar a nivel nacional o internacional; el tráfico ilícito es inherentemente transnacional, toda vez que requiere atravesar fronteras sin cumplir con los requerimientos legales necesarios para el ingreso al Estado receptor. 3) Las víctimas de la trata de personas tienen derecho a obtener estatus de residentes; las personas traficadas ilícitamente deben ser repatriadas a sus países de origen. 4) El consentimiento es irrelevante en los casos de trata de personas, toda vez que la víctima es una persona vulnerable, sin más alternativa que someterse a la explotación; las personas traficadas ilícitamente consienten en ingresar ilegalmente al Estado receptor.

126

Así, la distinción clásica entre los conceptos de trata y de tráfico de personas pone énfasis en el uso de la fuerza, coacción o engaño como características distintivas. Ya que en el *tráfico de personas*, si bien puede mediar una transacción pecuniaria, se considera que la relación entre la persona objeto del tráfico ilícito y quien se encarga de hacerlo es de carácter voluntario y provechosa para ambas partes. Esto es muy discutible ya que puede haber engaño y coacción en cualquiera de las etapas del ciclo de migración irregular.

En el caso de la explotación laboral de los trabajadores migrantes, las cuestiones son más complejas. La evidencia disponible muestra que trabajadores migrantes en situación irregular que ingresaron a un país de destino a través de redes clandestinas de intermediarios son sometidos a condiciones de trabajo forzoso, lo cual constituye trata y no tráfico de personas. Así, ambos conceptos confluyen pero en ocasiones los gobiernos centran sus políticas públicas en el combate de la trata de personas con fines de explotación sexual y olvidan que existe la trata de personas con fines de explotación laboral. Como un ejemplo de trata con fines de explotación laboral se encuentra la recomendación 01/2009 de

---

<sup>126</sup> Mattar, Mohamed, *Aproximaciones legales para combatir la trata de personas: Una perspectiva internacional y comparada*, [http://www.protectionproject.org/docs/comprehensive\\_approaches\\_charts\\_spanish.pdf](http://www.protectionproject.org/docs/comprehensive_approaches_charts_spanish.pdf) (fecha de consulta: 20 de mayo de 2009).

la CNDH, sobre el caso de 65 migrantes mexicanos contratados para trabajar en la industria de la construcción en la isla Bimini, en Bahamas. La CNDH sostuvo que en este caso existen los tres componentes de la trata de personas: 1) la actividad o el enganche que se tradujo en la captación de los trabajadores mexicanos por parte de los empleadores; 2) los medios o la forma en que los convencieron -a través del engaño-, pues les ofrecieron condiciones de trabajo muy distintas a las que estuvieron sometidos; y, 3) la coacción de la voluntad, ya que no contaban con documentos migratorios, ni con medios económicos suficientes para salir de la Isla Bimini. Este caso es sumamente preocupante, y exige una actuación inmediata, ya que existió la anuencia de servidores públicos de las Secretarías de Relaciones Exteriores, del Trabajo y Previsión Social, así como del Instituto Nacional de Migración y la Presidencia Municipal de Pedro Escobedo, Querétaro, para que estas 65 personas fueran víctimas de trata durante su estancia en Bahamas.

Otro de los casos más representativos de la comisión de este delito en México es el de la Familia Carreto, una banda de tratantes que operó de 1991 a 2004 y obligó a niñas y mujeres jóvenes mexicanas a prostituirse en México y posteriormente las trasladaban irregularmente a los EUA para continuar ejerciendo la prostitución en este país.<sup>127</sup> Así, aquí otra vez se acerca la trata con la migración irregular.

Esta también el caso reportado, el 25 de enero de 2009, en la averiguación previa PGR/FEVIMTRA-C/VCM/069/09-08 en el que una banda de 19 personas presuntamente trataban a mujeres y niñas con fines de explotación sexual en la ciudad de Puebla.

---

<sup>127</sup> Durante la primera fase de explotación, casi todas las víctimas fueron obligadas a prostituirse en distintos puntos del país y, posteriormente, las llevaron a EUA, específicamente a Nueva York. El traslado y cruce de frontera siempre se hizo de forma irregular. Sobre este caso <http://www.alterinfos.org/spip.php?article2546> (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2008).

Asimismo, por AP/PGR/FEVIMTRA-C/VCM/071/1008, de octubre de 2008, en contra de Peter Ping Chang, ciudadano estadounidense dueño de la fábrica Fox Sports en San Luis Río Colorado, Sonora, se inició la investigación por la probable comisión del delito de trata de personas con fines de explotación laboral en agravio de ocho personas de nacionalidad china.<sup>128</sup>

El 27 de noviembre de 2007 se publicó en nuestro país la *Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas* en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF), la cual, aunque representa un avance, tiene múltiples deficiencias y omisiones, por lo que debe fortalecerse para que sea operativa y se logre la erradicación de este delito.

Como un ejemplo de las deficiencias de esta ley, se encuentra el hecho de que su tipificación excluye a la trata interna de personas. El Informe sobre la Trata de Personas 2008 del Departamento de Estado de los EUA, señala que la trata de personas es una amenaza multifacética: priva a las personas de sus derechos humanos y libertades, aumenta riesgos de salud mundial y fomenta el crecimiento de la delincuencia organizada.<sup>129</sup> El informe enfatiza que *para que se configure el delito de trata no es necesario que la víctima sea transportada físicamente de un lugar a otro*, porque la trata es tanto interna como internacional. Por lo que al analizar los problemas de la trata de personas y formular respuestas eficaces, el enfoque debe centrarse en la explotación y control de una persona mediante la fuerza, el fraude o la coerción, y no en el traslado de esa persona.

---

<sup>128</sup> <http://www.eluniversal.com.mx/notas/545318.html> (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2008).

<sup>129</sup> *Informe sobre la Trata de Personas 2008*. Departamento de Estado de Estados Unidos de América, Washington D.C., 4 de junio de 2008. En: <http://www.america.gov/st/washfiles/spanish/2008/June/20080606121642PII0.7776758.html> y <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2008/> (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2008).

El artículo 3 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas no incluye a la trata interna. La actual redacción prevé tres posibilidades:

- a) Que los delitos se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio nacional;
- b) Que se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el extranjero;
- c) Que se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional y se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 50, fracción I, incisos b) a j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.<sup>130</sup>

Así, la ley actual es restrictiva e impide la sanción a los culpables de este delito dentro del territorio nacional, es decir, no se reconoce la posibilidad de que personas de algunas entidades federativas sean trasladadas o sometidas a trabajo forzoso laboral o sexual en otras entidades, como en el caso de muchas personas que son originarias de zonas indígenas o zonas rurales del país y que son obligadas a prostituirse en distintas entidades federativas del país o en su misma entidad o lugar de residencia. Esto significa que una persona no tiene que ser trasladada (ni dentro del país, ni hacia el exterior) para ser víctima de trata.

---

<sup>130</sup> Artículo 50: ... b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal; c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación.

La ley actual, al excluir a la trata interna, sólo prevé la protección a víctimas extranjeras. Por lo que es urgente incluir la protección a las mujeres, niñas, niños y hombres mexicanos que sean víctimas o posibles víctimas de trata.

Aunado a ello, existen dos opciones en cuanto a la tipificación: o se traslada el tipo penal de trata de personas al Código Penal Federal<sup>131</sup> o las legislaturas locales tipifican el delito de la forma prescrita por el Protocolo contra la Trata de Personas y por la ley (incluyendo a la trata interna).

Aunque existe un Memorándum de entendimiento entre los gobiernos de México, Guatemala, Salvador, Honduras y Nicaragua para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes vía terrestre de 5 de mayo de 2006, en cuanto a la repatriación de víctimas de trata solamente se dispone que “tendrán una atención diferenciada”. Por lo que se requiere regular este aspecto legalmente sobre todo cuando el 50% de las víctimas de trata son niñas, niños y adolescentes.<sup>132</sup> Actualmente no son aplicados los principios de no devolución ni del interés superior de la niña, niño y adolescente en los casos de trata.

Se debe de incorporar en la ley un mecanismo para facilitar a la posible víctima de trata su permanencia en el país. Aunque actualmente esto puede hacerse gracias a la circular 189/2007 de 20 de marzo de 2007 del Instituto Nacional de Migración sobre regularización de testigos y víctimas, es urgente que exista fundamento legal basado en los compromisos internacionales del Estado mexicano.

---

<sup>131</sup> Ya que no se puede seguir esperando a que las entidades federativas legislen en la materia y que además legislen en congruencia con los compromisos internacionales del Estado mexicano.

<sup>132</sup> Informe sobre tráfico de personas 2006. Departamento de Estado de Estados Unidos de América.



En cuanto al refugio, ACNUR señala que el número de personas desarraigadas a la fuerza por los conflictos y la persecución en todo el mundo se situó 42 millones a finales de 2008, en medio de un brusco retraso en las repatriaciones y un mayor número de conflictos prolongados que generaron situaciones de desplazamiento prolongadas. Según el Informe anual de ACNUR "Tendencias Globales", este total incluye a 15.2 millones de personas refugiadas, 26 millones de desplazadas internas y 827,000 solicitantes de asilo.<sup>133</sup> Según el Informe, en México hay 1,055 refugiados.

Como se mencionó anteriormente, hay un aspecto en donde el presente trabajo difiere de ACNUR. Esta organización señala que mientras que “las principales motivaciones de la mayoría de los migrantes internacionales es encontrar empleo, ganar un mejor ingreso o aprender nuevas destrezas, los refugiados se desplazan para buscar asilo y encontrar protección en otro estado. Mientras que los migrantes salen y regresan cada vez más a sus países de origen y de destino, los refugiados no pueden participar en estas formas de migración circular”.<sup>134</sup> Valdría la pena asentar que los migrantes irregulares no son parte o

---

<sup>133</sup> El informe indica que 80% de los refugiados en el mundo se encuentra en países en vías de desarrollo, al igual que la amplia mayoría de los desplazados internos - una población con la que la agencia de la ONU para los refugiados está cada vez más involucrada. Muchas de estas personas llevan años desarraigadas, sin una solución a la vista. Aunque la cifra de 42 millones de personas desarraigadas a finales de año representa un descenso de unas 700,000 personas respecto al año anterior, los nuevos desplazamientos en 2009 - no reflejados en el informe anual - han más que compensado este declive. El informe recoge 29 grupos diferentes de 25.000 o más refugiados en 22 países que llevan al menos 5 años exiliados y para quienes no se vislumbra una solución inmediata. Esto supone que al menos 5.7 millones de refugiados están viviendo en el limbo. Aproximadamente 2 millones de refugiados y desplazados internos pudieron regresar a su hogar en 2008, número inferior al del año anterior. La repatriación de refugiados (604,000) se redujo 17%, mientras que el retorno de desplazados internos (1.4 millones) cayó 34%. Aunque tradicionalmente, la repatriación es la principal solución duradera para los refugiados, la de 2008 ha sido la segunda más pequeña de los últimos 15 años. Esto refleja el deterioro de las condiciones de seguridad, específicamente en Afganistán y Sudán. *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 16 June 2009, <http://www.unhcr.org/4a375c426.html> (fecha de consulta: 24 de junio de 2009).

<sup>134</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5152.pdf> (fecha de consulta: 16 de mayo de 2009). En contra de la posición que se sostiene en este trabajo esta Ruud Lubbers del ACNUR, quien sostiene que “refugiados y emigrantes son fundamentalmente diferentes, y por ello son tratados de forma muy distinta por la ley internacional moderna. Los emigrantes, especialmente los emigrantes económicos, escogen trasladarse de país para *mejorar las perspectivas de su futuro y el de sus familias*. Los refugiados tienen que abandonar su país para *garantizar sus vidas o su libertad*. Fue precisamente esta diferencia de motivación la que determinó su distinto estatus ante la ley. Los refugiados que huyen de una guerra o persecución están en la situación más vulnerable que se pueda imaginar. *No reciben protección de su propio estado*, y de hecho es normalmente su propio estado quien los amenaza. Si otros países no les permiten la entrada y no les ayudan una vez dentro, entonces, para decirlo claramente, podrían estar condenándolos a muerte, o a una vida intolerable en la

están imposibilitados de realizar esta migración circular y que sus motivaciones para migrar tienen un origen más profundo que el enunciado por ACNUR.

Aunado a lo anterior, ACNUR también sostiene que “existe mayor evidencia que sugiere que los refugiados y los solicitantes de asilo son tanto remitentes como receptores de remesas, la suma de dinero involucrada en estas transacciones es muy modesta en comparación con las grandes sumas transferidas por los migrantes económicos”.<sup>135</sup> Se estima que este aspecto relativiza la distinción entre refugiado y migrantes, es más, el hecho de que refugiados y migrantes envíen remesas acercan los conceptos.

---

sombra, sin derechos. Incluso la gente forzada a dejar sus hogares por inundaciones, terremotos y otros desastres naturales están en una situación diferente. Sus gobiernos les apoyan, no los están echando del país y los individuos todavía mantienen sus derechos. No son refugiados. No existe tal cosa como un *refugiado medioambiental* o un *refugiado económico*". Desde una perspectiva personal las palabras de Lubbers, no hacen más que acercar los dos conceptos. Sin duda, estos conceptos (refugio y migración irregular) surgieron plenamente diferenciados, pero en el contexto actual la diferencia existente se diluye. [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_3557000/3557477.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3557000/3557477.stm) (fecha de consulta: 16 de junio de 2009).

<sup>135</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5152.pdf> (fecha de consulta: 16 de mayo de 2009). Así, “la cuestión de las migraciones irregulares está íntimamente vinculada con la seguridad humana. Muchas personas que migran de modo irregular lo hacen porque sus países sufren de conflictos armados, inestabilidad política y recesión económica. Los migrantes que se trasladan de modo irregular a menudo se exponen a peligros o quedan desamparados durante largos periodos mientras transitan hacia su destino final. Si no se aplican cuidadosamente, las medidas para evitar las migraciones irregulares pueden empeorar la suerte de los migrantes... Las migraciones irregulares son una cuestión particularmente emotiva que tiende a dividir las opiniones. En los debates sobre esta cuestión, los responsables del control fronterizo y de la seguridad nacional frecuentemente se oponen a las personas preocupadas por los derechos humanos de los migrantes. Los Estados y otros actores deben dejar de lado estas opiniones opuestas y entablar un diálogo objetivo sobre las causas y consecuencias de las migraciones irregulares y las maneras de abordarlas con eficacia... Los controles fronterizos y las restricciones de visado no siempre han sido eficaces en la prevención de las migraciones irregulares y pueden exponer a los migrantes a peligros adicionales cuando intentan desplazarse de modo irregular. Los Estados, al intentar alcanzar su objetivo legítimo de control eficaz de las fronteras, deben respetar sus obligaciones de derechos humanos... los Estados como los migrantes se beneficiarían con la creación de un contexto en el cual las personas migraran por opción, de manera segura y legal, más que de modo irregular y porque no tienen otra opción. Todos los Estados deben realizar esfuerzos para que sus ciudadanos gocen de un entorno de paz y respetuoso de los derechos humanos que les permita participar en un proceso político democrático, con una economía próspera y un trabajo digno. Los países más prósperos deben apoyar estos esfuerzos cumpliendo con sus compromisos hacia el proceso de desarrollo de los países de origen... Como lo especifica el artículo 31 de la Convención de la ONU de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, los refugiados no deben ser penalizados por causa de su entrada o presencia ilegales en un país, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. Para respetar este principio, los funcionarios de policía, los guardafronteras, los funcionarios de migraciones y de asilo deben conocer perfectamente los principios del derecho internacional sobre los refugiados”. *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4030.pdf> (fecha de consulta: 16 de mayo de 2009).

Es aquí donde se muestra que los límites entre el tráfico, trata de personas y refugio no son tan claros, más bien es una línea muy delgada la que los separa. Por lo tanto, es necesario relativizar los conceptos entendiendo que en la realidad no existen separaciones ni clasificaciones tajantes. Sin embargo, es preocupante que frente a conceptos que confluyen o cuyos límites no son precisos, las consecuencias jurídicas sean tan dispares (por no decir, injustas); por ejemplo, si una persona es víctima de trata se le otorga la residencia; pero si otra persona es víctima de tráfico es repatriada.

## 2.2. POBREZA, EDUCACIÓN Y GASTO PÚBLICO

Nuestro país enfrenta una realidad nacional diferenciada. Según la Encuesta Nacional de Ingreso y Gasto de los Hogares (ENIGH) del INEGI 2006, el ingreso de la población más rica es 15.1 veces superior al que perciben los habitantes más pobres; así, los ingresos de la décima parte de la población más rica, superan a los que obtuvieron en conjunto 63 millones de habitantes.<sup>136</sup> Este factor ha sido uno de los detonantes que llevan a las personas mexicanas a migrar en busca de empleo y de mejores condiciones de vida. Como se asentó, la pobreza extrema no es una causa directa de la migración (ya que la falta de recursos impide migrar), pero la falta de crecimiento económico integral sí lo es.

Cuando se habla de gasto público inmediatamente se piensa en el Presupuesto de Egresos de la Federación (en adelante, PEF). Sin embargo, el análisis del PEF excede los objetivos

---

<sup>136</sup> Véase <http://www.inegi.gob.mx/inegi/default.aspx?c=11430&pred=1&s=est> (fecha de consulta: 25 de agosto de 2008). El Estado Mexicano es considerado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como un país de desarrollo humano alto ya que ocupa el lugar 52 a nivel mundial; además, es el único país latinoamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A pesar de lo anterior, en México existen diversos problemas y circunstancias sociales, económicas y laborales, que pueden constituir el origen de la decisión de emigrar. Véase [http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/español/pdf/HDR05\\_sp\\_HDI.pdf](http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/español/pdf/HDR05_sp_HDI.pdf) y <http://www.undp.org.mx/Doctos/Publicaciones/idhcompleto.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2008).

de la presente investigación; pero ante un fenómeno multicausal como la migración se estima conveniente asentar algunas ideas muy generales al respecto.

Se entiende que a nivel federal y estatal se requiere invertir mayores recursos en áreas que en México no han sido consideradas como estratégicas, pero que en este trabajo sí se estiman prioritarias, una de ellas es la educación. Sin embargo, es necesario hacer una precisión: de poco sirve educar a nuestros nacionales si una vez concluido determinado nivel de estudios, cuando las personas buscan incorporarse a la vida laboral, no pueden hacerlo (y es precisamente en ese momento que deciden migrar en busca de oportunidades). México no sólo está perdiendo a sus nacionales, sino a nacionales calificados, se requiere recordar que la composición de los flujos migratorios se ha ido modificando.

La relación entre educación y migración también puede abordarse desde diferentes perspectivas: por un lado, la educación sufre cambios debido a la migración, es decir, la migración genera diferentes efectos en la educación; por otro lado, las deficiencias en la educación es una de las posibles causas de la migración, pero también el fortalecimiento de la educación es uno de los factores que pueden asegurar una vida digna a las personas, generar cambios en las tendencias migratorias actuales y, quizás, ser un factor que permita la movilidad social.

En México, la inversión en educación es baja en comparación con otros países. Aunado a ello, entre las causas de la mala calidad en la enseñanza se señalan: el elevado número de estudiantes que atiende cada maestro, la gran cantidad de alumnos por maestro ocasiona una mala atención otorgada a cada alumno, así como en la calidad de los resultados, largas jornadas y salarios relativamente bajos. En México cada maestro es responsable de la educación primaria de 29 jóvenes en comparación con los 17 que atienden cada docente en promedio de otras naciones de la OCDE. Esta cifra, podría ser muy baja en algunas localidades, ya que es conocido que en las zonas urbanas de ciudades medias y grandes del

país, un maestro atiende en un aula 50 o más alumnos, lo cual afecta la calidad de la atención que se brinda a cada estudiante. En el nivel primaria la carga de enseñanza de los profesores es de 800 horas reglamentarias por año, cercano al promedio de la OCDE de 792. En secundaria un profesor mexicano debe enseñar mil 182 horas al año contra el promedio de los países integrantes de 714 horas.<sup>137</sup>

El sueldo promedio de la OCDE por cada hora de enseñanza, teniendo 15 años de experiencia es de 37 dólares en primaria, 45 en secundaria y 52 en los niveles superiores de educación secundaria. En México es de 19 dólares para educación primaria y 17 en secundaria. En contraste, países como Dinamarca, Alemania, Japón y Corea del Sur, por ejemplo, los salarios son de 50 dólares o más.<sup>138</sup>

El porcentaje del gasto público destinado al sector educación se incrementó de 22.4% en 1995 a 23.6% en 2000. Esa cifra es alta en comparación con el que destinan otros países miembros de la OCDE, cuyo promedio es de 13 por ciento. Por tanto, hay un serio problema en la gestión del gasto educativo, el cual se expresa en diversos indicadores que dan cuenta de la mala calidad de la educación. Entre 2000 y 2003 el gasto nacional en educación tuvo un incremento porcentual de 32.3%, y el gasto federal 33.2%. Aunque el gasto público en educación en México es relativamente alto en comparación con otros países de la OCDE, éste se distribuye entre un mayor número de alumnos, de ahí que un alumno mexicano de nivel primaria cuesta mil 291 dólares (la cuarta parte del promedio de la OCDE); en secundaria 2,317 (un tercio de la organización mundial) y en educación superior 4,688 (casi la mitad de la OCDE).<sup>139</sup> Y aunque el gasto educativo de México sea menor al de Japón e igual al del Reino Unido, Italia y Alemania, es evidente que éstos

---

<sup>137</sup> Cámara de Diputados, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *México entre los países con rezago en calidad de la enseñanza y desempeño escolar*, <http://www.cddhcu.gob.mx/cesop/doctos/ocde-educacion-2.pdf> (fecha de consulta: 10 de junio de 2009).

<sup>138</sup> *Idem.*

<sup>139</sup> *Idem.*

países no tienen los rezagos educativos y las baja calificaciones que padece México, por lo que podría decirse que, desde esta perspectiva el gasto educativo en México es insuficiente. Más aún cuando es ampliamente conocido que numerosos adolescentes y jóvenes no tienen cabida en la insuficiente infraestructura escolar para el nivel medio superior y superior.<sup>140</sup>

Respecto al número de jóvenes que al concluir su educación no encuentran empleo, en Dinamarca, Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Noruega es poco común que un egresado no tenga trabajo. En México 53% de los jóvenes entre 25 y 29 años ni trabajan ni estudian, lo cual es el porcentaje más alto dentro de los países de la OCDE después de Turquía.<sup>141</sup>

El Presupuesto de Egresos de la Federación llega a no ser un aspecto tan definitivo en el combate a la pobreza. El problema estructural real es que el gasto público es insuficiente,<sup>142</sup> en México no se recauda lo suficiente. Hay un bajo nivel de recaudación de impuestos y por mucho tiempo se ha visto al ingreso petrolero como una panacea.

---

<sup>140</sup> *Idem.* A este respecto también véase *Panorama de la Educación 2005 Breve nota sobre México* <http://www.oecd.org/dataoecd/28/22/35354433.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009); *Comparación internacional del gasto público en sanidad y educación en países de la OCDE 1985-90* <http://www.usc.es/~economet/aeadepdf/aeade3.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009); *Gasto nacional en educación con respecto al PIB*, <http://www.usc.es/~economet/aeadepdf/aeade3.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

<sup>141</sup> *Idem.*

<sup>142</sup> El Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009, publicado en el DOF el 28 de noviembre de 2008, señala que el gasto neto total previsto en el presente Presupuesto de Egresos, importa la cantidad de \$3,045,478,600,000.00 y corresponde al total de los ingresos aprobados en la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/PEF\\_2009.doc](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/PEF_2009.doc) (fecha de consulta: 20 de junio de 2009). Pueden verse los Presupuestos de Egresos de la Federación para los Ejercicios Fiscales 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 abrogados en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abroga.htm> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

México requiere un sistema moderno de evaluación, transparencia y fiscalización, además necesita erradicar la corrupción.<sup>143</sup> En sí, se requiere un ejercicio eficiente y eficaz del gasto.

### 2.3. ARMONIZACIÓN: ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

La suscripción de instrumentos del Derecho Internacional tiene como consecuencia la obligación de los Estados de adoptar medidas para hacer compatible su derecho interno a los compromisos contraídos internacionalmente. Independientemente de la naturaleza *self-executing* o *non-self-executing* de los tratados internacionales se ha reconocido la necesidad de armonizar el contenido de los tratados ratificados en ejercicio de la soberanía de un Estado con su derecho interno.

México forma parte de casi todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, el país tiene un rezago en la armonización de su derecho interno, federal y local, con el contenido de los tratados y convenciones, sobre diversas materias, a pesar de que los instrumentos jurídicos internacionales tienen fuerza legal, una vez que entran en vigor, como lo establece el artículo 133 de la Constitución.

Según tesis<sup>144</sup> de la propia SCJN (desde 1999) los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución pero por encima de la legislación federal.

---

<sup>143</sup> La Encuesta de Fraude y Corrupción en México 2008 de la Secretaría de la Función Pública revela que: el 44% de las empresas que operan en México ha reconocido haber realizado algún pago extraoficial a servidores públicos; en promedio las empresas destinan un 5% de sus ingresos anuales al pago de sobornos; el nivel de gobierno donde más incidencia existe de este tipo de pagos extraoficiales es el municipal; seis de cada diez empresas consideran que los pagos extraoficiales a servidores públicos tienen un impacto significativo en sus proyecciones de inversión en México; el 67% de las empresas reconoce que la corrupción tiene un efecto negativo en su competitividad. <http://portal.funcionpublica.gob.mx:8080/wb3/work/sites/SFP/resources/LocalContent/1449/2/05.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

Éste es el fundamento para demandar la aplicación de esos derechos ante todos los tribunales; no obstante, en los hechos, no siempre sucede por la falta de armonización entre los elementos del orden jurídico. El país está obligado a observar cada uno de esos instrumentos internacionales. Por lo tanto, a proteger y a garantizar los derechos que los mismos consagran. Para que esas normas adquieran plena eficacia, el Estado debe expedir leyes nuevas o reformar las existentes.

La armonización es necesaria si el orden jurídico no contempla los derechos que los instrumentos internacionales prevén o si su estándar de protección es menor a lo que establecen. Ese proceso de transformación, de la “armonización legislativa o normativa”, debe empezar por la Constitución General de la República; es una obligación derivada de la propia Constitución y de las normas internacionales.<sup>145</sup>

En el ámbito interamericano, algunos Estados han consagrado constitucionalmente la preeminencia de la persona y la importancia de la protección de los derechos humanos; como ejemplos están las Leyes Fundamentales de: Ecuador,<sup>146</sup> Perú<sup>147</sup> y El Salvador.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> En un primer momento, la SCJN había considerado que los tratados internacionales y las leyes federales se encontraban al mismo nivel, y ambos debajo de la Constitución. Fue en 1999 cuando la SCJN abandona el criterio anterior, a través de una tesis aislada y establece que “los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local”. Tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Novena Época, noviembre de 1999, p. 46. Posteriormente la SCJN precisó que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos... contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”. Tesis P. IX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Novena Época, abril de 2007, p. 6.

<sup>145</sup> <http://www.cndh.org.mx/armonlegv3/Archivos/PresentacionCompleta.pdf> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2009).

<sup>146</sup> En su artículo 1 establece que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia”. En el artículo 3 menciona que son deberes primordiales del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” Y en el artículo 11.9 dispone “que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Entre muchas otras disposiciones relevantes.



En México esto no ha logrado materializarse. En el año 2007 y 2008 se desarrolló el proceso de la *Reforma del Estado* conducido por la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos, en la que se hicieron importantes propuestas en materia de derechos humanos, pero sus trabajos fracasaron y solamente una parte (la mínima, por cierto) se convirtieron en una iniciativa aprobada por la Cámara de Diputados y turnada al Senado.<sup>149</sup> Sin embargo, hasta el término de esta investigación, subsisten deficiencias conceptuales en nuestro texto constitucional.

En virtud de que el Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, un Estado al momento de tipificar el delito a nivel interno debe de tomar en consideración todos los elementos previstos por el Derecho Internacional.

En este sentido, la CorteIDH ha observado que la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados a prevenir, erradicar y sancionar, de acuerdo con el Derecho Internacional. Así, una mala tipificación es igual a una tipificación inexistente. Los Estados tienen la obligación de tipificar ciertos actos, si no lo

---

<sup>147</sup> “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 constitucional).

<sup>148</sup> “Reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” (artículo 1 constitucional).

<sup>149</sup> Una parte de estos acuerdos, fue aprobado por la Cámara de Diputados a través de un Dictamen por el que se reforma la denominación del Capítulo I para quedar “De los Derechos Humanos” y los artículos 1, 11, 33, 89 y 102. La Minuta de la Cámara de Diputados fue turnada a la Cámara de Senadores para sus efectos constitucionales el 23 de abril de 2009. A la fecha de conclusión de este trabajo, la Cámara de Senadores no se ha pronunciado respecto a este Dictamen. La minuta se publicó en la Gaceta del Senado número 375, año 2009, del martes 28 de abril. <http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2009/04/28/1&documento=12> (fecha de consulta: 20 de abril de 2009).

hacen o lo hacen sin incluir la totalidad de elementos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos de que son parte, están vulnerando el principio de legalidad penal.<sup>150</sup>

La CNDH ha señalado que en materia de armonización, las legislaturas locales tienen un fuerte rezago, ya que actualmente existe una armonización global del 53.39%.<sup>151</sup>

En lo que concierne a los derechos de los niños (que adquiere importancia frente a fenómenos como el trabajo infantil, el tráfico de niñas, niños y adolescentes, así como su explotación laboral, sexual o para tráfico de órganos) la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes ha sido armonizada en 30 entidades federativas (73.50%).<sup>152</sup>

En materia de derechos de los pueblos indígenas sólo 12 entidades federativas han armonizado (30.80%).<sup>153</sup> En prevención de la discriminación y protección de la igualdad, 16 entidades (36.81%).<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> *Caso Heliodoro Portugal*, sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 179, 180, 185, 189, 208 y 215.

<sup>151</sup> <http://www.cndh.org.mx/armonlegv3/rubro.asp> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2009).

<sup>152</sup> *Idem*. En cuanto a las niñas, niños y adolescentes, el Módulo de Trabajo Infantil 2007 de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del INEGI, indica que del total de población de entre 5 y 17 años (29.2 millones), 3.6 millones se encontraban trabajando. Según este reporte, de las personas menores trabajadoras, 170 mil viven y trabajan en las calles. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia publicó en abril de 2008 el Informe denominado “Violencia Infantil”, en el que se reporta que en México, cada año son asesinados 700 menores de 14 años y que la desnutrición infantil crece a un ritmo de 3% anual. Nuestro país mantiene la tasa más alta de niños viviendo en situación de pobreza entre las naciones que pertenecen a la OCDE, al mismo tiempo que ocupa el primer lugar en violencia física, abuso sexual y homicidios de personas menores de 14 años, por parte, principalmente, de sus padres o progenitores.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> *Idem*.

## 2.4. DESPENALIZACION DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR EN MÉXICO

La LGP vigente surge a raíz de la iniciativa presidencial de Luis Echeverría Álvarez, de fecha 12 de septiembre de 1973. Respecto a la criminalización de los migrantes, la iniciativa “incorpora un tipo delictivo para sancionar a quienes por sí mismos o por cuenta de otros introducen o pretenden introducir extranjeros a otro país, a través del territorio nacional, sin contar con la autorización que la ley reclama. Se trata aquí como lo ha puesto de relieve la experiencia de una actividad que frecuentemente se realiza y que es necesario combatir”.<sup>155</sup>

El artículo 103 del proyecto de LGP establece que “se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente en el país”.<sup>156</sup> En ninguno de los debates ni dictámenes de las Cámaras de Diputados o de Senadores, se hizo referencia o crítica a este precepto;<sup>157</sup> la preocupación de los legisladores de aquella época radicaba en el crecimiento demográfico. Dicho artículo se preservó íntegramente en la LGP de 7 de enero de 1974.

La LGP, desde su origen ha tenido diez reformas: 31 de diciembre de 1974, 03 de enero de 1975, 31 de diciembre de 1979, 31 de diciembre de 1981, 17 de julio de 1990, 26 de diciembre de 1990, 22 de julio de 1992, 08 de noviembre de 1996, 04 de enero de 1999, la del 2008 y 17 de abril de 2009.<sup>158</sup> En ninguna de las primeras nueve reformas se eliminó la penalización de migrantes irregulares; solamente en el Decreto publicado en DOF del 22 de julio de 1992, el artículo 103 que preveía la sanción penal para la migración

---

<sup>155</sup> *Proceso Legislativo de la Ley General de Población*, XLIX Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 1973, p. 19.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>157</sup> *Cfr. Ibidem, passim.*

<sup>158</sup> <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgp.htm> (fecha de consulta: 07 de septiembre de 2008).

indocumentada, se recorrió para convertirse en el artículo 123, sin que la redacción fuera modificada.

Antes de la reforma de 21 de julio de 2008, el gobierno mexicano fue presionado por diversas instancias internacionales para eliminar las disposiciones de la LGP que, como la del artículo 123, vulneraban derechos humanos de migrantes.

Cabe destacar que el PCTIM, ratificado por México el 4 de marzo de 2003 y que se analizará *infra*, establece en su artículo 5 que aquellos migrantes que sean objeto de tráfico ilícito de personas u otras actividades relacionadas con este delito no deben ser sujetos de enjuiciamientos penales. Así, el artículo 123 de la LGP que penalizaba la migración irregular, estaba en contra de este instrumento internacional.

Después de un interesante proceso legislativo se aprobó la reforma<sup>159</sup> y aunque ésta despenaliza la migración irregular, y por ello representa un avance para el Estado mexicano en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, dista mucho de ser integral. Despenalizar la migración irregular, no asegura la protección y garantía de los derechos humanos de migrantes, tampoco les brinda mecanismos de exigibilidad ni de justiciabilidad.

En este tenor, existe una realidad que difícilmente podrá modificarse con la sola reforma legislativa.

---

<sup>159</sup> Véase mi trabajo, “Despenalización de la migración irregular en México: análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008”, *Criminalia*, México, Año LXXIV, núm. 2, mayo-agosto 2008, pp. 109-147.

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

La reforma de 21 de julio de 2008, es relevante, pero no fue integral y por ello es insuficiente.

## 2.5. RETOS EN MATERIA LEGISLATIVA EN MÉXICO

El fenómeno migratorio en México se torna complejo debido a que es un país de origen, tránsito y destino de personas migrantes. La frontera sur consta de 1138 kilómetros, de los cuales 962 colindan con Guatemala y 176 con Belice. Esta frontera por mucho tiempo ha sido olvidada.

Recomendaciones de la CNDH<sup>160</sup> señalan que el artículo 94 del Reglamento de la LGP<sup>161</sup> viola el artículo 18 constitucional, ya que establece la posibilidad de que se habiliten

---

<sup>160</sup> Véase las Recomendaciones 22/2006 y 23/2006. La recomendación 22/2006 indica que Santos Catalino Portillo Funes, de origen salvadoreño, quien se encontraba a disposición de la delegación regional del INM en el estado de Guanajuato en calidad de asegurado, fue ingresado a los separos de la Dirección de Seguridad Pública del municipio de San Miguel de Allende, Guanajuato, los cuales habían sido habilitados como estación migratoria para el alojamiento provisional de extranjeros asegurados. El 9 de abril de 2005, Santos Catalino Portillo Funes, falleció en los separos antes mencionados. La CNDH insistió, como lo volvería a hacer en su siguiente recomendación, en que el INM debe de abstenerse de habilitar como estaciones migratorias los locales de detención preventiva, ya que como lo establece el artículo 18, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo por delitos que merezcan pena corporal hay lugar a prisión preventiva y el aseguramiento es una medida estrictamente administrativa (la recomendación fue emitida con el texto constitucional anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008). En su recomendación 23/2006 la CNDH establece el caso de Raquel Soares Braganza

locales de detención preventiva como estaciones migratorias cuando la disposición constitucional indica que sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal y no para extranjeros sujetos a medida administrativa de aseguramiento. Además de que al utilizar cárceles como estaciones migratorias se pone en riesgo la integridad física y psicológica de los asegurados.

El Presidente de la CNDH ha señalado:

...El INM cuenta con 119 establecimientos, de los cuales 51 son permanentes y 68 son lugares habilitados. Las estaciones migratorias se encuentran distribuidas en 19 estados del país. De las 51 estaciones migratorias permanentes, 35% se encuentra en muy mala situación; 41 en mala situación y 24% en situación adecuada ... Así el 76% de esos centros se encuentra en mala y muy mala situación, ya que ahí se violan las garantías fundamentales de los retenidos: están hacinados, reciben malos tratos y se les mantiene sin alimentos y en lugares insalubres ... la repatriación de cadáveres de migrantes que fallecen en Estados Unidos para llevarlos a sus lugares de origen cuenta con mayor asignación presupuestal que la destinada a la orientación y asistencia jurídica de los que están vivos ... *La autoridad migratoria ha delegado e inclusive ha renunciado a la responsabilidad de proporcionar atención médica y cuidados a los migrantes*, como ocurre en casos extremos en Tapachula, Chiapas, donde elementos del Grupo Beta<sup>162</sup> llevan a personas mutiladas por el tren al albergue Jesús el Buen Pastor, ante las frecuentes negativas para atenderlos en hospitales públicos...<sup>163</sup>

---

y 62 migrantes más de origen brasileño, hondureño, guatemalteco y salvadoreño, quienes se encontraban en las instalaciones de la “cárcel distrital del Tercer Distrito Judicial en el Estado”, con sede en la Secretaría de Seguridad Pública del municipio de San Nicolás de los Garza, Nuevo León, los cuales llevaban varios días en ese lugar y aún no habían sido entrevistados por personal del INM, ni de las representaciones consulares de sus respectivos países. Otro caso en donde se infringen derechos de migrantes y se les niega el derecho a la asistencia consular (que, como se mencionó ha sido defendido internacionalmente por México); situación que reitera la incongruencia del gobierno mexicano.

<sup>161</sup> El artículo 94 establece: “...en aquellos lugares en que la Secretaría no tenga establecidas estaciones migratorias, se considerarán habilitados locales de detención preventiva para el aseguramiento de los extranjeros que deban ser expulsados”.

<sup>162</sup> El Grupo Beta nació como un organismo de apoyo a los migrantes en 1990 por impulso de Miguel Limón Rojas, entonces subsecretario de Población y Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación y de Ernesto Rufo Appel, en su primer año como gobernador de Baja California. La primera coordinación se estableció en la ciudad de Tijuana y actualmente existen 10 coordinaciones en el país: Agua Prieta, Nogales, Desierto de Altar, Tijuana, Mexicali, Tecate, Matamoros, Tapachula, Comitán y Tenosique.

<sup>163</sup> Informe especial de la CNDH sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana, presentado por José Luis

Por ello es necesario precisar en la LGP y en su Reglamento que los lugares que sean habilitados deben de reunir las condiciones de infraestructura, higiene y sanidad necesarias, de forma que se asegure un trato digno a los extranjeros; y en caso de que no cubran estos requisitos no podrán habilitarse, es decir, en ningún caso podrán habilitarse los locales de detención preventiva ni los centros de reclusión para sentenciados, ni lugares insalubres, ni peligrosos.

También existen algunas regulaciones acerca de la exigencia a los extranjeros de comprobar la legal estancia en el país para la celebración de ciertos actos frente a autoridades federales, locales, municipales, notarios públicos, corredores de comercio y jueces del registro civil (artículos 67 y 68 LGP y 149 a 151 del Reglamento de la LGP). Empero, dichos artículos han tenido una interpretación muy interesante por parte del Poder Judicial Federal que, en tesis aisladas, ha establecido el alcance del precepto 67 de la LGP. Sin que se haya producido una reforma legislativa al respecto. A esta interpretación se regresará en el Capítulo V de este estudio.

Aún existen reformas pendientes a la normatividad migratoria. Hace falta emitir una nueva LGP o, en su defecto, incorporar en la LGP (como mínimo) los siguientes aspectos:

a) Que en caso de expulsión de personas trabajadoras irregulares, se harán valer todos los derechos derivados de su relación laboral, antes de que se le someta a dicho procedimiento. Además de establecer que el empleador que contrate trabajadores migrantes irregulares tiene la obligación de pagar los derechos y prerrogativas que en su caso deriven de la

---

Soberanes Fernández, en diciembre de 2005. <http://www.cndh.org.mx/acndh/informes/espec/espec.htm> (fecha de consulta: 19 de abril de 2006).

relación laboral, así como el pago de salarios caídos en caso de despido injustificado e indicar que el empleador tendrá la misma obligación aunque alegue que desconocía el estatus migratorio de su trabajador. Estos aspectos fueron analizados en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH, solicitada por México, que se verá más adelante.

b) Se debe de garantizar el acceso a la asistencia consular a los migrantes que sean asegurados y se les concederá la asesoría de un defensor público de oficio, en caso de que no tuviera defensor particular, para que ejerciten efectivamente su garantía de audiencia. Así también se debe de garantizar la observancia del principio de *non refoulement* o no devolución.

c) Se requiere una regulación adecuada del derecho de asilo y medidas que combatan eficazmente la trata de personas.

Para todo ello nuestros legisladores deben de conocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



## CAPÍTULO TERCERO

### POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES

#### 3.1. EL RETO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Se han dado diversas definiciones de políticas públicas: Harold Laswell y Abraham Kaplan sostienen que una política pública es “un programa prospectivo de metas, valores y prácticas”; para Galván Escobedo son el conjunto de patrones (o líneas) de acción que resuelvan conflictos y proveen de incentivos que no actúan aisladamente, sino dentro del marco general de programas de gobierno (son actos específicos de gobierno, pero instrumentados dentro de una práctica general). Para Garza Salinas una política pública es un instrumento para la acción (referidas en función de tácticas y estrategias) del Estado que de acuerdo al interés general de la sociedad, elabora planes y programas para alcanzar los objetivos nacionales.

165

También se han entendido a las políticas públicas como “el intento de definir y estructurar una base racional para actuar o no actuar. La función de las políticas cambia en la medida en que el Estado modifica su manera de legitimar el discurso”.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Garza Salinas, Mario, “Protección civil y participación ciudadana”, *Gaceta mexicana de administración pública estatal y municipal, El gobierno y la gestión municipal en México*, Instituto Nacional de Administración Pública, número 65, 2002, pp. 79-91.

<sup>166</sup> Parsons, Wayne, *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México, 2007, pp. 47 y 48.

Fred Frohock estableció una tipología para las políticas públicas, que los estudiosos consideran como principios básicos que deberán contener para su funcionamiento: regulativa, distributiva, redistributiva, capitalizable y ética.<sup>167</sup>

Las políticas públicas como un proceso de análisis, sostiene Dye, enseñan a entender en primer término, cuándo es factible que el propio gobierno asuma una política pública ya que en ocasiones no es conveniente llevarla a cabo, puesto que ésta representa un instrumento perspectivo que significa una ciencia de la acción y de la antifatalidad que conduce a tener un panorama amplio del entorno social y con ello varias alternativas relacionada entre sí, que incluyen una serie de decisiones de actuación o no actuación . Esto quiere decir que muchas veces las políticas públicas también nos enseñan a definir tácticas y estrategias para comprender cuáles son sus causas o determinantes; así también es necesario medir los impactos de la aplicación de una política en la población.

Se ha sostenido que las políticas públicas encuentran su riqueza en la visión de la pluralidad y en la plena participación de los actores involucrados, en la definición del o los problemas que se deberán de atender y en la corresponsabilidad que se generará para el logro de los objetivos planteados.<sup>168</sup> Este es uno de los retos existentes cuando se elabora una política pública.

---

<sup>167</sup> Regulativa porque sirve para medir, concertar, ajustar acciones, interés y conductas de la sociedad o de los que participan. Distributiva porque debe repartir, dividir los bienes y servicios de la población. Redistributiva porque debe repartir, dividir los bienes y servicios de la población. Capitalizable porque debe reeditar, producir y rendir beneficios a la sociedad, es decir, obtener el máximo beneficio al menor costo posible. Ética porque debe prevalecer una moral y honestidad en la aplicación de cada uno de los cuatro principios anteriormente señalados, lo que significa tener una correcta práctica o criterios al desarrollar y aplicar una política pública. *Idem*.

<sup>168</sup> Domínguez López, Raymundo, “Ciudadanía y políticas públicas en la definición del entorno social”, en León y Ramírez, Juan Carlos y Mora Velázquez, Salvador (coords.), *Ciudadanía, democracia y políticas públicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 178.

La noción de política pública trata de integrar los disensos para un mejor diseño, ejecución y evaluación de dichas políticas para alcanzar mejores resultados. Así, “es mediante el desarrollo de las políticas públicas en donde podemos encontrar un punto de equilibrio entre gobernantes y gobernados que permita llegar a la construcción de consensos y en donde las fallas que pudieran generarse podrían ajustarse a la visión estratégica del gobierno y de la administración pública, vista como acción administrativa eficiente y de calidad”.<sup>169</sup>

Aunado a lo anterior, para los fines de la administración pública la delimitación del entorno es fundamental ya que permite una mayor certidumbre al presupuestar los gastos necesarios para el cumplimiento de los objetivos y en la acción del gobierno en la búsqueda de la eficiencia de los resultados.<sup>170</sup>

Como se puede ver, las políticas públicas representan un desafío. No es una actividad que pueda hacerse a la ligera o por ser lo “políticamente correcto”. Una política pública pone en evidencia una visión de Estado, del país que se quiere tener y por el que se debe de estar trabajando. Es un proyecto a corto, mediano y largo plazo que debe incluir, en la mayor medida posible, las visiones y necesidades del conjunto de la población. Ese es el reto.

### 3.2. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2007-2012

Según el artículo 26 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, los programas de la Administración Pública se sujetarán obligatoriamente al Plan Nacional de Desarrollo (en adelante, PND). En virtud de que esto debería de producirse en la realidad, en cumplimiento a nuestra Norma Fundamental, se procederá a su estudio.

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 183

El PND<sup>171</sup> se compone de cinco ejes de política pública<sup>172</sup> y reconoce la necesidad de tomar medidas contundentes para avanzar con celeridad hacia los estándares internacionales en derechos humanos.<sup>173</sup> Lo cual implicaría la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno y con ello la incorporación de la jurisprudencia internacional, en las políticas públicas, legislación y jurisdicción mexicana. Hasta el término de este trabajo (junio de 2009), lo anterior no se ha producido. Lamentablemente el PND, tiene la tendencia de incluir el tema migratorio en la agenda de seguridad nacional y no de desarrollo. El PND afirma que una condición fundamental en la política de seguridad nacional es “garantizar el orden y la legalidad de los flujos migratorios, comerciales o de cualquier tipo, en los más de 4,300 kilómetros que abarcan nuestras fronteras... En la frontera sur, los flujos migratorios indocumentados son una constante...Durante el año 2006 se aseguraron a más de 182 mil extranjeros sin documentación en todo el país, de los cuales el 62% se localizó en los estados de Chiapas y Tabasco...” También señala que “entre 2001 y 2006, en la seguridad de la frontera norte se emplearon más de 1,900 miembros del ejército al año, mientras más de 1,700 se ubicaron en la frontera sur anualmente. Desafortunadamente, esto no ha sido suficiente para evitar que los límites territoriales se vean violados por el contrabando y el narcotráfico”.

---

<sup>171</sup> Publicado en DOF del 31 de mayo de 2007, véase [http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd/PND\\_2007-2012\\_31may07.doc](http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd/PND_2007-2012_31may07.doc) o [http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/PND\\_2007-2012.pdf](http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/PND_2007-2012.pdf) (fecha de consulta: 30 de marzo de 2008).

<sup>172</sup> 1. Estado de Derecho y seguridad, 2. Economía competitiva y generadora de empleos, 3. Igualdad de oportunidades, 4. Sustentabilidad ambiental y 5. Democracia efectiva y política exterior responsable.

<sup>173</sup> Eje 1, Estado de Derecho y seguridad, punto 1.7.

Esta visión de la migración como un problema vinculado a la seguridad nacional es un grave error ya que no permite vislumbrar claramente los orígenes, causas, desarrollo y consecuencias de la migración irregular, lo que a su vez impide avanzar en la generación de soluciones.

Asimismo se observa poco o nulo avance en el cumplimiento del punto 1.9 sobre seguridad fronteriza, debido a que se ha buscado que la frontera sur sea un “ejemplo de cumplimiento de la ley”, pero no se ha logrado que al mismo tiempo “se respeten íntegramente los derechos humanos de todos”. Esto se comprueba en las recientes recomendaciones de la CNDH y los pronunciamientos del Relator de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante.<sup>174</sup>

Es de mencionar, que el PND reconoce la corresponsabilidad del Estado mexicano en el fenómeno migratorio y manifiesta la necesidad de ofrecer condiciones dignas de vida dentro de los países emisores de migrantes.<sup>175</sup> Lo cual reafirma que las causas de la migración irregular radican, fundamentalmente, en problemas estructurales, como ya se mencionó.

---

<sup>174</sup> <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/CA2D1DD72C9DFCEAC125740F003042A5?opendocument> (fecha de consulta: 14 de abril de 2008).

<sup>175</sup> En el eje 5, Democracia efectiva y política exterior responsable, se realiza el diagnóstico de ésta última, “México reconoce su responsabilidad con sus vecinos del Sur, y en particular con Centroamérica, para promover el bienestar social y el desarrollo económico de la región como las fuentes principales de solución a problemas comunes como la pobreza, la marginación, la desigualdad y la pérdida de capital humano por la migración”. Y respecto a la frontera norte, se menciona que “el fenómeno migratorio es uno de los temas prioritarios en la relación bilateral México-Estados Unidos. Para avanzar hacia una solución integral y duradera de este tema, se asume que los mercados laborales entre ambos países son complementarios y lo han sido durante decenios”; para lo cual “es igualmente necesario adoptar una visión de corresponsabilidad en esta materia, que reconozca que para arribar a una solución de largo plazo es preciso que en México se generen oportunidades de desarrollo y empleos mejor remunerados, que empiecen a cerrar la brecha en el nivel de ingresos y salarios con nuestros vecinos del Norte... *La única solución de largo plazo para evitar que el país siga perdiendo a mexicanos valiosos y emprendedores por causa de la emigración, es la generación de empleos bien remunerados*”. En este punto, el avance ha sido nulo e incluso han habido retrocesos.

México no puede perder de vista el aumento de sus nacionales en EUA. Según el Informe 2000 de la Oficina del Censo de EUA, una de cada ocho personas que habitan en ese país son de origen hispanoamericano. Es decir, 32.8 millones de personas son hispanoamericanos, y correspondían al 12% de la población total.<sup>176</sup> El PND, en el eje 5 en mención, observa que “los índices de crecimiento de la población de origen mexicano en Estados Unidos han aumentado de manera notable en los últimos años. De 18 millones en 1996, este grupo pasó a 27.7 millones en 2005. Los mexicanos que radican en los Estados Unidos aportaron a sus familiares en México 23 mil millones de dólares en 2006 por concepto de remesas”.

Así, existe la obligación del Estado mexicano de proteger a sus nacionales en cualquier lugar en el que se encuentren, pero también debe de tener una actuación congruente en su territorio y respetar los derechos humanos de los migrantes sujetos a su jurisdicción.

### 3.2.1. *Programa Nacional de Población 2008-2012*

Por Decreto de 5 de noviembre de 2008 se publicó el Programa Nacional de Población 2008-2012 que en su artículo segundo establece que es “de observancia obligatoria para las dependencias de la Administración Pública Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, la obligatoriedad del programa será extensiva a las entidades paraestatales, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables”.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Véase Ibarra Romo, Mauricio y Melgar Adalid, Mario (coords.), *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 25.

<sup>177</sup> <http://compilacion.ordenjuridico.gob.mx/obtenerdoc.php?path=/Documentos/FEDERAL/o1013978.doc&nombreclave=o1013978.doc> (fecha de consulta: 31 de mayo de 2009).

El Programa reconoce que las tendencias recientes de la migración internacional plantean desafíos por sus implicaciones sobre el desarrollo de los países y comunidades involucradas y el bienestar de los migrantes y sus familias. “Por un lado, la migración es una oportunidad de desarrollo que eleva los ingresos de millones de hogares por la vía de las remesas... Pero, por otro lado, la migración impone elevados costos sociales en las zonas de expulsión, tales como el despoblamiento, la pérdida de capital humano y la separación de familias, entre otros”.

Además observa que “los efectos de la migración en la familia son ambiguos. Las evidencias muestran que los ingresos provenientes de la migración no reducen la pobreza de manera sostenida, aunque contribuyen a elevar los niveles de consumo de los hogares pobres. La migración internacional tiene costos en la vida de las familias, a pesar de que se realiza en buena medida con el propósito de ampliar el bienestar de sus integrantes”. El más evidente de ellos es el de la conformación de familias divididas, donde el padre, la madre, o ambos, residen en un país distinto al de los hijos.

El Programa hace un diagnóstico interesante de la migración irregular y afirma que más de la mitad de la población mexicana residente en EUA se encuentra en condición indocumentada (6.2 millones). El creciente grado de indocumentación de los migrantes mexicanos es corroborado por la información disponible sobre los flujos migratorios recientes: el Módulo de Migración de la *Encuesta Nacional de Empleo* (ENE) permite estimar que 75% de los mexicanos que migraron a en el quinquenio 1997-2002 lo hicieron de manera irregular, a la vez que la *Encuesta sobre Migración en la Frontera Norte de México* (EMIF Norte) reporta que 68% de los migrantes temporales del periodo 2002-2005 cruzaron la frontera con EUA sin los documentos necesarios. Cabe mencionar que los migrantes procedentes de la región de más reciente incorporación a la dinámica migratoria, la región Sur-Sureste, ostenta el más elevado índice de indocumentación (88%).

Uno de los objetivos de este Programa es el de ampliar las oportunidades de desarrollo de los hogares, las familias y sus integrantes considerando su estructura y organización.

Dentro de las líneas de acción de México como país de tránsito se encuentra “el respeto de los derechos humanos de los migrantes que transitan por México hacia EUA, a través del fomento a la cooperación y la corresponsabilidad del gobierno a fin de garantizar los derechos humanos de los transmigrantes. Y el fortalecimiento de los mecanismos para una repatriación segura y ordenada de los migrantes indocumentados a sus países de origen o salida, focalizando la atención en los menores de edad y a las mujeres”. En conclusión, las perspectivas de este Programa son pobres.

### *3.2.2. Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012*

El 29 de agosto de 2008 se publicó en el DOF el Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012.<sup>178</sup> El Programa señala como primer objetivo la necesidad de fortalecer la perspectiva de los derechos humanos en la elaboración de las políticas públicas de la Administración Pública Federal, así como el deber de transversalizar los derechos humanos en los planes y programas de gobierno.

En el objetivo 2 se pretende fortalecer e institucionalizar mecanismos jurídicos y administrativos que garanticen la defensa y promoción de los derechos humanos. Pero en

---

<sup>178</sup> [http://www.derechoshumanos.gob.mx/archivos/anexos/PROGRAMA\\_NACIONAL\\_DE\\_DERECHOS\\_HUMANOS\\_2008-2012.pdf](http://www.derechoshumanos.gob.mx/archivos/anexos/PROGRAMA_NACIONAL_DE_DERECHOS_HUMANOS_2008-2012.pdf) (fecha de consulta: 31 de mayo de 2009).



ningún momento se indica cuáles son éstos o cómo se fortalecerían, por lo que el Programa se erige como un catálogo de buenos deseos sin incidencia en la realidad.

Se reconoce que para garantizar y consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos, es indispensable capacitar y profesionalizar a los servidores públicos para que conozcan las obligaciones nacionales e internacionales del Estado mexicano. Esto parece ser letra muerta frente a declaraciones de servidores públicos encargados de la defensa y protección de migrantes como la Comisionada del INM. Se regresará más adelante a este punto.

Uno de los objetivos más ambiciosos del Programa se encuentra bajo el número 4, en el que se pretende fortalecer el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos y promoverlo al interior del Poder Legislativo, Judicial y ante los tres órdenes de gobierno. Una vez más el Programa omite decir cómo (de una manera objetiva y no demagógica) pretende lograr dicho objetivo.

Sorprende que el Programa hable del reconocimiento de los derechos humanos de los que son titulares las personas y sin embargo, la Constitución mexicana continúe con errores conceptuales hablando de “las garantías que otorga esta Constitución”.

Es la estrategia 1.7,<sup>179</sup> del objetivo 1, en donde se hace referencia a los migrantes y se enuncia la protección de sus derechos, la instauración de un programa de regularización, el combate contra el tráfico ilícito de migrantes y la garantía de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, tanto para atender la violencia y reunificación familiar, como para el registro de niños y niñas.

---

<sup>179</sup> Garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de los grupos que se encuentran en situación de discriminación o de vulnerabilidad, en la elaboración de las políticas públicas de la Administración Pública Federal.

Como una muestra del estado de la cuestión, el Programa menciona el *Governance Matters 2007, World wide Governance Indicators, 1996-2006*, en el cual México tiene un Índice de Estado de Derecho de -0.49% (de un máximo de +100), la meta de la Administración Pública Federal es llegar a -0.35% para el 2012. Esta situación es inverosímil.

Finalmente, sólo restaría mencionar que este Programa ha sido objeto de análisis por parte de algunas instancias internacionales.<sup>180</sup>

### 3.2.1. Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012

En este programa, publicado en el DOF el 23 de marzo de 2009, se pretende fortalecer la cultura de respeto a los derechos humanos como uno de los elementos que contribuyen a la prevención de los delitos.

El objetivo 1 de este Programa busca “prevenir conductas delictivas con mecanismos que garanticen la convivencia social y familiar segura en lugares públicos y en el entorno escolar; fortalecer la cultura de la legalidad y la atención a víctimas del delito, así como el respeto y protección a los derechos humanos de la población por parte de los encargados de la seguridad pública en los tres órdenes de gobierno”.<sup>181</sup> Lamentablemente en ninguna de las estrategias ni líneas de acción se hace referencia a las violaciones de derechos humanos

---

<sup>180</sup> Se puede encontrar el análisis de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en <http://www.hchr.org.mx/documentos/An%C3%A1lisis%20Final%20PNDH.pdf> (fecha de consulta: 01 de junio de 2009).

<sup>181</sup> <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/414002> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2009).

perpetradas por los encargados de la seguridad pública ni al carácter delictivo que los informes de gobierno del Ejecutivo Federal le dan al fenómeno migratorio.

### 3.3. LA AGENDA PENDIENTE DE DERECHOS HUMANOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS MEXICANAS

El Segundo Informe de Gobierno del Ejecutivo Federal, entregado el 1º de septiembre de 2008 al Congreso de la Unión, en el Eje 1 Estado de Derecho y Seguridad, rubro 1.9 sobre Seguridad Fronteriza contiene una redacción que parece darle una visión peligrosa y delictiva al fenómeno migratorio:

*La Policía Federal realizó diversas acciones policiales en carreteras, aeropuertos y en operativos conjuntos con autoridades estatales y municipales que tuvieron como resultado la puesta a disposición ante el Instituto Nacional de Migración y/o ante el Ministerio Público de la Federación correspondiente a 9,706 indocumentados, en su mayoría procedentes de Guatemala y de Honduras. De esta cifra, 4,349 inmigrantes fueron interceptados a través del operativo Chiapas-Campeche-Tabasco y 1,653 en el operativo Veracruz, los restantes 3,704 fueron interceptados en distintas entidades.<sup>182</sup> Por su parte la Armada de México, durante octubre y noviembre de 2007, en coordinación con la Secretaría de Seguridad Pública, efectuó patrullajes urbanos en las ciudades de Matamoros y Reynosa, Tamaulipas, con el propósito de disuadir la ocurrencia de ilícitos; y por sí sola realizó operativos terrestres y marítimos en los litorales de los estados de Yucatán, Quintana Roo, Chiapas, Oaxaca, Tamaulipas y Veracruz, asegurándose, de septiembre de 2007 a junio de 2008 un total de 583 personas indocumentadas de diferentes nacionalidades.<sup>183</sup>*

---

<sup>182</sup> [http://informe.gob.mx/informe/PDF/ESTADO\\_DE\\_DERECHO\\_Y\\_SEGURIDAD/M48-51.pdf](http://informe.gob.mx/informe/PDF/ESTADO_DE_DERECHO_Y_SEGURIDAD/M48-51.pdf) (fecha de consulta: 09 de septiembre de 2008).

<sup>183</sup> *Idem.*

Es necesario reiterar que los migrantes indocumentados, por este solo hecho, no son delincuentes y que, en múltiple ocasiones, no están en el país para cometer ilícitos, por el contrario, son víctimas de diversos delitos. Incluso, como se refirió en el Informe sobre secuestro de migrantes de la CNDH, en muchas ocasiones en los delitos cometidos contra migrantes intervienen servidores públicos; sin que se haya tomado acción determinante para combatir esta situación.

Por otro lado, el Segundo Informe de Gobierno también afirma que “en cuanto a la disminución en el número de migrantes localizados, ésta refleja la baja en los flujos migratorios de tránsito dentro del territorio nacional” (Eje 1 Estado de Derecho y Seguridad, rubro 1.9 sobre Seguridad Fronteriza). El razonamiento de este párrafo no es correcto ya que el descenso de migrantes asegurados no refleja forzosamente la baja de los flujos migratorios, sino que también puede reflejar la mayor habilidad o conocimientos de los migrantes para evadir a las autoridades o el incremento en los niveles de corrupción. Además en otra parte del mismo informe se admite que tan solo “en el periodo enero-junio de 2008 se realizó un total de 51,443 eventos de repatriación de extranjeros, de los cuales 30,631 se efectuaron en el marco del Memorándum de Entendimiento para la repatriación ordenada, digna, ágil y segura desde México a Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua” (punto 5.9 Mexicanos en el exterior y migración, del Eje 5 Democracia Efectiva y Política Exterior responsable).

Sobre la disminución de las remesas, el punto 5.9 Mexicanos en el exterior y migración, del Eje 5 Democracia Efectiva y Política Exterior responsable, reconoce que “durante el periodo enero-junio de 2008 los ingresos por remesas familiares disminuyeron en 258.5 millones de dólares con respecto al año anterior, al ubicarse en 11,600.8 millones de dólares”.

El Banco de México señaló que los ingresos por remesas cayeron en agosto de 2008 a 1,937 millones de dólares, es decir, descendió 12.2 % en comparación con el mismo periodo de 2007.<sup>184</sup>

Datos del Banco Mundial mencionan que, en términos de volumen absoluto, en 2007 ingresaron a México US\$25.000 millones en flujos de remesas. Esto convierte al país en el tercer mayor receptor mundial de remesas después de India y China. México es también el país que registra la mayor población residente en EUA (cerca de 10 millones en 2000), seguido por Cuba (870.000), El Salvador (820.000), República Dominicana (680.000), Jamaica (550.000) y Colombia (510.000).<sup>185</sup> En el contexto económico mundial, parece que la migración ya no representa la opción más viable para subsistir.

Según el informe *Poverty Reduction and Growth: Virtuous and Vicious Circles (Reducción de la pobreza y crecimiento: Círculos virtuosos y círculos viciosos)*, del Banco Mundial “transformar el Estado en un agente que promueva la igualdad de oportunidades y practique la redistribución eficaz es quizás el desafío más urgente que enfrenta América Latina a la hora de poner en marcha mejores políticas que estimulen el crecimiento y al mismo tiempo reduzcan la desigualdad y la pobreza”.<sup>186</sup> Este es un desafío que el gobierno mexicano debe de asumir.

En este contexto, las remesas ya no pueden seguir considerándose como una panacea o una alternativa a políticas económicas sólidas, es decir, las remesas tienen consecuencias

---

<sup>184</sup> <http://www.jornada.unam.mx/2008/10/02/index.php?section=economia&article=023n3eco> (fecha de consulta: 02 de octubre de 2008).

<sup>185</sup> [http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/FACT\\_SHEET\\_Remesas\\_2008\\_Span.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/FACT_SHEET_Remesas_2008_Span.pdf) (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

<sup>186</sup> <http://go.worldbank.org/MYT3NZ1XM0> y [http://siteresources.worldbank.org/EXTLACOFFICEOFCE/Resources/870892-1139877599088/virtuous\\_circles\\_ch1-es.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTLACOFFICEOFCE/Resources/870892-1139877599088/virtuous_circles_ch1-es.pdf) (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

positivas para el crecimiento y la lucha contra la pobreza, pero en ningún caso pueden servir de sustituto para políticas de desarrollo sólidas.<sup>187</sup>

En otra tesitura, México ha sido un activo defensor de los derechos de migrantes, tanto con la solicitud de dos opiniones consultivas a la CorteIDH como con el caso Avena ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).<sup>188</sup> A pesar de ello al Estado mexicano le ha faltado congruencia para garantizar al interior de su territorio los derechos que ha defendido internacionalmente. Como un ejemplo en México, según recomendaciones<sup>189</sup> de la CNDH, se niega el derecho a la información sobre la asistencia consular a migrantes irregulares, cuando México ha sido uno de los países defensores de este derecho en la jurisdicción internacional y regional.

Frente a lo anterior, se requiere la creación de una cultura de respeto a los derechos humanos, la capacitación del personal de las instituciones policiales y del INM relativa al respeto a los derechos de migrantes, la erradicación de la corrupción y la acción decidida de la población mexicana que no puede seguir permaneciendo indiferente ante las violaciones de derechos humanos que se producen cotidianamente en México.

Finalmente, y aunado a esta visión equivocada en la planeación de la administración pública, son lamentables las recientes declaraciones de la Comisionada del Instituto Nacional de Migración, Cecilia Romero, en donde asegura que “el tráfico de mujeres, el comercio de personas, el turismo sexual, las redes de pederastia, el secuestro y la violencia

---

<sup>187</sup> Fajnzylber, Pablo y López, J. Humberto, *El impacto de las remesas en el desarrollo de América Latina*, [http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/Remittances\\_and\\_Development\\_Ch\\_1\\_Spa.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/Remittances_and_Development_Ch_1_Spa.pdf) (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

<sup>188</sup> Que serán analizados en el Capítulo IV.

<sup>189</sup> Véase, entre otras, las Recomendaciones 24/2005 y 23/2006.

contra migrantes son males de la humanidad que México no puede erradicar”.<sup>190</sup> Es inverosímil y ofensivo que una persona que se supone está a cargo del combate y erradicación de violaciones a derechos humanos de migrantes, admita que su trabajo está encaminado a tratar de modificar una situación que es inmodificable.

---

<sup>190</sup> *Trata de personas, “un mal sin remedio”*, El Universal, 20 de junio de 2009, [http://www.eluniversal.com.mx/nación/vi\\_169116.html](http://www.eluniversal.com.mx/nación/vi_169116.html) (fecha de consulta: 20 de junio de 2009).

**CAPÍTULO CUARTO**

**PARÁMETROS INTERPRETATIVOS, INSTRUMENTOS Y  
JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE  
MIGRANTES IRREGULARES**

4.1. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Teorías de interpretación*

Las normas de derechos humanos deben de ser interpretadas y aplicadas por los tribunales internos mexicanos de una forma especial. Por ello se hará una mención general sobre las teorías de interpretación en materia de derechos humanos y la importancia del intérprete jurisdiccional en la garantía de los derechos de migrantes irregulares.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece cuatro principios fundamentales de interpretación: buena fe, del sentido corriente de los términos, del contexto y de conformidad con el objeto y fin del tratado. Sin embargo, aunque se pueden aplicar estos principios en la interpretación de tratados de derechos humanos, como éstos son tratados internacionales que revisten de un carácter especial,



<sup>181</sup> no es conveniente aplicarlos simple y llanamente, sin tomar en cuenta las características especiales de los derechos humanos y su relevancia para la vida social y personal. Las violaciones a los mismos deben de ser prevenidas, sancionadas y erradicadas por los poderes públicos, especialmente por los órganos jurisdiccionales.

Se considera que las violaciones a los derechos humanos, aunque revelan una deficiencia grave de los mecanismos de protección, en el fondo, no implican un problema de órganos y sanciones sino de creación y difusión de una cultura de respeto a los derechos humanos; además muestran la necesidad de resolver problemas estructurales en las sociedades. En este sentido, Häberle señala que “los derechos...son expresión de la cultura humana y la hacen posible” y “únicamente el pluralismo cultural de los valores...puede ser el fondo adecuado de la libertad fundamental en el Estado constitucional”.<sup>182</sup>

Sin embargo, mientras que esa cultura de respeto a los derechos humanos no se consolide, los tribunales internos junto con los tribunales internacionales representan la opción más viable que tienen las personas en general, y los migrantes en particular, para defender el goce y ejercicio de sus derechos. Aunque es claro que la jurisdicción internacional solamente funciona una vez agotados los recursos internos de defensa de los derechos y cuando la persona que sufrió la presunta violación considera necesario acudir a la instancia internacional, creo fundamental para la garantía integral de los derechos que exista una relación congruente entre la interpretación realizada por los órganos internos y los internacionales; ello, además de asegurar la plena eficacia de los derechos, permitiría librar al Estado en cuestión de cualquier imputación de responsabilidad internacional.

---

<sup>181</sup> En este sentido *cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 24 de septiembre de 1982, párrafos 27-30; caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafos 42-45, en los cuales retoma las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Irlanda vs Reino Unido* 18 de enero de 1978 y *Soering vs Reino Unido*.

<sup>182</sup> Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Lima, Lima, 1997, pp. 326 y 328.

Algunos autores hablan de la necesidad de una teoría de la interpretación de los derechos humanos. Se retomarán los 4 principales enfoques o teorías establecidos por Pérez Luño:<sup>183</sup>

a) Teoría Liberal Positivista. Según esta postura propugnada principalmente por Fosthoff, los derechos humanos son categorías técnico-jurídicas dirigidas a reformular en normas positivas, las exigencias de la teoría de los derechos naturales y afirmar las libertades del individuo frente al poder del Estado. Se forjó a lo largo del siglo XIX, como alternativa a la doctrina jusnaturalista de los derechos humanos.

b) Teoría del orden de los valores. Iniciada por Smend, plantea que los derechos humanos cumplen una función integradora e inspiradora de todo el ordenamiento jurídico estatal, al sistematizar el contenido axiológico que es objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento. Además señala que los derechos humanos constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas jurídicas a alcanzar. Este enfoque afirma que los derechos humanos constituyen normas axiológicas que pueden conocerse con gran seguridad intuitiva y critica la tesis positivista de interpretación de los derechos humanos.

c) Teoría institucional. Formulada por Häberle plantea que los derechos cumplen una doble función, por un lado, siguen siendo garantías de libertad individual y por el otro asumen una dimensión institucional, que implica que su contenido debe utilizarse para la consecución de fines sociales y colectivos plasmados constitucionalmente. Esta teoría reconoce el carácter plenamente vinculante de los derechos sociales, concebidos como auténticas categorías jurídico-positivas encaminadas a realizar las cláusulas sociales y democráticas a través del establecimiento de las prestaciones sociales y los servicios públicos. Pérez Luño señala que los derechos humanos serían además de derechos individuales, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, para un marco de convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de

---

<sup>183</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 301-316.

Derecho (sentencia del Tribunal Constitucional Español de 14 de julio de 1981) y subdivide a esta teoría en: institucional funcionalista<sup>184</sup> y la multifuncional.<sup>185</sup>

d) Teoría jusnaturalista crítica. Surge con Rawls y Dworkin. Esta teoría justifica los valores y derechos fundamentales en una actitud intersubjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que se llegue a un consenso abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. El consenso planteado por el jusnaturalismo crítico no es abstracto y vacío, sino que recibe su contenido material del conglomerado de necesidades básicas del ser humano. Dicho consenso se desprende de valores previstos en los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Tribunal Constitucional Español no ha dudado en sostener que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”.<sup>186</sup> El jusnaturalismo crítico persigue superar las limitaciones de las posturas positivistas y jusnaturalistas.

Independientemente de los distintos enfoques de interpretación, en este trabajo se sostiene que uno de los principios fundamentales, quizás el más importante, que debe de guiar la actividad jurisdiccional de los tribunales supremos,<sup>187</sup> es el principio *pro homine* que se ha definido como el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más

---

<sup>184</sup> Sustentada por Luhmann, bajo esta perspectiva los derechos quedan relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo su dimensión emancipadora y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas.

<sup>185</sup> Defendida por Helmut Willke y Fritz Ossenbühl.

<sup>186</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 20 de diciembre de 1982, citada por Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>187</sup> Se ha adoptado esta denominación, para designar a los tribunales, cortes y salas constitucionales. Debido a que algunos son tribunales constitucionales, cortes supremas o salas constitucionales de esas cortes, se busco uniformar los nombres con el de “tribunales supremos”, entendiend que, de una u otra forma, son los que se encargan del control de constitucionalidad y constituyen la última instancia a nivel interno. Por lo que, en su mayoría, a través de sus resoluciones se cumple el requisito de agotamiento de los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional.

extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.<sup>188</sup> Carpio Marcos,<sup>189</sup> siguiendo a Sagués, sostiene que este principio tiene dos variantes:

a) directriz de preferencia interpretativa, por la cual el intérprete de los derechos ha de buscar la interpretación que más optimice un derecho constitucional. Esta a su vez se compone de:

➤ Principio *favor libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego e incluye una doble vertiente: a) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente sino de modo restrictivo; b) que se interprete la norma de manera que mejor optimice su ejercicio pues cada disposición constitucional, como señala Häberle, “está dirigida a la realidad”, ésta requiere una “interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material”.<sup>190</sup>

➤ Principio de protección a víctimas, o bajo la denominación de Bidart Campos, el principio *favor debilis*, consiste en que “en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones, o dicho

---

<sup>188</sup> Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

<sup>189</sup> Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, pp. 28-34. Otro interesante libro en materia de interpretación Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trads. Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

<sup>190</sup> Citado por *idem*.

negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad de otra”.<sup>191</sup>

- b) Directriz de preferencia de normas. Por la cual ante un caso, un juez tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico.

Por lo anterior, se puede hablar de “la sujeción del Estado Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>192</sup> Si antes los derechos humanos sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes y la Constitución misma sólo son válidas y democráticas si reconocen y garantizan derechos humanos.

Sin embargo, las Constituciones en múltiples ocasiones tienen redacciones y contenidos abiertos e indeterminados, como menciona Gregorio Peces-Barba: “los derechos aparecen normalmente en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto”. Y corresponde a los operadores jurídicos esa asignación. “En primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el derecho. Los derechos... al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave”.<sup>193</sup>

Aunque la interpretación puede corresponder a múltiples funcionarios o instituciones, el papel más relevante o de mayor trascendencia en la interpretación de los derechos humanos

---

<sup>191</sup> *Idem.*

<sup>192</sup> Expresión de Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, pp. 72 y 73.

<sup>193</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578.

lo desempeñan los órganos jurisdiccionales en general, y en particular, los tribunales supremos de los países. Retomando a Rubio Llorente se puede decir que la interpretación jurídica de los derechos humanos es, esencialmente, la “interpretación judicial de los derechos humanos”.<sup>194</sup>

Así, no puede negarse que, con base en el principio de subsidiariedad y complementariedad de los sistemas regionales e internacionales de protección de derechos humanos, “son los tribunales internos quienes tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos”;<sup>195</sup> esto es, los tribunales internos son los principales responsables de la protección de los derechos humanos.

La importancia de la actividad jurisdiccional de los tribunales internos es evidente. En este sentido, Alexy señala que “el control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a- o en contra de- la legislación parlamentaria. Su base lógica es el principio de contradicción”.<sup>196</sup> Además menciona que el curso de las vicisitudes de la historia representadas por fenómenos normativos y fácticos ha movido sensiblemente buena parte de los parámetros configuradores de su tradicional modo de ser y de operar; así se ha dado “la apertura de la institución judicial al valor constitucional del pluralismo”.<sup>197</sup> Lo anterior debe de ser considerado por los tribunales internos al momento de interpretar y aplicar normas que reconocen derechos humanos, particularmente de migrantes.

---

<sup>194</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 584-585.

<sup>195</sup> Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 72.

<sup>196</sup> Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 11.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 64 y 65.

Lamentablemente, algunos órganos jurisdiccionales encargados de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales han realizado una interpretación restrictiva y no progresiva de los mismos, por lo que sus resoluciones son cuestionables y exponen a los Estados a una sentencia condenatoria de la jurisdicción internacional por violación a derechos humanos. Es aquí en donde resalta la importancia de que las jurisdicciones internas e internacional de protección de los derechos humanos se relacionen de forma armónica, congruente y complementaria. Sin embargo, todavía existe la idea de que la jurisdicción internacional de derechos humanos atenta contra la soberanía de los Estados; en mi opinión quienes sostienen lo anterior no se han percatado de las transformaciones que han sufrido el concepto de soberanía<sup>198</sup> y el principio de legalidad decimonónico.<sup>199</sup>

## 4.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Antes de iniciar este capítulo, es necesario recordar que tanto la CorteIDH<sup>200</sup> como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>201</sup> han establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Actualmente no sólo los Estados pueden ser juzgados por presuntas violaciones a los derechos del ser humano. La evolución de la jurisdicción internacional ha traído consigo la posibilidad de juzgar y castigar a los individuos considerados particularmente. Así,

---

<sup>198</sup> Al que *supra* se hizo referencia.

<sup>199</sup> Los términos utilizados pertenecen a Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 12 y 13. Respecto a las fuerzas corrosivas o factores demoledores de la soberanía, *cfr. Ibidem*, pp. 11 y 12. En lo que se refiere a la crisis del principio de legalidad decimonónico y el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional, *cfr. Ibidem*, pp. 21-41.

<sup>200</sup> Véase Opinión Consultiva OC-10/89 *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 14 de junio de 1989.

<sup>201</sup> Véase Casos *Tyrer vs. Reino Unido* de 25 de abril de 1978, *Marckx vs. Bélgica* de 13 de junio de 1979, *Loizidou vs. Turquía* de 23 de marzo de 1995, entre otros.

mientras la CIJ analiza presuntas transgresiones cometidas por los Estados; la Corte Penal Internacional conoce casos de individuos, quienes presuntamente violaron derechos humanos de otras personas y puede condenarlas independientemente de su Estado de procedencia o del Estado en el que se cometió el delito. Sin embargo y a pesar del gran avance de los sistemas jurisdiccionales de derechos humanos, éstos aún distan mucho de cumplir cabalmente con sus funciones.

Ante este panorama se ha enfatizado la necesidad de proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas. Anteriormente se ha establecido que a pesar de la existencia de instrumentos internacionales de protección, las violaciones de los derechos de migrantes se siguen dando y, lo que es más preocupante, se agudizan.

#### 4.2.1. *Naturaleza especial de los tratados internacionales de derechos humanos*

Se estima conveniente mencionar que los tratados internacionales de derechos humanos revisten de un carácter especial y distinto a los demás tratados. Al igual que los demás tratados, su suscripción implica un acto soberano de los Estados, quienes voluntariamente asumen una serie de obligaciones. Pero se debe entender que al aprobar tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por lo que a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se contraen obligaciones entre Estados, sino que los Estados, al suscribir instrumentos internacionales de esta índole, adquieren obligaciones con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Aunado a lo anterior, y en ejercicio de su soberanía, los Estados también adquieren obligaciones<sup>202</sup> ante la comunidad internacional. Por la infracción a estas obligaciones se les puede fincar responsabilidad.

---

<sup>202</sup> Los tratados internacionales de derechos humanos imponen a los Estados parte una serie de obligaciones positivas y negativas; éstas se refieren a que el Estado debe abstenerse de realizar actividades que violenten derechos humanos, mientras que las obligaciones positivas implican las obligaciones de hacer de los Estados.



La CorteIDH ha señalado que:

... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.<sup>203</sup>

Por su parte, el TEDH afirmó, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), que “a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una *garantía colectiva*”.<sup>204</sup>

Igualmente, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), el TEDH declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.<sup>205</sup>

Existen diversos instrumentos internacionales que, en específico, se refieren a la materia migratoria y que a continuación se comentarán.

---

Así, los Estados contraen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de que son parte.

<sup>203</sup> Sentencias citadas en nota 186.

<sup>204</sup> Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239.

<sup>205</sup> Sentencia de 26 de enero de 1989, párr. 87.

#### 4.2.2. *Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*

México ratificó la CIPTMF el 8 de marzo de 1999. La CIPTMF es un instrumento relevante en materia migratoria que debe ser conocido y difundido al interior de los países emisores y receptores de migrantes. A continuación se asentarán algunas ideas respecto a su contenido.

Esta Convención, que no ha sido suscrita por Estados desarrollados receptores de migrantes, consagra los derechos mínimos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre ellos, lo relacionado a la unidad y reunificación familiar (artículo 44). En la Parte III de la CIPTMF (del artículo 8 al 35) se mencionan los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (se refiere a regulares e irregulares), en la que reitera el derecho a la vida, integridad física, libertad (conciencia, pensamiento, religión, etc.). Del artículo 16 al 19 se regulan los derechos del detenido y las garantías de debido proceso legal.

Algunos contenidos de esta Convención, en múltiples ocasiones, no son respetados por países que, como México, han ratificado la Convención y por muchos otros que no lo han hecho.

Se prevé que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones (artículo 16). Se regula que “en caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes” (artículo 22.6). Y más adelante

señala que “la expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden” (artículo 22.9).

La CIPTMF también establece el derecho que tienen los migrantes (independientemente de su condición migratoria) de recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares y diplomáticas de su Estado de origen (artículo 23). Este derecho, como se mencionó, sigue siendo vulnerado por el Estado mexicano.<sup>206</sup>

También indica que los migrantes “gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; b) otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo” (artículo 25.1).

Dicha disposición es incumplida cotidianamente en aquellos lugares (tanto en territorio estadounidense, mexicano y en otras partes del mundo) en donde se someten a los migrantes irregulares a trabajos en condiciones infrahumanas, de explotación, e incluso, de *esclavitud* con los tintes del siglo XXI. El término *esclavitud* pretende reflejar que, en algunos lugares, los trabajadores migrantes además de las jornadas excesivas de trabajo, la inseguridad e insalubridad de las labores, los bajos salarios que perciben (que obviamente son más altos de los que podrían ganar en su país de origen) y demás riesgos a los que están expuestos, ven coartada su libertad de movimiento: bajo la amenaza de denuncia ante la

---

<sup>206</sup> Véase, entre otras, las ya mencionadas Recomendaciones 24/2005 y 23/2006 de la CNDH.

autoridades de migración y de una posible deportación, los empleadores impiden que los trabajadores migrantes salgan del lugar de trabajo, o que busquen otro trabajo que le ofrezca mejores condiciones. Esta situación se repite en el caso del trabajo agrícola, en los plantíos y terrenos de cultivo de muchos países, en donde incluso se les adapta campamentos improvisados, en mal estado y sin las condiciones sanitarias mínimas para que permanezcan los trabajadores migrantes irregulares en sus pocas horas de descanso. Por lo anterior al hablar de *esclavitud* se pretende expresar que, a inicios del siglo XXI, la situación ha cambiado: ya no existen las cadenas de metal que sujetan a una persona, existe una cadena de temor y de vulnerabilidad que somete a los trabajadores migrantes irregulares a soportar condiciones inhumanas a las que los someten sus empleadores, los cuales aumentan sus ganancias al utilizar la mano de obra de este tipo de trabajadores.

La Convención sobre la Esclavitud<sup>207</sup> establece que: “la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos (artículo 1.1)”. Recordando la teoría clásica del Derecho Civil encontramos que la propiedad es el “poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una *cosa* para aprovecharla totalmente en sentido jurídico”.<sup>208</sup> Dicho aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, incluso basta con que se tenga la *posibilidad normativa de ejecutar* todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten.

Los atributos de la propiedad son: el *ius possidendi* (derecho de poseer, conduce a la posesión efectiva y por medio de ella al ejercicio del dominio, con todos sus demás atributos), *ius utendi* (derecho de usar, empleo de la cosa), *ius fruendi* (derecho de

---

<sup>207</sup> Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

<sup>208</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Bienes, Derechos Reales y Posesión*, 7a. ed., México, Porrúa, 1991, t. III, p. 290.

disfrutar, disfrute del objeto o de su aprovechamiento) y *ius abutendi* (disposición de la cosa en sentido material).<sup>209</sup>

Retomando la definición de esclavitud contenida en la Convención sobre la Esclavitud, se establece que dicho estado se produce cuando se ejerce sobre un individuo “los atributos del derecho de propiedad o *alguno* de ellos”. Así en el caso de los migrantes irregulares tal vez no se configuren todos los atributos de la propiedad antes mencionados, pero muy posiblemente sí pueda existir *alguno* de ellos en un caso específico. Como se mencionó, es irrelevante que no se ejerciten los actos de dominio o administración, solamente basta con que se tenga la posibilidad de ejercerlos. Esta situación se produce en la constante amenaza de algunos empleadores de denunciar a los trabajadores ante las autoridades y, aunque nunca lo lleguen a hacer, la simple amenaza genera en el trabajador un sentimiento de incertidumbre y temor por el que pueden quedar bajo el dominio y disposición plena del patrón.

La CIPTMF establece también que “los Estados Partes reconocerán (los siguientes) derecho(s) de los trabajadores migratorios y sus familiares: a) participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente” (artículo 26.1). Lo anterior se violentó completamente con la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman*,<sup>210</sup> al negar a un trabajador migrante irregular el derecho a la sindicación y el correspondiente pago de salarios caídos por despido injustificado.

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp. 291-295.

<sup>210</sup> Que se analizará en el Capítulo V.

El artículo 27.1 regula que “los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales”. Es necesario reiterar la crítica sostenida por muchos especialistas, respecto a que los migrantes irregulares en EUA pagan impuestos y no tienen derecho a la seguridad social, por ejemplo.

Y prevé que “los sujetos de protección de esta convención tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente... en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá *negarse por motivos de irregularidad* en lo que respecta a la permanencia o al empleo” (artículo 28). Este es otro derecho que es infringido gravemente por el Estado mexicano, cuando los hospitales y centros de salud públicos se niegan a recibir y tratar a migrantes irregulares accidentados y heridos, por el hecho de su estatus migratorio. Como una muestra está el caso de migrantes que cruzan irregularmente a México por la frontera de Guatemala que, en ocasiones, son mutilados por el tren y se les niega atención de urgencia en hospitales públicos por lo que tienen que acudir al albergue Jesús el Buen Pastor, el cual, con recursos limitados, asume parcialmente una obligación que el Estado mexicano ha evadido y que debería de proporcionar en todo el territorio nacional; pero que ha delegado a instituciones benéficas y a la sociedad civil.

La disposición enunciada por el artículo 31.1 reviste de trascendencia cuando, en esta era de la globalidad, se habla constantemente de multiculturalismo y de conceptos como *ciudadanía global* o *ciudadano del mundo*; al mencionar que los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.

Wayne Cornelius ha observado que modelos de integración<sup>211</sup> se suelen dividir en tres tipos:

a) El multicultural, basado en el respeto y protección de la diversidad cultural y que tiene como objetivo garantizar la identidad de la comunidad de inmigrantes. Es el modelo establecido tradicionalmente en Holanda y Suecia.

b) La asimilación, se basa en la igualdad, pero sólo para los que tienen la categoría de ciudadanos y pretende la asimilación del extranjero en los valores tradicionales nacionales dominantes y la supuesta identidad común. Francia es el paradigma de este tipo.

c) El de la separación o la exclusión, que se caracteriza por una legislación migratoria restrictiva. Se pretende el mantenimiento del carácter temporal de los inmigrantes. Ejemplos de este modelo son Alemania o Suiza.

Así, “la integración se distingue de la asimilación en que no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida. De una plena libertad cultural se diferencia en que no renuncia a una apertura por parte de ellos a la cultura del país de acogida. La sociedad receptora se hace así más pluralista, pero no tiene que temer que se pongan radicalmente en cuestión sus valores fundamentales. La integración, no es, por tanto, un proceso unidireccional, en la que el esfuerzo de adaptación

---

<sup>211</sup> Cfr. Cornelius, Wayne, *et. al.* (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, 2a. ed., Stanford University Press, Standford, 2004, p. 20.

sólo haya de ser realizado por los migrantes”.<sup>212</sup> Sin duda, un autor relevante en esta materia es Will Kymlicka.<sup>213</sup>

Por lo que cada país al establecer los lineamientos de su política migratoria debe de asentar cómo planea integrar a los migrantes a su sociedad, es necesario responder coherentemente a una realidad innegable de las naciones actuales: el multiculturalismo y sólo se puede responder coherentemente con el respeto y tolerancia a la diversidad, ya que si eso no se hace se caerá en actitudes xenófobas y discriminatorias lo cual implicaría un retroceso en la historia de la humanidad.

La Convención establece en su Parte IV derechos adicionales para los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular (del artículo 36 al 56).

En el artículo 68.2 menciona que “los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso,... mediante la imposición de *sanciones* a los *empleadores* de estos trabajadores. Estas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

---

<sup>212</sup> Grimm, Dieter, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, en Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 2007, pp. 60 y 61. “Cuando las migraciones alcanzan a todo el orbe, exige también plantearse el derecho del hombre en otro lugar del mundo diferente de aquél del que procede. Es, pues, la pregunta por su derecho a continuar viviendo allí, como extranjero, de la misma forma que en su país de origen le resultaba familiar, quizá incluso sagrada. Pero también se trata, al mismo tiempo, del derecho de los naturales del país a que sus formas de vida y sus orientaciones valorativas, junto con las garantías normativas que una y otras hayan logrado, sean tenidas en consideración por los extranjeros inmigrados”. *Ibidem*, p. 53.

<sup>213</sup> Véase, como referencia indispensable, *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Madrid, 2006.



En el artículo 72 y con el fin de observar la aplicación de la Convención se crea un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.<sup>214</sup>

México presentó su Primer Informe ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares el 18 de noviembre de 2005. En las Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al informe de México<sup>215</sup> (de 8 de diciembre de 2006) se mencionó la necesidad de implementar acciones para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de trabajadores migrantes en general (y mujeres y niños, en particular) y la modificación de la legislación y políticas públicas, así como capacitación de personal en materia de derechos humanos, entre otros. El Comité pidió al Estado mexicano que presente su segundo informe periódico a más tardar el día 1 de julio de 2009.

Uno de los obstáculos que actualmente enfrentan los derechos humanos de los migrantes es la falta de su aplicación de la CIPTMF por los Estados parte y la falta de suscripción de países receptores de migrantes, entre ellos países europeos que viven situaciones complejas ante las cuales la CIPTMF puede ofrecer criterios y directrices que coadyuven al pleno goce y garantía de los derechos de migrantes en su territorio.

El compromiso con los derechos humanos no puede supeditarse a ninguna condición, circunstancia o realidad.

---

<sup>214</sup> El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CIPTMF por sus Estados Partes. El Comité celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004. Como experto se encuentra el mexicano Francisco Alba cuyo mandato expira el 31 de diciembre de 2011.

<sup>215</sup> Las observaciones del Comité puede verse en [http://www.inmujeres.gob.mx/dgpe/migracion/res/Anexo\\_36.pdf](http://www.inmujeres.gob.mx/dgpe/migracion/res/Anexo_36.pdf) (fecha de consulta: 23 de enero de 2009).

#### 4.2.3. *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*

Siguiendo la recomendación de 1998 de la Comisión sobre la Prevención de la Delincuencia y Justicia Criminal y del Consejo Económico y Social, la Asamblea General de la ONU estableció un Comité *ad hoc* intergubernamental con el propósito de redactar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y tres protocolos adicionales (Resolución de la Asamblea General 53/111, del 9 de diciembre de 1998).

El Comité *ad hoc* finalizó el texto de la Convención Madre y de dos de sus Protocolos adicionales en octubre de 2000. En su Resolución 55/25 de 15 de Noviembre de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. La Conferencia Política de Alto Nivel para la Firma de la Convención y sus dos Protocolos tuvo lugar en Palermo, Italia, entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000, en donde se reunieron 148 países. De los 148 países presentes, 121 firmaron la *Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, y unos 80 países firmaron uno de sus protocolos adicionales, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*. También quedó abierto para la firma de los Estados otro Protocolo adicional, *el PCTIM*. Un tercer Protocolo, *El Protocolo contra la Fabricación Ilícita y el Tráfico de Armas de Fuego*, se terminó a finales de 2001.

México depositó el 4 de marzo de 2003, ante el Secretariado de la Organización de las Naciones Unidas, los instrumentos de ratificación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de dos de sus Protocolos complementarios relativos al tráfico ilícito de migrantes y a la prevención y sanción de la trata de personas, especialmente

mujeres y niños. Y el 10 de abril de 2003 depositó el instrumento de ratificación del Protocolo contra la fabricación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

Algunos países receptores de migrantes han ratificado el Protocolo, aunque no la CIPTMF, entre ellos países europeos como España. Esto reviste de importancia antes los graves problemas que se viven en las embarcaciones o cayucos con migrantes irregulares que arriban a las Islas Canarias o Almería o los sucesos en Melilla, sólo por dar algunos ejemplos. Aunado a esto, la Comisión Europea estima que en la Unión residen hasta unos ocho millones de inmigrantes ilegales. Más de 200,000 fueron arrestados en la primera mitad del 2007 y menos de 90,000 resultaron expulsados.<sup>216</sup> Estos datos son impactantes cuando se piensa en la Directiva retorno ya analizada. En el PCTIM se consagra el concepto de tráfico ilícito de personas ya analizado en el Capítulo II.

#### 4.3. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRANTES

Por resoluciones [AG/RES. 1404 XXVI-O/96](#) y [AG/RES 1480 XXVII-O/97](#), la Asamblea General de la OEA, solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) la creación de una Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la cual fue instaurada en 1997.

La Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios realiza una labor de promoción en materia de derechos humanos. Sus principales objetivos son: a) generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias; b) presentar recomendaciones específicas a los Estados

---

<sup>216</sup> <http://migracion.jornada.com.mx/migracion/noticias> (fecha de consulta: 23 de enero de 2009).

miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; c) elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y, d) actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.

La ComisiónIDH determinó que uno de sus siete Comisionados ejerciera como *Relator Especial de Trabajadores Migratorios y sus Familias*. Se estableció que el Relator se desempeñaría por períodos de cuatro años. Durante su primer periodo (1997- 2000), la Relatoría estuvo a cargo del colombiano Álvaro Tirado Mejía. Posteriormente, en el 2000 la CIDH designó en el cargo al argentino Juan E. Méndez. En febrero del 2004 la CIDH nombró como relator al venezolano Freddy Gutiérrez Trejo.

Accediendo a una invitación del Gobierno de México y con el objetivo de recabar información sobre la situación de trabajadores migratorios en dicho país, se realizó una visita a México entre el 25 de julio y el 1º de agosto del año 2002, la delegación estuvo encabezada por Juan E. Méndez, Relator Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en esa época. Durante su estadía en la República Mexicana los funcionarios de la Relatoría visitaron tres ciudades: Ciudad de México, Tapachula y Ciudad Juárez, así como diversos puntos de la frontera entre México y Guatemala en la región occidental del Estado de Chiapas (Ciudad Hidalgo, el Manguito y Talismán) y de la frontera norte entre México y EUA en el área de Ciudad Juárez. El proyecto de informe fue aprobado por la ComisiónIDH en julio de 2003. De conformidad con el artículo 58 del Reglamento de la CIDH, este informe fue transmitido al Gobierno de México en julio, pidiéndole que presentara las observaciones que considerara pertinentes dentro de un plazo de un mes. El 28 de agosto del 2003, a través de la comunicación OEA-02133 de la Misión Permanente de México ante la OEA, los Estados Unidos Mexicanos presentaron sus

observaciones. La Comisión, de conformidad con su Reglamento, estudió tales observaciones y procedió a incluir aquellas que consideró pertinentes. El informe de la visita de la Relatoría a México se divide en diez secciones más las conclusiones y recomendaciones. El informe finaliza con un resumen relativo a las observaciones más importantes de la misión en las que se destacan mejores prácticas y también áreas donde se observaron deficiencias en el trato a los trabajadores migratorios y otros migrantes. El informe expresa que:

Al igual que la mayoría de los países de América Latina y gran parte del Caribe, en términos económicos y sociales México ha sido históricamente un país en vías de desarrollo caracterizado por problemas sociales, entre ellos, altos índices de pobreza e inequidad. (párrafo 161)... y (por la) gran disparidad entre sectores urbanos y rurales, así como entre los estados del norte y del sur -por lo general menos desarrollados- (párrafo 164)... También existen problemas serios de distribución del ingreso... Otro índice preocupante tiene que ver con el empleo. Si bien la tasa oficial de desempleo en México es baja (2.4% para el 2002) la tasa de desocupación parcial o subempleo (que incluye el desempleo abierto y las personas que trabajan menos de 35 horas semanales) ascendió a 19% en el 2001. Del mismo modo, el sector de trabajo informal sigue siendo muy extenso y absorbe un porcentaje importante de la mano de obra del sector formal, tendencia que en los últimos años se ha incrementado. A este respecto, en el 2001 un 47% de la población económicamente activa en México no recibió ningún tipo de prestación social...(párrafo 165).

Respecto a los factores que motivan la migración de mexicanos al exterior, en el informe se menciona que:

Las razones que explican la migración de mexicanos a EUA son bastante más complejas de lo que se piensa. Como se indicó, factores sociales, económicos, culturales e históricos interactúan de forma muy compleja y determinan este vasto movimiento de personas (párrafo 167). El estudio Binacional México EUA sobre Migración (1997) indica que si bien numerosos factores determinan y mantienen la migración de mexicanos a EUA, destacan tres grandes factores: demanda laboral en EUA; exceso de oferta de mano de obra en México y la existencia de redes sociales de migrantes y de contactos que trascienden la frontera (párrafo 168).

También se reconocen las consecuencias de las políticas migratorias disfuncionales (tanto en México como en EUA), al establecer que:

Las consecuencias del afianzamiento de los controles fronterizos han sido múltiples y por lo general bastante negativas. En primer lugar, a pesar de los nuevos controles, el número de personas que cruzan de forma indocumentada a EUA no ha disminuido. De manera paradójica, el número de aprehensiones por parte de la Patrulla Fronteriza ha bajado consistentemente a partir de 1986. Esa tendencia se ha mantenido tras la puesta en marcha de las operaciones de control migratorio cerca de áreas urbanas. El efecto más grave, sin embargo, ha sido el incremento en las muertes de las personas que intentan cruzar la frontera. Los fuertes controles fronterizos cerca de áreas urbanas en California y Texas han implicado que las personas que intentan cruzar la frontera lo intenten por áreas deshabitadas y poco patrulladas en Arizona, Nuevo México y Texas. Como resultado, un creciente número de personas ha fallecido por asfixia, hipotermia, deshidratación, accidentes o ahogados al tratar de cruzar por zonas inaccesibles y poco patrulladas como desiertos, ríos caudalosos, cañones, quebradas y zonas montañosas en donde deben resistir difíciles condiciones o sortear peligrosos obstáculos. De hecho, entre 1993 y 1997 el número de muertes de personas tratando de cruzar la frontera por lugares no habilitados se triplicó. Según cifras oficiales, entre 1994 y el 2002, 2.200 personas perecieron al intentar cruzar la frontera e internarse en EUA (párrafo 164)... el panorama descrito destaca la estratégica posición geográfica de México, sobre todo en cuanto a su proximidad con EUA, y de cómo esta situación confronta al país con serios desafíos en su política y práctica migratoria (párrafo 180).<sup>217</sup>

Así también el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos de establecer la Comisión Especial de Asuntos Migratorios en su sesión celebrada el 24 de octubre de 2007, con el fin de analizar temas y flujos de migración desde una perspectiva integral. Mientras que las resoluciones AG/RES. 2248 (XXXVI-O/06) y AG/RES. 2326 (XXXVII-O/07) “Poblaciones migratorias y flujos de migración en las Américas”, condujeron a una sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) sobre la implementación del Programa Interamericano para la Promoción y Protección de

---

<sup>217</sup> Véase el informe completo, el cual se encuentra en <http://www.cidh.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm> (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2008). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, Visita *in loco* a México, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, 29 diciembre 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3709.pdf> (fecha de consulta: 13 de abril de 2008). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias correspondiente al período entre enero y diciembre del 2005, 27 febrero 2006, véase el informe completo en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4171.pdf> (fecha de consulta: 13 de abril de 2009).

los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo a los Trabajadores Migratorios y sus Familias, de conformidad con la resolución AG/RES. 2289 (XXXVII-O/07), celebrada el 7 de marzo de 2008.<sup>218</sup>

#### 4.4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE MIGRANTES

La Convención Americana de Derechos Humanos es el instrumento más significativo para el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En ella se regula la existencia de la Comisión y la CorteIDH. Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

La Convención se constituye fundamentalmente de 3 partes: la primera respecto a las *obligaciones generales de los Estados*, que comprende sus artículos 1 y 2, sobre la “Obligación de Respetar los Derechos” y el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”. La segunda parte sobre *derechos y libertades*, se conforma con los artículos 3 al 32 referentes a derechos civiles y políticos, el compromiso al desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales, suspensión de garantías, interpretación y deberes de la persona. Y la tercera parte sobre los *órganos del sistema*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CorteIDH, comprende del artículo 33 al 82.

México depositó su instrumento de adhesión en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, pero fue hasta diciembre de 1998 cuando reconoció la competencia contenciosa de la CorteIDH.

---

<sup>218</sup> AG/RES. 2356 (XXXVIII-O/08), Poblaciones migratorias y flujos de migración en las Américas (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6962.pdf> (fecha de consulta: 13 de abril de 2009).

Así, diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>219</sup> y, en consecuencia, están sujetos a diversas obligaciones que en múltiples ocasiones han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la CorteIDH.<sup>220</sup>

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

La CorteIDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se compone de 7 jueces, tiene su sede en San José, Costa Rica<sup>221</sup> y no sesiona permanentemente, como es el caso del TEDH.

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

---

<sup>219</sup> García Ramírez sostiene que el sistema interamericano se compone no sólo por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino también por los Estados, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y la figura del Ombudsman nacional. Véase “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana” en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 77 y ss.

<sup>220</sup> Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y Corte, véase, entre otros: Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, EDIAR/Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, 2007. Es necesario recordar que los individuos no tienen acceso directo a la CorteIDH (como sí es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y se requiere que primero realicen el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>221</sup> El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983.



Estatuto de la CorteIDH) y tiene atribuciones normativas,<sup>222</sup> administrativas,<sup>223</sup> preventivas,<sup>224</sup> ejecutivas<sup>225</sup> y jurisdiccionales.

---

<sup>222</sup> El artículo 60 de la Convención Americana señala que: “La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento”. En el mismo sentido el artículo 25 del Estatuto CorteIDH establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento”. El Reglamento CorteIDH, reformado en enero de 2009, dispone que el Reglamento “podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte y deroga, a partir de su entrada en vigor, las normas reglamentarias anteriores que se le opongan (artículo 70)”.

<sup>223</sup> El artículo 26 del Estatuto CorteIDH otorga a la Corte la facultad de elaborar su propio proyecto de presupuesto, el cual deberá someter a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General y esta última no podrá introducir modificaciones. La Corte también tendrá potestad de administrar su presupuesto. Y tiene facultades para designar a su Secretario (artículo 14.2 del Estatuto CorteIDH) y fijar sus periodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto CorteIDH).

<sup>224</sup> El artículo 63 de la Convención Americana establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las *medidas provisionales* que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. Así, la CorteIDH puede actuar aún en casos no sometidos a su jurisdicción, y podrá dictar medidas provisionales a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (recordando que ésta también tiene capacidad de dictar medidas cautelares). El actual Reglamento de la CorteIDH dispone: “1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. 2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión. 3. En los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos. 4. La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente. 5. La Corte o, si ésta no estuviera reunida, el Presidente, podrá requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información sobre una solicitud de medidas provisionales, antes de resolver sobre la medida solicitada. 7. La supervisión de las medidas urgentes o provisionales ordenadas se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los representantes de los beneficiarios. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes. 8. En las circunstancias que estime pertinente, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto, que permitan apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para los mismos efectos, podrá también requerir las pericias e informes que considere oportunas. 9. La Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública o privada<sup>12</sup> sobre las medidas provisionales. [http://www.corteidh.or.cr/regla\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf) (fecha de consulta: 10 de junio de 2009).

<sup>225</sup> Esta competencia permite determinar si el Estado encontrado responsable de la violación de derechos humanos ha cumplido con sus obligaciones en la forma y tiempo previstos en la sentencia de fondo. Esta competencia tiene una relación intrínseca con la eficacia jurídica de las sentencias. Los artículos 67 y 68 de la Convención Americana señalan que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. La parte del

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

### *Función Consultiva*

La función consultiva de la CorteIDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que cuenta con un procedimiento específico<sup>226</sup> y distinto del contencioso. Los Estados Parte, la Comisión<sup>227</sup> y otros órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>228</sup> tienen facultad para solicitar opiniones consultivas.

La CorteIDH tiene una función consultiva más amplia que la CIJ, ya que no sólo se permite la interpretación de la Convención Americana sino la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos así como la interpretación de leyes internas y el análisis de su compatibilidad con instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido es preciso aclarar que no se exige que los tratados, para

---

fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En México, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y en vigor a partir del 1º de enero de 2005, reconoce en su artículo 2 la obligación del Estado mexicano de cumplir las resoluciones de la CorteIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>226</sup> Los artículos 64 al 69 del Reglamento CorteIDH regulan el trámite de la opinión consultiva.

<sup>227</sup> El artículo 66 del Reglamento CorteIDH dispone que un Estado miembro o la Comisión al solicitar una Opinión Consultiva deben formular preguntas específicas, establecer las disposiciones que se piden sean interpretadas, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

<sup>228</sup> Los cuales además de los requisitos exigidos a los Estados o a la Comisión, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia (artículos 64.3 y 65.2 Reglamento CorteIDH).

ser interpretados, sean celebrados por países americanos, ni que sean tratados regionales; el único requisito es que sean concernientes a derechos humanos aunque esta temática no sea el objeto principal del tratado en cuestión. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que “la jurisdicción consultiva de la CorteIDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,<sup>229</sup> además de que legitima a un número extenso de solicitantes.<sup>230</sup>

La función consultiva, observa García Ramírez, pretende “desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza, las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho...se trata de saber más que de resolver: contestar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica...la consulta termina con una opinión”.<sup>231</sup>

La CorteIDH ha establecido que su competencia consultiva constituye “un método judicial alternativo” destinado a “coadyuvar (en) el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Cisneros Sánchez, Máximo, “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986, p. 53.

<sup>230</sup> Tienen legitimación todos los Estados miembros de la OEA y no sólo los Estados miembros de la Convención Americana; esto incluye a los que aún no han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH; además están legitimados los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA.

<sup>231</sup> García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 10.

<sup>232</sup> Opinión Consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983, párrafo 43.

Según la CorteIDH, las opiniones consultivas, a pesar de no tener efectos vinculantes, “poseen notable trascendencia, contribuyen a generar una *opinio iuris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la prevención de conflictos y la solución de controversias,” y es que “a través de ellas se establece el sentido de una norma... y se construye una jurisprudencia orientadora”.<sup>233</sup> Además “no debe... olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa...”<sup>234</sup> en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...”<sup>235</sup> y “aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables... es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.<sup>236</sup> Ruiz Miguel señala que una semejanza entre la jurisdicción y la consulta es que poseen un carácter rogado, es decir, se actúa a instancia de parte.<sup>237</sup>

Faúndez Ledesma difiere del criterio de la CorteIDH, al sostener que: “en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de Tribunal Constitucional, *sus opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que*

---

<sup>233</sup>García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>234</sup> Opinión Consultiva OC-1/82 “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 24 de septiembre de 1982, párrafo 32.

<sup>235</sup> Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, párrafo 32.

<sup>236</sup> Opinión Consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 14 de noviembre de 1997, párrafo 26.

<sup>237</sup> Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” en AA. VV., *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. II, p. 1345.

*poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados Parte de la Convención...”*<sup>238</sup>

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución<sup>239</sup> de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 0421-S-90, número 2313-95 del 19 de mayo de 1995, en donde se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza vinculante, al menos, frente al país que hizo la solicitud de consulta. En este trabajo se comparte esta postura.

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

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

Los Estados Unidos Mexicanos hicieron la solicitud de consulta a la CorteIDH el 9 de diciembre de 1997, preguntando respecto de los detenidos extranjeros acusados o inculcados de delitos sancionables con pena capital a los cuales no se les proporciona el derecho a ser informados sobre la asistencia consular que deben proveerles los agentes consulares de su nacionalidad contenido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) y las consecuencias jurídicas para el Estado respecto

---

<sup>238</sup> Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, p. 75.

<sup>239</sup> Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad N° 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de la ejecución de dicha pena ante la falta de notificación a que se refiere dicho artículo de la CVRC.

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

La CorteIDH, distinguió entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y derecho a la asistencia consular. El derecho a la información sobre la asistencia consular es el “derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, sin dilación, que tiene los siguientes derechos: 1) el derecho a la notificación consular; y, 2) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora” (*artículo 36.1.b*). Y el derecho a la asistencia consular “es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional” (*artículos 5 y 36.1.c*).<sup>240</sup>

La Corte IDH estimó que “... para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...(párrafo 117) el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia... (párrafo 119)”.<sup>241</sup>

A través de un razonamiento que merece reconocimiento, la CorteIDH dilucidó si el artículo 36 de la CVRC reconocía derechos individuales y no sólo estatales, concluyendo

---

<sup>240</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1º de octubre de 1999, párrafo 5. *Cfr. Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2001, pp. 32 y 33.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pp. 110 y 111.

que dicho artículo “reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor”<sup>242</sup> y, posteriormente, analizó si esos derechos correspondían a la protección de los derechos humanos.

Finalmente en su Opinión, la Corte IDH determinó:

- a) El artículo 36 de la CVRC reconoce derechos individuales y está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos.
- b) La expresión “sin dilación” utilizada por CVRC implica que el Estado debe de informar al detenido sobre el derecho a la asistencia consular al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.
- c) El derecho a la información sobre la asistencia consular permite que *adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte IDH estimó que la inobservancia del derecho a la información sobre la asistencia consular afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida *arbitrariamente*.<sup>243</sup>

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares, que se abordarán posteriormente.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>243</sup> *Cfr.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998” en *Temas selectos de derecho internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 561-613.

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

La Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* es una interpretación pionera e innovadora<sup>244</sup> frente a los criterios sostenidos domésticamente por algunos de los países de nuestro continente. Fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de mayo de 2002 y emitida el 17 de septiembre de 2003.

México, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sometió a la CorteIDH una solicitud de opinión consultiva sobre la “... privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos”. México también expuso las consideraciones que le dieron origen a dicha consulta, señalando que la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes “los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas en criterios de discriminación y... los coloca en una situación de desigualdad ante la ley... preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos

---

<sup>244</sup> García Ramírez menciona que “la opinión consultiva OC-18/03 llena un capítulo importante en la historia consultiva de la CorteIDH. Trae a cuentas un hecho notable y apremiante en la *realidad de nuestros países y de otras naciones del mundo*, producto de los actuales procesos de movimiento poblacional, que se producen en el marco de las relaciones económicas y sociales y responden a diversas causas, entre ellas la que más interesa a la OC-18: *la atracción que la demanda de mano de obra por parte de sociedades desarrolladas ejerce en trabajadores residentes en países con menor desarrollo, que enfrentan condiciones socioeconómicas desfavorables*”. García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 33 y 34.



Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA”. Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco fue nombrado Agente de los Estados Unidos Mexicanos.

Observó la CorteIDH, al igual que la Asamblea General de las Naciones Unidas, que “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, ha[n] contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional” (párrafo 115).

La CorteIDH que ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas,<sup>245</sup> en la OC-18/03 también determinó que su contenido “se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos” (párrafo 60). Dicha especificación es relevante, sobre todo frente a casos de Estados americanos que, a pesar de no haber ratificado la Convención Americana (como es el caso de EUA), sí han firmado la Carta de la OEA.

---

<sup>245</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983, párrafo 43; Opinión Consultiva OC-1/82 “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 24 de septiembre de 1982, párrafo 32; y, Opinión Consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos...*, *cit.*, párrafo 26. En sentido contrario al de la CorteIDH se encuentra la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 0421-S-90, número 2313-95 del 19 de mayo de 1995, en donde se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza obligatoria, al menos, para el país que hizo la solicitud de consulta. En este trabajo se comparte esta postura. Cfr. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad N° 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

La CorteIDH precisó que “*el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular (párrafo 135)*”.

Así, es claro que los empleadores norteamericanos no tienen ninguna obligación de contratar a los migrantes irregulares, sin embargo lo hacen. Y esto es porque les conviene hacerlo, porque es redituable, además de que dichos trabajadores no están protegidos por la ley norteamericana, como se verá más adelante. Así, la migración irregular responde a una necesidad de la economía de EUA (y de otros países desarrollados). Si los trabajadores migrantes incursionan irregularmente al mercado estadounidense es porque dicho mercado los demanda, los requiere y los contrata. Aunque esta situación se haya modificado debido a la recesión existente hoy día.

En la Opinión Consultiva OC-18/03 se reitera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter de *jus cogens* (párrafo 101) ya que sobre él “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico”. Además enfatiza que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice dicho principio, el cual se encuentra revestido de carácter imperativo por lo que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y, que incluso, genera efectos con respecto a particulares (opinión 5).

La CorteIDH aclara que lo anterior no significa que los Estados no inicien acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal; a lo que se refiere es que al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su goce y ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia (párrafo 118). Así “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio” (opinión 11).

Por lo anterior, es fundamental la recepción de la OC-18/03 al interior de los Estados americanos, pero de forma complementaria es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia.<sup>246</sup>

Como posición opuesta a la sostenida en la OC-18/03 se encuentra la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board* (NLRB) de 27 de marzo de 2002, que se analizará en el Capítulo V.

Para la adecuada garantía de los derechos humanos de migrantes, además de la recepción de la OC-18/03 en el derecho interno mexicano, es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia. García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para

---

<sup>246</sup> García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarlas, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado”. García Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, 2005, p. 55.

brindarlas, *sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado*".<sup>247</sup> Es importante prestar atención a este rubro y buscar los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los migrantes irregulares. Es necesario que la denuncia o querrela exista y llegue al juzgador, para que éste pueda interpretar y aplicar el derecho siguiendo las directrices establecidas en la Opinión Consultiva OC-18/03.

### *Función Contenciosa*

Señala García Ramírez que "la función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso...y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: notio, vocatio, coertio, iudicio y executio". La CorteIDH ha sostenido que "la jurisdicción contenciosa...se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos".<sup>248</sup>

La función contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana. El Reglamento CorteIDH explica a detalle el proceso contencioso ante la CorteIDH. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> *Idem.*

<sup>248</sup> Opinión Consultiva OC-14/94 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 9 de diciembre de 1994, párrafo 49.

<sup>249</sup> Como es sabido, en el sistema interamericano las personas no tienen acceso directo a la Corte (como sí ocurre en el sistema europeo, después del Protocolo 11) por lo que tienen que realizar previamente el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Las víctimas poseen el *locus standi in iudicio*, pero no el *jus standi*. Cfr. Voto del Juez Antonio Augusto, caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 4 de septiembre de 1998.

El proceso contencioso se puede dividir en varias fases (excepciones preliminares, fondo, reparaciones e interpretación), pero es necesario enfatizar que todas ellas se realizan en una misma audiencia por cuestiones de economía procesal y porque así lo dispone el numeral 40 del Reglamento de la CorteIDH, al establecer que “el Presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias”. Por lo que con la finalidad de agilizar el trámite de los casos y de resolverlos en menor tiempo, en la práctica actual de la CorteIDH, se reúne toda la materia litigiosa en una sola audiencia, en un solo procedimiento, fortaleciendo las actividades contenciosas de la CorteIDH. Lo anterior lo enfatizó, el 6 de junio de 2006, el presidente de la CorteIDH, Sergio García Ramírez, ante el Plenario de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Santo Domingo. En este informe el Juez Presidente estableció los logros obtenidos por la concentración de fases procesales en una sola audiencia, a continuación se reproduce una parte del citado informe:

*En 1996 --bajo otro reglamento-- la duración promedio en el trámite de un asunto contencioso era de 40.5 meses; hoy es de 21. A ello contribuyen el reglamento vigente y la revisión en el método de trabajo. Anteriormente cada caso transitaba, casi necesariamente, por tres etapas con sus respectivas audiencias y sentencias. Ahora, con un régimen procesal más concentrado, se reúnen --por regla general-- todas las cuestiones y se resuelven en una sola sentencia...*

En virtud de su función consultiva y contenciosa, Ferrer Mac-Gregor sostiene que la CorteIDH “se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno... (su) objetivo central consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior*”.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, t. I, p. 535.

### *Caso Yean y Bosico*

La CorteIDH retomó los criterios asentados en la OC-18/03 en el caso de las niñas Yean y Bosico, sentencia de 8 de septiembre de 2005, y señaló “*que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado*” (párrafo 155).

También determinó que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos. Además afirmó que el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos.

Y resolvió que el Estado violó los derechos a la nacionalidad, al nombre, al reconocimiento de la personalidad e igualdad ante la ley,<sup>251</sup> en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

#### 4.5. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una serie de normas de interpretación, que a continuación se enumeran:

a) Ninguna disposición de la Convención (pero también de las Constituciones y de las leyes) debe ser interpretada en el sentido de que permita al Estado, grupo o persona

---

<sup>251</sup> Consagrados en los artículos 3, 18, 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma.

suprimir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

b) La Convención expresa el “standard mínimo” del contenido protegido por cada uno de los derechos humanos, de manera que las disposiciones de la Convención no podrán ser interpretadas, en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”. El principio del artículo 29 inciso b), exige al intérprete considerar el principio de mayor protección de los derechos humanos, que impone aplicar el derecho interno, antes que el internacional, si el primero contiene una mayor protección a la persona y viceversa.

c) La Convención constituye el “standard mínimo” en el reconocimiento de derechos y libertades, es decir, el referente primario de aquello que debe considerarse como derecho fundamental en el Estado constitucional de Derecho, de manera que sus disposiciones tampoco puedan interpretarse en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Por lo que el intérprete debe tener en mente que el listado de derechos no está cerrado, sino que es un catálogo abierto.

El artículo 30, que se refiere al alcance de las restricciones menciona que: “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En razón del artículo 62.3 de la Convención Americana, la CorteIDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, es decir, es el intérprete natural de dicho instrumento internacional.

#### 4.6. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La CorteIDH, a través de su jurisprudencia, ha establecido diversas directrices interpretativas. En materia consultiva la CorteIDH ha señalado que “la labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros ya los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia”.<sup>252</sup>

Los tribunales internos deben de retomar los criterios expresados por la CorteIDH, ya que esta instancia fue creada por esos mismos Estados con ese fin. Si los Estados no retoman sus criterios, el hecho mismo de su creación sería un sin sentido y una incongruencia del actuar soberano de los Estados.

La CorteIDH señaló que la Convención Americana “se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza esencial, que la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre

---

<sup>252</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994.



los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”.<sup>253</sup>

En el caso *Hilaire*, la CorteIDH indicó que: “al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin, la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención...” Y reiteró los siguientes argumentos de los casos del Tribunal Constitucional e *Ivcher Bronstein*: “los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo a la relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos..., sino también de las normas procesales, tal como la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos... y su implementación colectiva”.<sup>254</sup>

La CorteIDH también ha determinado que los tratados deben de interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe de interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiriera todo “su efecto útil”.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *caso Hilaire, Constantine y Benjamín*, excepciones preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, párrafo 94; *caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 41 y *caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 42.

<sup>254</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Hilaire, Constantine y Benjamín*, *cit.*, párrafos 82 y 83.

<sup>255</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *casos contra Honduras, Caso Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi y Solís Corrales*, párrafo 30.

La Corte señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”.<sup>256</sup>

Cançado Trindade en su voto concurrente en el *caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala* (párrafo 14), señala que, en este caso, la Corte desarrolla el principio de humanidad, también estudiado por el expresidente de la CorteIDH, Pedro Nikken, como un “criterio teleológico de interpretación que podría configurar una suerte de método humanitario, destinado a determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales”.<sup>257</sup>

En el caso *Tibi vs Ecuador*, la CorteIDH valora la relevancia de la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos y señala que: “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección (párrafo 144)”.

---

<sup>256</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafos 164-165.

<sup>257</sup> Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1987, p. 100.

La CorteIDH ha afirmado que es deber de los jueces internos ejercer un “control de convencionalidad”, vigilando la intangibilidad del efecto útil de la Convención Americana; para ello, los juzgadores internos deben tomar en cuenta tanto el tratado mismo como la interpretación de éste por la Corte Interamericana.<sup>258</sup>

Estos criterios deben de aplicarse por los tribunales mexicanos para la garantía de los derechos humanos de migrantes irregulares.

#### 4.7. MÉXICO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio 1945, rige en sus artículos 92 a 96 a la CIJ.<sup>259</sup>

En virtud de la situación en la que se encontraban nacionales mexicanos condenados a pena de muerte en EUA, México tuvo que recurrir ante la CIJ para su defensa.

---

<sup>258</sup> “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Almonacid Arellano y otros*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>259</sup> La Carta entró en vigor el 24 de octubre de 1945. El Estatuto de la CIJ se aprueba el mismo día que la Carta.

Méndez Silva observa que la solicitud de opinión consultiva a la CorteIDH y la presentación del caso ante la CIJ “abrió espacios jurisdiccionales distintos, cada uno con sus respectivas lógicas y enfoques diferentes”.<sup>260</sup> A continuación se referirán los precedentes del caso mexicano.

### *Casos Breard y LaGrand*

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

El 30 de agosto de 1996 por primera vez Breard (contando ya con asistencia de funcionarios consulares) alega violaciones a la CVRC ante el Tribunal Federal de Primera Instancia, solicitando un procedimiento de *habeas corpus*, el cual resolvió negando el recurso.<sup>261</sup>

El 3 de abril de 1998, Paraguay presentó una demanda ante la CIJ contra EUA por violaciones a la CVRC; sometió también una demanda urgente de indicación de medidas provisionales para proteger los derechos de Breard. EUA en el proceso ante la CIJ

---

<sup>260</sup> Así “la CIDH (CorteIDH) inmersa en los avances y la expansión tutelar del régimen sustantivo de los derechos humanos, la CIJ confinada a solventar diferencias con una óptica estrictamente estatal”. Méndez Silva, Ricardo, “El caso Avena y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 976.

<sup>261</sup> Los argumentos para la negativa fueron: 1. La infracción alegada es un defecto procesal y no sustantivo. 2. Puesto que no se había alegado en el procedimiento judicial previo no puede introducirlo ahora en un procedimiento federal de *habeas corpus*. Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos)”, *Alegatos*, México, núm. 41, enero-abril 1999, p. 12.

reconoció que sus autoridades no informaron a Breard de su derecho a la asistencia consular, por lo que la CIJ apreció que este aspecto no estaba en disputa y lo que habría que dilucidar era si la solución pretendida por Paraguay (la *restitutio in integrum*) se encontraba entre los medios de reparación posibles establecidos por la CVRC. La CIJ dictó una serie de medidas cautelares<sup>262</sup> el 9 de abril de 1998; sin embargo, pese a las medidas provisionales, la Corte Suprema de los EUA y el Gobernador de Virginia, James Gilmore, rehusaron dilatar la ejecución. Breard fue ejecutado en Virginia el 14 de abril. El Gobierno de Paraguay, por nota de 2 de noviembre, informó a la CIJ su desistimiento, por lo que el 10 de noviembre de ese año la CIJ ordenó eliminar el caso de las labores del Tribunal.

Posteriormente, en el caso *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)* se alegó la condena a muerte de los hermanos Karl y Walter LaGrand, arrestados en Arizona en 1982, sin que se les hubiese informado sobre su derecho a la asistencia consular. A pesar de que el arresto se dio desde 1982, Alemania intervino en el asunto hasta febrero de 1999, empero sus gestiones fueron infructuosas y Karl LaGrand fue ejecutado el 24 de febrero de 1999. Días después, el 2 de marzo de 1999, Alemania interpuso la demanda contra EUA ante la CIJ. La demanda iba acompañada de una solicitud de medidas provisionales para impedir que Walter LaGrand fuera ejecutado mientras el asunto estuviera pendiente de resolución ante la CIJ. La Comisión de indultos de Arizona, se reunió ese mismo día y aunque se pronunció en contra de la conmutación de la pena, recomendó al gobernador de Arizona un aplazamiento de la ejecución de sesenta días. El gobernador, haciendo caso omiso, autorizó la ejecución de la pena al día siguiente.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> Dichas medidas eran: 1. Que EUA adoptara las medidas necesarias para asegurar que A. F. Breard no fuera ejecutado mientras la CIJ resolvía el caso. 2. Que el gobierno de EUA informara inmediatamente a la CIJ de las acciones que adoptara en cumplimiento de la medida anterior así como del resultado de dichas acciones. *Ibidem*, p. 15.

<sup>263</sup> Pozo Serrano, Pilar, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand”, *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, XVII, 2001, p. 446. En este caso la CIJ dejó al criterio de EUA los medios para permitir el reexamen y revisión de los veredictos de culpabilidad; *cfr.* López-Almansa Beaus, Elena, “Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico vs. Estados Unidos)”, *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, XIX, 2003, p. 425.

En virtud de la urgencia de la situación, la CIJ indicó, el 3 de marzo, medidas provisionales en las que señalaba que los EUA “deben tomar todas las medidas de las que dispongan para evitar que Walter LaGrand sea ejecutado antes de que se haya pronunciado una decisión definitiva en este caso” y añadía que el gobierno estadounidense debía de transmitir dicha orden al gobernador de Arizona.<sup>264</sup> Ese mismo día, Alemania interpuso ante la Corte Suprema de EUA una demanda contra EUA y el Gobernador de Arizona con la finalidad de hacer respetar las medidas provisionales; la demanda fue rechazada por la Corte aduciendo su tardía introducción así como los impedimentos derivados del derecho interno referentes a temas de competencia. Pozo Serrano señala que al igual que el asunto *Breard*, el *Solicitor General* de EUA, expuso la postura oficial según la cual las medidas provisionales indicadas por la CIJ carecen de carácter obligatorio y no pueden constituir la base jurídica de ningún recurso.<sup>265</sup> Walter LaGrand fue ejecutado ese mismo día.

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

#### *Caso Avena y otros nacionales mexicanos*

Tanto México como los EUA son, en tanto miembros de las Naciones Unidas, parte del Estatuto de la CIJ y también son parte de la CVRC, así como del Protocolo Facultativo sobre Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias que acompaña a la Convención (este último fue denunciado en el año 2005 por EUA).

---

<sup>264</sup> *Idem*.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 447.

México presentó la demanda contra EUA ante la CIJ el 9 de enero de 2003, a partir de la inobservancia del derecho de información sobre la asistencia consular en el caso de 54 nacionales mexicanos condenados a pena capital por tribunales norteamericanos de diversas entidades: California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregon. Este asunto se identificó como caso *Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*. En la misma fecha de presentación de la demanda, México hizo una solicitud de medidas provisionales.<sup>266</sup> La audiencia pública en relación a las medidas provisionales se llevo a cabo el 21 de enero de 2003 y las mismas fueron emitidas el 5 de febrero de ese año.<sup>267</sup>

Mientras que en el caso LaGrand, la CIJ estableció que EUA “*should take all measures at its disposal*”, en el caso Avena ordenó que los EUA “*shall take all measures necessary to*”.<sup>268</sup>

La sentencia fue emitida el 31 de marzo de 2004 y en ella se ordenó a EUA revisar y reconsiderar el veredicto de culpabilidad y pena de muerte de 51<sup>269</sup> nacionales mexicanos,

---

<sup>266</sup> México solicitó que: 1. Que EUA adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que ningún nacional mexicano fuera ejecutado. 2. Que EUA adoptara las medidas necesarias para que no se fije ninguna fecha de ejecución a ningún nacional mexicano. 3. Que EUA informara a la Corte de las medidas adoptadas en observancia de las medidas anteriores. 4. Que EUA garantice que no se llevará a cabo ninguna acción que prejuzgue los derechos de México o sus nacionales respecto de cualquier decisión que la CIJ pueda emitir respecto al fondo del asunto. Asimismo, teniendo en cuenta que la CIJ puede dejar a elección de EUA los medios concretos de observar las medidas, como en el caso LaGrand, México solicito a la CIJ que no dejara duda acerca del resultado requerido. *Cfr.* López-Almansa Beaus, Elena, “Las medidas...”, *op. cit.*, p. 425.

<sup>267</sup> Y ordenó tales medidas sólo en relación con los casos de César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Osbaldo Torres Aguilera, reservándose expresamente el derecho de hacerlo en relación con las demás personas enlistadas en la demanda de México si las circunstancias llegasen a requerirlo.

<sup>268</sup> En la traducción castellana, la CIJ en el caso Avena indico que: “Los Estados Unidos de América deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los señores...” Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, V- 2005, pp. 191 y 192.

en virtud de que había violado el derecho a la información sobre la asistencia consular y el derecho a la asistencia consular.<sup>270</sup>

Sin embargo, mientras que la CorteIDH estableció que el artículo 36 de la CVRC está integrado a la *normativa internacional de los derechos humanos*, la CIJ no se pronunció respecto a si el derecho a la información sobre la asistencia consular es un derecho humano; pero sí estableció que la información sobre la asistencia consular podría ser otorgada paralelamente a la lectura de los llamados “Derechos Miranda”.<sup>271</sup> En el caso

Avena se estableció también que la doctrina de la preclusión procesal (*procedural default doctrine*) no se podía hacer valer frente a la violación de los derechos contenidos en el artículo 36 de la CVRC. Gómez-Robledo señala que en este caso la CIJ incurrió en un “lamentable retroceso” en relación con el caso LaGrand.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> En el procedimiento se constató que: Enrique Zambrano Garibi poseía la doble nacionalidad y por ende no podía acogerse a los beneficios del artículo 36; Pedro Hernández Alberto sí había recibido asistencia consular antes de su interrogatorio; y Ramón Salcido era un nacional estadounidense. Por lo anterior, se retiraron estos casos y de los 54 quedaron 51.

<sup>270</sup> La CIJ estableció que el procedimiento de revisión debería de ser judicial, por lo que la clemencia ejecutiva no constituía un recurso que cumpliera con el debido proceso. Se puede ver la sentencia en español en Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, pp.194-196. La versión en inglés puede consultarse en <http://www.icjci.org/presscom/index.php?pr=605&pt=1&p1=6&p2=1> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2008).

<sup>271</sup> Los llamados “Derechos Miranda” comprenden, principalmente, el derecho a guardar silencio, derecho a la presencia de un abogado durante el interrogatorio y el derecho a la asistencia de un abogado a cargo del Estado si la persona no puede pagarlo. Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena...”, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

<sup>272</sup> Debido a que en el caso Avena solamente estableció que “Estados Unidos de América tiene la obligación de permitir la revisión y reconsideración de los casos de estos nacionales por los tribunales internos de Estados Unidos de América, con vistas a determinar si en cada caso, la violación al artículo 36 cometida por las autoridades competentes causó en efecto perjuicio al interesado en el transcurso de la administración de justicia penal; además de indicar que los veredictos de culpabilidad y las penas no pueden ser considerados contrarios al derecho internacional, sino sólo ciertos incumplimientos de obligaciones convencionales que



## CAPÍTULO QUINTO

### LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA GARANTÍA DE DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

Mucho se ha hablado de la justicia constitucional y existen amplios y profundos estudios al respecto, por lo que no se pretende en este trabajo reproducir lo que ya, de forma sobresaliente, se ha expuesto. Simplemente, antes de comenzar este capítulo, se establecerán algunos aspectos generales que puedan servir de base para el análisis que se realizará en los siguientes apartados.

Atienza lanza un reto al mundo jurídico, que adquiere primordial importancia en la justicia constitucional y en la defensa de los derechos humanos:

*El Derecho- también el de los Estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo...Esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico...y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho...no reflejara de alguna forma esa circunstancia...Lo que da sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modesto o más realistas: la lucha contra la injusticia.*

281

---

<sup>281</sup> Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 311 y 312.

Los órganos de justicia constitucional tienen que coadyuvar, a través de sus resoluciones, a la lucha contra la injusticia.

La realidad y la historia nos muestran que la sola legalidad o la legalidad ilegítima pueden llegar a exponer a las personas a graves peligros.

En primera instancia, “la pretensión de legalidad convierte en ilegalidad a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuridicidad. Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos... excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante”.<sup>282</sup> Es aquí donde resalta la importancia de los límites que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a la discrecionalidad de los Estados y que deben de ser ejercidos a nivel interno por los Tribunales supremos.

En esta tesitura, “la legalidad y la ilegitimidad se convierten entonces en instrumentos tácticos, de los que cada cual se sirve conforme le resulte ventajoso en el momento, arrojándolos a un lado cuando se dirijan contra él mismo, y tratando cada uno constantemente de arrancárselos de la mano del otro... También la Constitución se disuelve en sus elementos y en sus posibilidades de interpretación contradictorios”.<sup>283</sup> En un sentido similar al descrito por Schmitt, pero defendiendo a la Constitución como único elemento de unidad al interior de un país heterogéneo esta Zagrebelsky.<sup>284</sup> En el presente trabajo, se comparte la posición de este último autor tomando en cuenta la relevancia de la función constitucional.

---

<sup>282</sup> Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971, p. 46.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>284</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 37-40.

También se ha reconocido que “junto a la seguridad jurídica, hay acuerdo en considerar que existen otras dos razones para fundamentar la legitimidad del derecho y su obligatoriedad moral, dos razones que además se aprecian más fuertes: el origen (democrático) y el contenido (justo) de sus normas. (Resulta que estas) dos razones (están) basadas en hechos de problemática constatación, al menos en tiempos de heterogeneidad social, relativismo axiológico, complejidad jurídica y mala salud democrática, como son los nuestros”.<sup>285</sup>

Se muestran entonces dos problemáticas: 1) la legalidad por sí misma es insuficiente; 2) la legalidad debe ser legítima, pero ¿cómo se logra esa legitimidad en contextos sociales, culturales y económicos heterogéneos, relativos e indiferentes? Y quizás la única respuesta que emerge en este contexto, es que la legitimidad se logra a través del respeto pleno a los derechos humanos de las personas y a nivel interno esta garantía está a cargo de los órganos de justicia constitucional.<sup>286</sup>

La interpretación constitucional se ha definido como “una especie o tipo de la interpretación jurídica, de cuyas características participa, y que se distingue por el objeto específico sobre el que recae (la norma constitucional) que al tiempo proporciona criterios o elementos propios para la propia tarea hermenéutica”.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> García Manrique, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México, 2007, p. 17. Se ha sostenido también que “Si la democracia es el principio de legitimidad interna del sistema, no todo lo que es admisible en el plano de la legalidad constitucional, se convierte en una opción legítima, ni políticamente aceptable...De ahí el importante papel que desempeñan los valores y principios constitucionales como parámetro de la legitimidad...” Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p.98.

<sup>286</sup> Así se habla de “los derechos fundamentales como base permanente de la integración social. Se trata de afrontar los nuevos retos que éstos abren, como sustento de la libertad y de la diferencia pero, al mismo tiempo, como frontera para la represión; como puerta abierta por el Estado constitucional a la multiculturalidad, pero también como espacio de libertad individual frente a cualesquiera culturas”. Cfr. Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, “Introducción”, en Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 2007, pp. 22 y 23.

<sup>287</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 40.

Para Nogueira Alcalá “la justicia constitucional es aquella desarrollada por los diversos tribunales y jueces de todos los órdenes con competencia en materia constitucional y de protección de los derechos fundamentales, mediante las acciones y recursos previstos en la respectiva Constitución y leyes que aseguran la integridad de la Constitución” y visualiza a la jurisdicción constitucional como una especie de la justicia constitucional, esto es, “la jurisdicción constitucional es una forma de justicia constitucional ejercida con la finalidad específica de actuar el Derecho de la Constitución como tal a través de procedimientos y órganos jurisdiccionales. Así la jurisdicción constitucional tiene como meta la defensa de la Constitución, por medio de un Tribunal y de una técnica jurídica que desarrolla un juicio lógico de conformidad y resuelve juridificando los conflictos” es pues “un control jurídico”.<sup>288</sup>

Entonces, la justicia constitucional es la “energía correctora capaz de detener o revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución, provenga tanto de los particulares como del propio poder político”.<sup>289</sup>

En este punto se hace evidente la importancia de la justicia constitucional, como medio idóneo para lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas y en particular, para efectos de este estudio, de migrantes irregulares. Ya que “...al Tribunal Constitucional le corresponde la competencia de la interpretación autorizada en última instancia de los derechos fundamentales”<sup>290</sup> a nivel interno.

Además de que “es la interpretación de la propia Constitución...la vía que resulta más acorde...para el reconocimiento constitucional de derechos no mencionados expresamente

---

<sup>288</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra, Lima, 2006, p. 28.

<sup>289</sup> Castillo Córdova, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007, p. 207.

<sup>290</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, ¿Cómo se interpretan en el Derecho Constitucional alemán los derechos fundamentales?, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 429 y 430.

por la Norma Fundamental. Pero la posibilidad de que esta vía resulta eficaz depende en gran medida del propio texto constitucional, que ha de ofrecer un fundamento jurídico para el reconocimiento de esos nuevos derechos, aunque no los recoja expresamente”.<sup>291</sup> Este es un aspecto importante que será retomado en el análisis posterior de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y del Tribunal Constitucional español.

Pero la cuestión y la realidad no son fáciles y llegan a presentarse diversas complicaciones. En primera instancia,

La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional, que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar...lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal...El Tribunal no debe obsesionarse nunca por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura, porque en una sociedad democrática dotada de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras...<sup>292</sup>

En este tenor es claro que:

Si los legisladores y los constituyentes a los cuales debemos la organización de los diferentes sistemas de justicia constitucional lo realizasen persiguiendo alcanzar sólo el máximo grado de armonía y de racionalidad, deberían probablemente adoptar soluciones que reflejen una oportuna combinación de institutos de varios tipos entre sí. Sin embargo, porque en la mayor parte de los casos, los ordenamientos positivos son el fruto de la extracción de textos normativos, de orientaciones políticas, de influencias culturales, etc., difícilmente reconducibles a criterios racionales estrictos unívocos, es inevitable que en el ámbito de los sistemas que concretamente operan, los institutos allí

---

<sup>291</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, “Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales “no escritos””, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 232.

<sup>292</sup> Tomás y Valiente, Francisco, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 1995, pp. 18 y 19.

previstos en cierta medida sean adaptados, con el objeto de hacer frente a las demandas a las que se tiene que responder de cualquier otro modo.<sup>293</sup>

Así, “con la creación... de los Tribunales Constitucionales hay un claro intento por los legisladores constituyentes de someter la acción política y los órganos del Estado a la disciplina constitucional”.<sup>294</sup>

Por otro lado, “desde la perspectiva de los derechos fundamentales, los ordenamientos nacionales padecen una verdadera inflación de enunciados. Es función del Juez que esa proliferación de enunciados normativos referidos formalmente a un mismo derecho se reduzca a una unidad de un mismo contenido”.<sup>295</sup>

Es importante subrayar aquí el margen de discrecionalidad que existe en la actividad del intérprete constitucional debido al margen de apertura que provocan los valores y principios constitucionales.<sup>296</sup>

---

<sup>293</sup> Pizzorusso, Alessandro, *Justicia, Constitución y pluralismo*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 93 y 94.

<sup>294</sup> González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>295</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, “Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, p. 449.

<sup>296</sup> “...los valores y principios constitucionales provocan un considerable grado de apertura, e impiden en muchos casos que ante un problema constitucional pueda hablarse de una única respuesta correcta. Sin embargo, también hemos indicado que los valores marcan el límite último de la actuación interpretativa. En realidad, realizan una función ambivalente: amplían las opciones interpretativas, y señalan el margen o límite de las mismas. Por ello, creemos que el intérprete constitucional (especialmente, el Tribunal Constitucional) posee un margen de discrecionalidad al realizar su labor, en el sentido de que puede en muchos casos decidir entre varias soluciones, todas de las cuales pueden hacerse derivar de la Constitución. Sin embargo, ello no implica que el Tribunal caiga en la mera arbitrariedad o el decisionismo. Para evitar ese peligro, la interpretación debe ir acompañada de una serie de cautelas, las cuales son en nuestra opinión generales, y aplicables por igual a cualquier sistema constitucional. Dichas cautelas constituyen al mismo tiempo una fuente de legitimidad de las decisiones del Tribunal”. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores...*, *op. cit.*, Madrid, 1997, p. 364.

Otra complicación aparece cuando se quieren establecer vínculos entre las jurisprudencias nacionales, ya que:

La comunicación entre jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de un margen de elasticidad, es decir, de discrecionalidad...Admitiendo que existan buenas razones a favor del diálogo entre las jurisprudencias, si las decisiones de los tribunales estuvieran rígidamente vinculadas al cuadro interno y sin márgenes de apreciación, esas buenas razones caerían sobre terreno estéril...Los argumentos contra la Constitución viviente se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible por la interpretación evolutiva. Separarse de los orígenes –se dice- significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de la Justicia Constitucional.<sup>297</sup>

En lo concerniente a Latinoamérica se reconoce que, “en ningún continente del mundo se han expedido tantas Constituciones como en Latinoamérica (Venezuela ha proclamado desde 1811 hasta hoy 25 constituciones diferentes, las que a su vez han sido sometidas a numerosas reformas parciales; República Dominicana se ha dado 32 constituciones). La función primaria de una Constitución, la creación, mantenimiento de un consenso sobre los fines y formas del poder político, no la ha podido cumplir la mayor parte de estos textos con tan corta vida”.<sup>298</sup> En México, aunque la Constitución data de 1917 ha sido reformada en demasiadas ocasiones.<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad...*, *op. cit.*, p.752.

<sup>298</sup> Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. Marcela Anzola Gil, Dykinson, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002, p. 44.

<sup>299</sup> Véase <http://www.diputados.gob.mx> (fecha de consulta: 01 de junio de 2009).

En lo relativo a la justicia constitucional, en Latinoamérica se encuentran los tribunales constitucionales creados específicamente para ejercer en exclusiva la jurisdicción constitucional, pero los mismos se pueden clasificar de la siguiente forma:

- a) Tribunales y Cortes Constitucionales que se han establecido dentro o fuera del Poder Judicial, como ha sucedido en Guatemala, Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia;
- b) Salas Constitucionales establecidas dentro de las Cortes Supremas de Justicia, sea con potestad decisoria propia como las Salas Constitucionales de Costa Rica, El Salvador, Paraguay Venezuela; o con potestad decisoria limitada por la regla de la unanimidad, como sucede en el caso de la Sala Constitucional de Honduras; y,
- c) Cortes Supremas de Justicia que ejercen la jurisdicción constitucional, sea teniendo una Sala Constitucional como entidad ponente, como sucede en Nicaragua, o ejerciendo sus competencias en Pleno, compartidas con las competencias de casación, como sucede en Brasil, Panamá, Uruguay y México. También se pueden considerar como Tribunales Constitucionales, los tribunales ordinarios cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como sucede por ejemplo en Argentina, Brasil, Perú, Colombia y Venezuela; o cuando conocen las acciones de amparo, como sucede en casi todos los países sudamericanos.<sup>300</sup>

En el lado europeo, el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha afirmado que el sistema de valores de la ley fundamental tiene su punto central para la comunidad social en la

---

<sup>300</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos fundamentales”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad ...*, op. cit., pp. 764 y 765. El mismo autor habla del derecho ciudadano a la supremacía constitucional, *ibidem*, p. 765.



dignidad. La dignidad aparece así como el valor constitucional supremo. También es característica la formulación de la dignidad como el fin supremo de todo el Derecho.<sup>301</sup>

En cuanto a la jurisdicción constitucional de los Länder, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bávaro, bajo la referencia del asunto Nawiasky, para la conformación del artículo 100 de la Constitución de Baviera, maneja ciertas ideas claves: “el hombre como persona es portador de los más altos valores morales y espirituales, personifica su propio valor intrínseco que no se puede perder...la dignidad de la persona es un valor interior, y al mismo tiempo, valor social y pretensión de respeto que corresponde al hombre por sí mismo”.<sup>302</sup> En sentido, ya mencionado, la dignidad de los migrantes irregulares no puede condicionarse a su nacionalidad ni estatus migratorio.

En cuanto a la interpretación de los derechos humanos en Alemania, “...el Tribunal Constitucional federal reconoce y opera sobre la proporcionalidad como principio constitucional independiente...el principio de proporcionalidad no sólo es medida de control en orden a la constitucionalidad de las leyes que tratan de *limitar los derechos fundamentales*, sino que interviene fuertemente, además, en la aplicación de leyes en sí mismas. Una ley puede satisfacer en su contenido el deber de limitación proporcional del derecho fundamental, sin embargo, su aplicación quedará sujeta igualmente en casos concretos, una vez más, al deber de proporcionalidad”.<sup>303</sup>

Díaz Revorio se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en cuanto a que los resultados de la interpretación han de ser “reforzados y controlados por la aplicación del

---

<sup>301</sup> Cfr. Häberle, Peter, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>302</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 188.

<sup>303</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, ¿Cómo se interpretan en el Derecho Constitucional alemán los derechos fundamentales?, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad...*, *op. cit.*, pp. 430 y 431.

que suele llamarse elementos sociológico, integrado por aquella serie de factores – ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico”,<sup>304</sup> pero también menciona que “la realidad social no es ella misma productora de normas, sino que se limita a inspirar la interpretación de las ya existentes”.<sup>305</sup>

## 5.1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO: EXPERIENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

El Poder Judicial Federal (PJF) como intérprete de la ley puede ampliar o restringir sus alcances y cuando esa ley contiene derechos humanos, el intérprete puede ampliar o restringir el ejercicio de los mismos.

Como se mencionó, existen algunas regulaciones acerca de la exigencia a los extranjeros de comprobar su legal estancia en el país para la celebración de ciertos actos frente a autoridades federales, locales, municipales, notarios públicos, corredores de comercio y jueces del registro civil (artículos 67 y 68 LGP y 149 a 151 del Reglamento de la LGP). Este requisito ha sido objeto de controversia ya que se cuestiona su constitucionalidad y es contrario a los derechos humanos de migrantes.

El PJF, en tesis aisladas, estableció el alcance del precepto 67 reafirmando el respeto irrestricto a los derechos de las personas, independientemente de su condición migratoria regular o irregular y señaló que aun cuando no se cumpla con el requisito del artículo 67 de la LGP (demostrar la legal estancia en el país) los no nacionales tienen capacidad para ejercitar acciones o hacer valer excepciones en juicio. Además, precisó que en caso de no

---

<sup>304</sup> En este sentido STS de 21 de noviembre de 1934 y de 24 de enero de 1970. *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores...*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 128.

reconocerle dicha legitimación se violarían las garantías previstas en los artículos 14, 16<sup>306</sup> y 17<sup>307</sup> constitucionales, porque, en virtud de los artículos 1 y 33 constitucionales, todo extranjero se encuentra legitimado para denunciar o querellarse<sup>308</sup> y tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales establecidos.<sup>309</sup> En reciente tesis el PJJ determinó que los trabajadores extranjeros con independencia de su situación migratoria tienen los mismos derechos laborales que los trabajadores nacionales con base en artículos de la CIPTMF.<sup>310</sup>

Y en una destacada jurisprudencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)<sup>311</sup> afirma que la CIPTMF está por encima de la LGP y por ello los trabajadores extranjeros, con situación migratoria regular o irregular, tienen los mismos derechos que los nacionales ante los tribunales y no podrán ser privados de ellos por su situación irregular; así también los empleadores no quedarán exentos de obligaciones jurídicas o contractuales, ni éstas podrán limitarse por la irregularidad.<sup>312</sup>

---

<sup>306</sup> Tesis VIII.2o.36 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero 1995, p. 222.

<sup>307</sup> Tesis I.3o.C.681 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1727.

<sup>308</sup> Tesis XX.2o.13 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, marzo 2001, p. 1740.

<sup>309</sup> Tesis VIII.2o.6 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, abril 1995, p. 151.

<sup>310</sup> Tesis III.1o.T.97 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2457.

<sup>311</sup> Esta jurisprudencia fue resuelta en la contradicción 96/2007-SS entre las tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo del Tercer Circuito y Segundo del Cuarto Circuito, ambos en Materia de Trabajo, de la que derivó la tesis 2a./J. 230/2007.

<sup>312</sup> Tesis 2a./J. 230/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 221.

Con estos criterios se observa un lento proceso de apertura del PJJ hacia los instrumentos internacionales y las jurisdicciones internacionales de protección de derechos humanos.

## 5.2 RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN INTERAMERICANOS EN LAS RESOLUCIONES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL: OPTIMIZACIÓN DE LA GARANTÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE MIGRANTES IRREGULARES

Para fortalecer la interpretación de los derechos humanos en el PJJ es necesaria la aplicación inexcusable del principio *pro homine o pro persona*. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, ha establecido las implicaciones del principio *pro homine*, así como su obligatoriedad en aras de la protección de la persona y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano.<sup>313</sup>

Se considera que las directrices básicas que el PJJ debe de tomar en cuenta, en materia de derechos humanos, son: a) el juez nacional debe de aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México,<sup>314</sup> b) toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*; c)

---

<sup>313</sup> Estableció: “el principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria”. Tesis: I.4o.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, Febrero de 2005, p. 1744. Previamente esta posición se sostuvo en: Tesis I.4o.A.441 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, Octubre de 2004, p. 2385.

<sup>314</sup> Si sólo utiliza el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que conlleve responsabilidad internacional al Estado mexicano.

dar cumplimiento a las normas de *jus cogens*<sup>315</sup> de derechos humanos; d) la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional;<sup>316</sup> y, e) paralelamente al control de constitucionalidad se debe de realizar el *control de convencionalidad*.<sup>317</sup>

Las anteriores directrices aún no han sido incorporadas plenamente en México, a diferencia de otros países que sí lo han hecho contundentemente, entre los que se encuentran Colombia, Argentina, Perú, Guatemala y Bolivia. En el siguiente apartado se hará referencia a estas resoluciones.

Se estima que con la incorporación de estos criterios en las resoluciones del PJJ se daría un paso adelante en la protección de los derechos humanos de migrantes en México; lo cual sería parte de un ejercicio de congruencia entre lo que exigimos para nuestros nacionales en EUA y lo que les ofrecemos a los migrantes en nuestro país.

### 5.3. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA EN LA RECEPCIÓN DE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y LOS DERECHOS DE MIGRANTES

A diferencia del lento proceso mexicano, algunos tribunales supremos americanos incorporan en su interpretación constitucional y legal, normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CorteIDH, como a continuación se verá. Algunos de sus criterios, aunque no se relacionan directamente con derechos humanos de migrantes, indican la forma en que se debe de interpretar la Constitución en consonancia

---

<sup>315</sup> Normas imperativas de Derecho Internacional previstas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>316</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 365.

<sup>317</sup> Abordado en el punto 4.6.

con los instrumentos internacionales ratificados por un país, es decir, indirectamente se dice: 1) cómo interpretar instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CIPTMF y el PCTIM; y, 2) cuál debe ser la actuación de los órganos jurisdiccionales en relación a los instrumentos internacionales, lo cual por analogía se puede aplicar a México.

### *Corte Suprema de Argentina*

En el caso *Ekmekdjian*, la Corte Suprema de Argentina sostuvo, que “la interpretación del Pacto (de San José o Convención Americana) debe...guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1)”.<sup>318</sup>

La Corte Suprema estableció la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado y ha resaltado la necesidad de que implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales.<sup>319</sup>

### *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*

Esta Sala consideró que “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

---

<sup>318</sup> Corte Suprema argentina, *caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, considerando 21, fallo 315:1492, 7 de julio de 1992, *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p.15.

<sup>319</sup> Corte Suprema argentina, *caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, considerando 22: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto (de San José de Costa Rica) deben de considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”.<sup>320</sup> Con esto la Sala Constitucional le da fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la CorteIDH, entre ellas a la OC-16/99 y la OC-18/03 que protegen derechos humanos de migrantes irregulares.

Anteriormente se mencionó que una sentencia de este Sala Constitucional había dispuesto que las opiniones consultivas sí tienen fuerza vinculante:

*Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación”.<sup>321</sup> Y hace notorio que “la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país...<sup>322</sup>*

Costa Rica se ha caracterizado por una integración extensiva y progresiva en materia de derechos humanos, hay diversas muestras de ello. Así se encuentra la prohibición de

---

<sup>320</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, número 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII, *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit, p. 37.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>322</sup> *Ibidem*, considerando VIII, p. 39.

prácticas discriminatorias a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>323</sup>

### *Corte Constitucional de Colombia*

En su sentencia C-148/05, la Corte se refiere al bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*. El primero comprende no sólo la Constitución sino también otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional; y el segundo incluye otras normas que aunque no tengan el rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de disposiciones sometidas a su control.

Así, “sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción..De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con... el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio *pro homine*...”<sup>324</sup>

Esta interpretación reviste de importancia ante instrumentos internacionales como la CIPTMF y el Pacto contra el Tráfico Ilícito de Personas.

---

<sup>323</sup> Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, consulta 98-005381-007-CO-S, consulta preceptiva de constitucionalidad en relación al proyecto de reforma al inciso 5 del artículo 14 de la Constitución Política, 11 de agosto de 1998, *Diálogo Jurisprudencial...*, *op. cit.*, número 2, enero-junio de 2007, pp. 7-10.

<sup>324</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-148/05, demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “grave”, del artículo 10, numeral 1, y “graves” contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, 22 de enero de 2005, *ibidem*, pp. 175 y 179.



### *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*

En una sentencia innovadora la Sala planteó la vinculación axiológica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Constitución. Así, en el caso de inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, la Sala consideró que:

*... Ésta (la Constitución) –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad. En definitiva, el (artículo) 144, (inciso) 2, (de la Constitución) conectado con la concepción personalista del Estado –(artículo) 1º y Preámbulo-, de la cual se deriva la regla hermenéutica a favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos. Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de la Constitución y que hagan posible el establecimiento de las fructíferas directrices para una más expansiva y humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución...corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona...En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el (derecho internacional de los derechos humanos), en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.<sup>325</sup>*

### *Tribunal Constitucional del Perú*

---

<sup>325</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit., número 1, pp.158-161.

En el expediente 010-2002-AI/TC, el Tribunal enfatiza la necesidad de interpretar la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, lo cual es exigido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.<sup>326</sup> Como se mencionó este Tribunal enfatiza el concepto de dignidad humana.<sup>327</sup>

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador planteó la vinculación axiológica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Constitución y estimó que:

(la Constitución) –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad...<sup>328</sup>

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

---

<sup>326</sup> Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento X, 10.2, 104, *ibidem*, p. 104.

<sup>327</sup> *Ibidem*, fundamento XV, 218, p. 86.

<sup>328</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, *ibidem*, pp.158-161.

En mi opinión una de las resoluciones más relevantes del Tribunal Constitucional, es la del expediente N2730-2006/PA/CT, en donde se enfatizan diversos aspectos, que se procederán a mencionar:

a) En lo que se refiere a la fuerza normativa de la Constitución: Es inherente a la dimensión jurídica de la Constitución la capacidad de exigir, jurisdiccionalmente su cumplimiento. Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control, supone sostener con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. En definitiva, una sociedad con una Constitución a la que no se suma el control jurisdiccional orientado *ad hoc* a asegurar su plena vigencia, en realidad, no tiene Constitución. Este criterio es relevante en virtud del contenido de la Constitución mexicana por la cual todas las personas que se encuentren en territorio nacional, ya sean mexicanos o extranjeros gozan de las garantías que la misma otorga (artículos 1 y 33 de la Constitución mexicana).

b) Criterios de interpretación constitucional: los principales criterios de interpretación constitucional son los de unidad y concordancia práctica, el primero de los cuales exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente, y el segundo, resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones “optimizando” su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que, en última instancia, *todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana* (artículo 1 de la Constitución).

c) Tratados internacionales sobre derechos humanos y Constitución: interpretación: se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: *la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconoce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder*. En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de

los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales. Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente “mínimo indispensable” en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional a su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta”.<sup>329</sup>

#### *Corte Suprema de los Estados Unidos de América*

Nikken habla de la necesidad de una interpretación evolutiva que tenga en cuenta “la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones” y no duda en afirmar que “la interpretación del derecho ha sido un vehículo para extender el alcance de la protección ofrecida por un tratado sobre derechos humanos...la interpretación evolutiva o dinámica...en el ámbito de los derechos humanos, representa una nueva manifestación de progresividad”<sup>330</sup>, sin embargo esto no ha sido así, aunque debería de serlo en el caso de la Corte Suprema de EUA.

---

<sup>329</sup> Tribunal Constitucional de Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, Caso de Arturo Castillo Chirinos, 21 de julio de 2006, *ibidem*, número 2, pp. 275-300.

<sup>330</sup> Nikken, Pedro, *La protección internacional...*, *op. cit.*, pp. 94, 95 y 97. Guastini define a la interpretación evolutiva a aquella que “rechazando o, en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido”; pero “no es necesariamente extensiva ni necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto

Se considera importante enfatizar que los EUA como Estado parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), está sujeto a las obligaciones impuestas por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, entre otros derechos, garantiza el derecho a la vida,<sup>331</sup> al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. Y también está sujeto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual ratificó el 8 de junio de 1992.

El Poder Judicial estadounidense ha abordado casos vinculados con el tema del presente estudio.

En el caso *INS v. López-Mendoza*,<sup>332</sup> estableció que los indocumentados gozan de manera limitada de la protección judicial resultante de la cuarta enmienda<sup>333</sup> de la Constitución estadounidense.<sup>334</sup>

En *United States v. Verdugo-Urdiquez*, la Corte desestimó la defensa presentada por el acusado, argumentando que la cuarta enmienda no protege al indocumentado, ya que interpreta el vocablo “las personas” que se reitera a la vez en la primera y segunda

---

una extensión cuanto una reducción del campo de aplicación de una determinada ley” *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>331</sup> Según datos aportados por la Patrulla Fronteriza de EUA entre 1998 y 2004, murieron 1,954 personas al intentar cruzar la frontera entre México y Estados Unidos. Párrafo 52 del Informe Anual 2004 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm#\\_ftn3](http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm#_ftn3) (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

<sup>332</sup> Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense”, *Revista de Derecho Privado*, México, mayo-agosto de 2002, pp. 70-72.

<sup>333</sup> La cual establece: “La protección de las personas para tener seguridad sobre sí misma, su domicilio, papeles y bienes, en contra de cateos u aprehensiones arbitrarias, no deberá ser violada, a menos que estén previamente autorizadas. Toda orden deberá estar basada en pruebas idóneas, juradas o declaradas bajo protesta de decir verdad y detallando el lugar donde se practicara el cateo, así como determinándose la persona o cosa que será aprehendida”.

<sup>334</sup> El arresto de López Mendoza había sido ilegal por lo que se supondría que toda prueba obtenida durante la detención ilegal sería inválida. Sin embargo, la Corte sostuvo que el indocumentado no tiene derecho a reclamar la protección de la cuarta enmienda constitucional y admitió tales pruebas.

enmiendas como “aquellos individuos que son parte de la comunidad nacional o que de alguna manera han desarrollado suficiente conexión con este país, como para ser considerados parte de la comunidad”.<sup>335</sup>

La Corte Suprema de EUA ha establecido en varios precedentes, que la quinta enmienda<sup>336</sup> protege al indocumentado, pero sólo en determinadas y limitadas circunstancias.<sup>337</sup>

Otro interesante caso es el de *Jones vs. Alfred Mayer Co.*,<sup>338</sup> en el cual el señor Jones presentó una demanda alegando que el demandado estaba violando la Ley de Derechos Civiles<sup>339</sup> cuando se rehusó a venderle una casa en un fraccionamiento privado, por la única y exclusiva razón de su raza. La Corte Suprema, después de una larga discusión, resuelve que no se puede discriminar con base en la raza del demandante. La tesis que la Corte sustentó se centra en la distinción entre discriminación por raza y discriminación por nacionalidad. Aceptando y permitiendo la discriminación con base en la nacionalidad pero

---

<sup>335</sup> Verdugo-Urquidez, ciudadano mexicano que viviendo en territorio mexicano fue detenido ilegalmente en su casa por agentes federales estadounidenses que lo llevaron arbitrariamente a EUA, para ser procesado por el delito de tráfico de drogas. Verdugo-Urquidez alegó que las evidencias obtenidas en su contra por los agentes no debían ser admitidas en el proceso penal, ya que tales pruebas habían sido obtenidas ilegalmente. *Cfr.* Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos..., *op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>336</sup> Esta enmienda establece que: “Ninguna persona... podrá ser privada de la vida, libertad o derechos sin el debido procedimiento...” garantizando a todo individuo el disfrutar de los mismos derechos (*Equal protection clause*) y obliga a la autoridad a que cumpla con los requerimientos del procedimiento previamente establecido (*Due process clause*).

<sup>337</sup> El caso *Haitian Refugee Center vs. Smith*, en el cual se presenta una demanda de grupo (*class action*) en contra de autoridades migratorias, reclamando que el INS había instituido un programa de deportación de haitianos, sin revisar la aplicación de asilo de ninguno de los deportados y sin ninguna protección o garantía constitucional. El tribunal estableció el derecho de las autoridades migratorias a deportar automáticamente al indocumentado, condicionando estas deportaciones solamente a que el procedimiento de deportación fuera parcial y justo. *Cfr.* Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos..., *op. cit.* p. 77.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>339</sup> La sección 981 del título 42 de esta ley, emanada de la decimotercera enmienda constitucional establece que “todas las personas que estén dentro de la jurisdicción de los EUA tendrán los mismos derechos en cada uno de los estados y territorios para firmar y obligar a que se cumplan los contratos, para demandar, para ser parte, rendir pruebas, y tener la misma protección y beneficios que la ley otorga, así como los procedimientos para la protección de su persona y propiedades deberán tramitarse de la misma manera...”

prohibiendo la discriminación con base en la raza, en virtud de que ésta es inmutable, mientras la nacionalidad puede cambiar.<sup>340</sup>

También existen algunas resoluciones interesantes en materia educativa.<sup>341</sup> A continuación se analizarán dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia norteamericana de gran trascendencia y controversia en el tema que ocupa la presente tesis: casos Hoffman y Medellín.

#### Caso Hoffman Plastic Compounds, INC. v. NLRB

Es relevante mencionar una resolución de la Corte Suprema de EUA del 27 de marzo de 2002, el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board (NLRB)*,<sup>342</sup> en su decisión la Corte consideró que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato debido a su estatus migratorio

---

<sup>340</sup> Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos...”, *op. cit.* pp. 79 y ss.

<sup>341</sup> En el caso *Pyle vs Joe* en 1982 la Corte Suprema invalidó un Estatuto de Texas que “retenía los fondos para la educación de indocumentados y facultaba a los distritos escolares locales a negar la inscripción de migrantes indocumentados”, pero Méndez Silva establece los motivos por los cuales esta resolución no es digna de festejarse. Méndez Silva, Ricardo, “La iniciativa 187...”, *op. cit.*, pp. 391 y 392.

<sup>342</sup> La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató a José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió a Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de Apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema, la cual adoptó su decisión por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría (junto con el juez Stevens, Souter y Ginsburg), estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los EUA, que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interpongan recurso o acción cuando sus derechos sean violados. El voto de mayoría se encuentra en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZO.html> y el voto disidente en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/00-1595P.ZD> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2009).

irregular. También mencionó que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB reconocer el pago de salarios caídos<sup>343</sup> a extranjeros ilegales perjudicaría la política federal de inmigración; mientras que la opinión de la minoría estableció que la decisión adoptada debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados.

Decisiones como la anterior, en lugar de desalentar la inmigración ilegal, constituyen medidas que hacen más barato y más atractivo para los empleadores contratar a trabajadores migrantes indocumentados. Esta resolución viola el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (del cual EUA es parte) y es contraria a normas de *jus cogens* de derechos humanos. Además de que es cuestionable una política que no protege los derechos laborales de migrantes en situación irregular, pero se beneficia económicamente de su explotación laboral.<sup>344</sup>

### Caso Medellín vs Texas

---

<sup>343</sup> Bajo la ley de NLRB los salarios caídos constituyen una medida por la cual el empleador compensa al trabajador el pago que hubiera recibido por el trabajo hecho, si no hubiera sido despedido injustificadamente. Cfr. Brooks, Tekila, “Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte”, *Expediente Cívico*, León, año 8, núm. 20 y 21, 2000, p.38.

<sup>344</sup> A partir del caso *Hoffman*, el derecho de compensación de un trabajador depende del estado en que viva. En dos estados, Pennsylvania y Michigan, las Cortes han decretado que los trabajadores no autorizados no pueden pretender recibir salarios caídos relacionados con accidentes laborales. Cfr. *Sánchez/Vázquez vs. Eagle Alloy*, 658 N.W. 2d 510 (2003) leave to appeal denied, 684 N.W. 2d 342 (2004); *The Reinforced Earth Company v. Workers' Compensation Appeal Board*, 810 A. 2d 99 (Pa. 2002). Lo anterior es ofensivo cuando un informe de la *Associated Press* reveló que en EUA un mexicano muere cada día en su trabajo. Cfr. Pritchard, Justin, *A Mexican Worker Dies Each Day, AP Finds, NEWSDAY*, March 14, 2004.



Anteriormente se hablo del Caso Avena ventilado ante la CIJ. Al principio los resultados de la sentencia del caso Avena fueron positivos.<sup>345</sup> El Presidente Bush, el 28 de febrero de 2005, tomó la medida de ordenar, a través de un Memorándum dirigido al Procurador General de los EUA, que dicho país cumpliría sus compromisos internacionales en el caso Avena, mediante la solicitud que se hiciera a las cortes estatales; pero al mismo tiempo denunció, el 7 de marzo de 2005, el Protocolo Facultativo número dos de la CVRC concerniente a la obligatoriedad de las resoluciones de los conflictos de la CVRC claramente con la finalidad de evitar otros casos Breard, LaGrand y Avena.

Esta situación de relativo respeto al fallo de la CIJ se modificó en el caso Medellín vs Texas.

El 25 de marzo de 2008 la Corte Suprema de EUA rechazó, en el asunto de José Ernesto Medellín Rojas vs Texas, la revisión de los casos de imposición de la pena de muerte sin proporcionar los derechos contenidos en el artículo 36 de la CVRC, bajo el argumento de que no existen mecanismos internos para cumplir el fallo de la CIJ y que la resolución del caso Avena no era derecho doméstico.

En términos generales la sentencia de la Corte Suprema de EUA sostiene que el fallo Avena no es directamente aplicable como derecho interno en los tribunales estatales y que

---

<sup>345</sup> Al respecto Gómez-Robledo reseña el caso de Osbaldo Torres, a quien se le fijó fecha de ejecución tres semanas antes del fallo de la CIJ en el caso Avena. México denunció el acto como violatorio a las ordenanzas de medidas provisionales; pero la CIJ en su fallo sostuvo que correspondía a EUA encontrar un recurso de reparación adecuado. El 13 de mayo de 2004 la Corte de Apelaciones Criminales del estado de Oklahoma decretó la suspensión indefinida de la ejecución de Osbaldo Torres y ordenó una nueva audiencia al nivel de una Corte de Distrito para revisar ciertas pruebas. Uno de los jueces, el juez Chapel en una opinión concurrente manifestó que conforme a la cláusula de supremacía del derecho integral consagrada en el artículo 6 de la Constitución de los EUA, la facultad de gobierno federal para celebrar tratados es independiente y superior a las facultades de los estados federados. Ese mismo día el Gobernador de Oklahoma decidió conmutar la pena de muerte por cadena perpetua. Gómez-Robledo, Juan Manuel, "El Caso Avena...", *op. cit.*, pp. 217- 219.

el camino que escogió el Presidente Bush a través de su memorándum tampoco constituye derecho federal que sea ejecutable por las cortes estatales. La mayoría de la Corte Suprema maneja argumentos incongruentes, inválidos e ilógicos,<sup>346</sup> pero no sorprende esta situación ya que, como se refirió, en diversas ocasiones la Corte Suprema ha negado derechos a los migrantes; esta situación se agudiza cuando hablamos de migrantes que presuntamente han cometido un delito o cuando se trata de migrantes irregulares.<sup>347</sup>

---

<sup>346</sup> Como ejemplos de este tipo de argumentos manejados por la mayoría se encuentran: a) que el Estatuto de la CIJ prevé resolver conflictos entre naciones, no individuos y específicamente las decisiones de la CIJ no tienen fuerza vinculante excepto entre las naciones, por lo que la resolución del caso Avena no constituye automáticamente derecho federal que obligue a las Cortes estatales; Medellín es un individuo por lo que no puede ser considerado parte de la resolución Avena (aunque él sea uno de los 51 nacionales mexicanos protegidos por la sentencia de la CIJ); b) que el Protocolo número 2 sólo es un base para jurisdicción pero no obliga a cumplir con los fallos de la CIJ ya que no tiene previsto un mecanismo de ejecución; c) el artículo 94 de la Carta de la Naciones Unidas no reconoce una obligación sino un compromiso de carácter moral; d) aunque EUA haya violado el derecho internacional, para que el fallo de la CIJ sea obligatorio para las Cortes estatales se requiere que el Congreso emita legislación por la cual se explicita en la mayor medida posible dicha obligación o deber, esto con base a que la mayoría diferencia entre los tratados *self-executing* y los *non-self-executing*, por lo que se requiere que el tratado diga o de a entender que es autoaplicativo. El voto disidente de los jueces Breyer, Souter y Ginsburg empiezan su voto mencionando la cláusula de supremacía del derecho internacional en la Constitución norteamericana: *The Constitution's Supremacy Clause provides that "all Treaties . . . which shall be made . . . under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby"* (Art. VI, cl. 2). A lo largo de su voto disidente, que tiene una extensión similar a la de la sentencia y cuenta con un apéndice, contraargumenta brillantemente los razonamientos de la mayoría. El juez Stevens voto con la mayoría, pero hizo un voto concurrente en el que menciona que: *"When the honor of the Nation is balanced against the modest cost of compliance, Texas would do well to recognize that more is at stake than whether judgments of the ICJ, and the principled admonitions of the President of the United States, trump state procedural rules in the absence of implementing legislation. The Court's judgment, which I join, does not foreclose further appropriate action by the State of Texas"*. Véase la sentencia completa del caso Medellín vs Texas, así como el voto disidente y concurrente en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-984.pdf> (fecha de consulta: 28 de abril de 2008). Un interesante estudio sobre el voto disidente del Juez Breyer y sobre los criterios interpretativos aplicados por la Corte Suprema norteamericana antes del caso Medellín, se encuentra en: González Alcántara, Juan Luis, "La Suprema Corte de Estados Unidos y el derecho internacional. El caso Medellín vs Texas del 25 de marzo de 2008", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. Conmemorativo del sexagésimo aniversario, 2008, pp. 439-467.

<sup>347</sup> Así, se señala que situaciones como ésta nos permiten entender la variada capacidad de los Estados para implementar las normas de derechos humanos, nos permite además saber qué podemos esperar de ellos. *Cfr.* Rodríguez Huerta, Gabriela, "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en Courtis Cristian/Hauser, Denise/Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey, México, 2005, p. 243. En cuanto a la forma de ejecución de las sentencias de la CIJ, la Carta de la ONU, en su artículo 94.2, establece "si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo". Mientras que el artículo 23.1 de la misma Carta indica "el Consejo de Seguridad se compondrá de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad". Claramente se puede ver que todo culmina en un problema político y de juego de fuerzas, porque no hay una

En México, la Secretaría de Relaciones Exteriores, mediante comunicado 082, de 31 de marzo de 2008, dio a conocer que presentó una nota diplomática ante el Departamento de Estado de EUA por la decisión de la Suprema Corte de Justicia de ese país en el caso Medellín.<sup>348</sup>

Medellín fue ejecutado el 5 de agosto de 2008. A pesar de lo que sostiene la Corte Suprema americana, y según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, privar de la vida a alguien cuando en el procedimiento judicial no se le brindó el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye una privación arbitraria de la vida. Alexy da una versión resumida de la fórmula de Radbruch y señala que: “las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”;<sup>349</sup> el caso Medellín es un claro ejemplo.<sup>350</sup>

Independientemente de la cuestionable resolución de la Corte Suprema de EUA, no se puede omitir que resulta incongruente que en México, como se ha reiterado en este trabajo, se niegue el derecho a la asistencia consular a migrantes irregulares cuando México ha sido uno de los países defensores de este derecho en la jurisdicción internacional y regional.

---

igualdad real en seno de las Naciones Unidas. En el Consejo de Seguridad los 5 miembros permanentes con derecho de veto limitan o impiden cualquier iniciativa de ejecución de un fallo de la CIJ cuando la parte que incumple es uno de ellos o un Estado “amigo”.

<sup>348</sup> [http://www.sre.gob.mx/csocal/contenido/comunicados/2008/mar/cp\\_082.html](http://www.sre.gob.mx/csocal/contenido/comunicados/2008/mar/cp_082.html) (fecha de consulta: 28 de abril de 2008).

<sup>349</sup> Alexy, Robert, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008, p. 269.

<sup>350</sup> México hizo una solicitud de interpretación de la sentencia del caso Avena, en ella solicitaba que la CIJ ordenara que EUA ofreciera garantías de no repetición. La CIJ rechazó la petición. El Juez Sepúlveda-Amor votó en contra de 3 (de 5) resultandos de la CIJ. Request for interpretation of the judgment of 31 march 2004 in the case concerning *Avena and other mexican nationals (Mexico vs. United States of America)*, judgment 19 January 2009. <http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14939.pdf?PHPSESSID=8239216dac9d16b167e88083d81408c4> (fecha de consulta: 30 de abril de 2009).

## *Corte Suprema de Canadá*

La Corte Suprema de Canadá que en el caso *Dunmore vs. Ontario* decidió que era inconstitucional en la provincia de Ontario negar a los trabajadores agrícolas el derecho de organizarse en un sindicato. Dicha decisión de la Corte está basada en dos principios constitucionales canadienses: el derecho de asociarse y el derecho a la no discriminación. En el caso *Lavoie v. Canada*, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Canadá estableció que la preferencia dada a los ciudadanos canadienses en los concursos para empleos en el servicio público federal discrimina por motivo de ciudadanía y por lo tanto viola la sección 15(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*).<sup>351</sup>

En este capítulo se ha pretendido reflejar las diferentes formas en las que los tribunales supremos en América abordan la problemática de los migrantes, así como la forma en que los órganos encargados de la justicia constitucional están interpretando la Constitución y los instrumentos internacionales.

---

<sup>351</sup> *Cfr.* Brooks, Tekila, “Últimos avances...”, *op. cit.*, pp. 36-37.

## CONCLUSIONES

El tema de la migración irregular es complejo y puede ser abordado desde distintas perspectivas. En la presente tesis, el análisis se centró en la perspectiva jurídica con un profundo análisis desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pero sin olvidar la reflexión multidisciplinaria del fenómeno.

A continuación, se establecerán las conclusiones de esta investigación:

1. El diagnóstico realizado demostró que los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados en México. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Además revela que no basta el Derecho interno mexicano para asegurar el respeto a los derechos de sus nacionales y menos, de los extranjeros que se encuentran en su territorio.
2. México es un país marcado por la desigualdad y la mala distribución de la riqueza. Entre otros factores, la pobreza impide que los derechos humanos sean universales. La pobreza ha excluido a vastos sectores de población del goce y ejercicio de sus derechos. La migración se erige, en múltiples ocasiones, como la única opción ante la falta de oportunidades.
3. A nivel legislativo, hace falta una reforma integral del marco jurídico mexicano en materia migratoria que le de uniformidad y congruencia con los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía, así como con su actuación internacional. La armonización legislativa es deficiente y lejana de los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, esta situación genera y perpetúa las violaciones a los derechos humanos en nuestro país, genera impunidad y dificulta el cumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene México. A los legisladores federales les ha faltado voluntad política para asumir y sacar adelante las reformas que necesita nuestro país en materia de trata de personas, migración y asilo-refugio. La Ley General de Población es una ley superada por la realidad y por la problemática social, por ello debe ser abrogada y sustituida por una ley integral que regule humanamente los aspectos migratorios. La sola despenalización de la

migración irregular que realizó nuestro país en julio de 2008 es insuficiente y carece de perspectivas.

4. A nivel de la Administración Pública Federal, el Plan y los Programas de Gobierno se erigen como “catálogos de buenos deseos” que se contraponen ante las acciones realizadas. No se han transversalizado los derechos humanos en las políticas públicas mexicanas. Los funcionarios públicos encargados de la protección de los derechos de migrantes han sido irresponsables e incluso, por acción o por omisión, han vulnerado los derechos que tendrían que defender. Aunado a ello los niveles de corrupción al interior de las instituciones impiden que se garantice jurídicamente los derechos de migrantes irregulares.
5. Aunque México ha tenido un papel relevante en la protección internacional de los derechos de migrantes, ha sido incongruente en su actuación internacional y nacional. México debe dejar de vulnerar los derechos humanos de migrantes.
6. Con base en la OC-16/99 se debe de garantizar el derecho a la información sobre la asistencia consular como un elemento constitutivo del debido proceso legal.
7. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH, se debe enfatizar que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando sus leyes de inmigración no supone la pérdida de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus políticas de migración y deportar a los migrantes indocumentados; pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tienen las personas: su vida, libertad y dignidad. Hay que reprobarnos las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella. Es urgente además que en México se diseñen mecanismos eficaces de acceso a la justicia para los migrantes.
8. Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos, muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos. Por ello, es necesario

que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno, tanto por las autoridades como entre particulares. Los poderes públicos deben de garantizar, interpretar y aplicar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Es necesario que la justicia constitucional mexicana interprete los derechos humanos de migrantes irregulares siguiendo el principio *pro homine* o *pro persona*. Aunque a nivel jurisdiccional, México ha tenido avances en esta materia, aún dista mucho de la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A la par del control de constitucionalidad debe de realizarse el control de convencionalidad.

9. Es importante recordar que existen jurisdicciones nacionales e internacionales de derechos humanos ante las que se puede acudir. Aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de renuencia que las consideran atentatorias a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éstas tienen frente a la jurisdicción interna de los Estados. Las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional deben ser de complementariedad, de armonía y no de tensión como ha sucedido en algunos casos.
10. Actualmente se observa incapacidad para solucionar las causas estructurales de la migración, lamentablemente en México se sigue viendo a la migración como un problema de seguridad y no de desarrollo humano. Estamos inmersos en un círculo vicioso que no se ha comprendido: a más desigualdad, más miseria, más desempleo, más falta de oportunidades, más migración, más medidas restrictivas, más violaciones a los derechos humanos, más desigualdad y miseria. El reto es grande, la igualdad, la educación, empleo y vida digna para todas las personas, así como la observancia cabal de los derechos humanos, aún parecen una utopía difícil de realizar. Sin embargo, hay que actuar, ya no podemos seguir esperando.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.
- AA. VV. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006.
- AA. VV. *Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid.
- AA. VV. *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.
- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- ADDIECHI, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005.
- ÁNDRES IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.



BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1987.

BUSTAMANTE, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969.

CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007.

CASTLES, STEPHEN Y MILLER, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Cámara de Diputados, México, 2004.

CORNELIUS, WAYNE, et. al. (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, 2a. ed., Stanford University Press, Standford, 2004.

CORTÉS RODAS, Francisco y GIUSTI, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de Antioquia/Pontificia Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007.

COURTIS, Cristian/ HAUSER, Denise/RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey, México, 2005.

DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 2007.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

-----, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo Y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales. justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

----- y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La jurisdicción internacional. derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003.

- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- , *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, México, 2005.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trads. Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Lima, Lima, 1997.
- y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, 2007.
- IANNI, Octavio, *La sociedad global*, 5ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2007.
- IBARRA PALAFOX, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- IBARRA ROMO, Mauricio y MELGAR ADALID, Mario (coords.), *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Madrid, 2006.

KLIKSBERG, Bernardo (comp.), *La agenda ética pendiente de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Inter-American Development Bank, Buenos Aires 2005.

KÜNG, Hans, *Una ética mundial para la economía y la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

LEÓN Y RAMÍREZ, Juan Carlos Y MORA VELÁZQUEZ, Salvador (coords.), *Ciudadanía, democracia y políticas públicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

LÖSING, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. Marcela Anzola Gil, Dykinson, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

MOREIRA GONZÁLEZ, C.J. (coord.), *Derecho Internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", Marcial Pons, Madrid, 2006.

MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

NIETO NAVIA, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Unión Europea, San José, 1994.

NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, Madrid, 1987.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra, Lima, 2006.

-----, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

PARSONS, Wayne, *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 301-316.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio, *Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Trotta, Madrid, 2007.

PIZZOLO, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, EDIAR/Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro, *Justicia. Constitución y pluralismo*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

RODRÍGUEZ, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Bienes, Derechos Reales y Posesión*, 7a. ed., México, Porrúa, 1991.

- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- SALDAÑA, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.
- , *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.
- SILVA CARREÑO, Jorge Armando, *Derecho Migratorio Mexicano*, Porrúa, México, 2004.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007.
- SOLANA, Fernando (coord.), *América Latina XXI: ¿Avanzará o retrocederá la pobreza?*, Parlamento Latinoamericano, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- TOKMAN, Víctor, *Una voz en el camino. Empleo y equidad en América Latina: 40 años de búsqueda*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2004.
- VALLARTA PLATA, José Guillermo, *La protección de los derechos humanos. Régimen internacional*, Porrúa, México, 2006.
- VALCÁRCEL, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, temas de hoy, Madrid, 2002.
- VIGO, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª. ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007.

## HEMEROGRAFÍA

BROOKS, Tekila, "Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte", en *Expediente Cívico*, León, año 8, núm. 20 y 21, 2000.

CARBONELL, Miguel, "¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?", *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006.

*Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, y número 2, enero-junio de 2007.

GARCÍA QUIÑONES, Rolando y MONTES RODRÍGUEZ, Norma, "La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras", *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002.

GARZA SALINAS, Mario, "Protección civil y participación ciudadana", *Gaceta mexicana de administración pública estatal y municipal. El gobierno y la gestión municipal en México*, Instituto Nacional de Administración Pública, número 65, 2002.

GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel, "El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, V- 2005.

GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis, "La Suprema Corte de Estados Unidos y el derecho internacional. El caso Medellín vs Texas del 25 de marzo de 2008", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. Conmemorativo del sexagésimo aniversario, 2008.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Elena, "Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico vs. Estados Unidos)", *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, XIX, 2003.

MAGALLÓN GÓMEZ, M. Guillermina, "Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense", en *Revista de Derecho Privado*, México, mayo-agosto de 2002.

MORALES SÁNCHEZ, Julieta, "Despenalización de la migración irregular en México: análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008", en *Criminalia*, México, Año LXXIV, núm. 2, mayo-agosto 2008.

-----, "Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos" en Derechos Humanos México, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 3, número 7, 2008.

OJEDA, Norma, "Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones", *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, Colegio de la Frontera Norte.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos)", *Alegatos*, México, núm. 41, enero-abril 1999.



## ***INFORMES, PLANES Y PROGRAMAS***

### **ORGANISMOS INTERNACIONALES**

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, Visita *in loco* a México, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, 29 diciembre 2003.

Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre 2005.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias correspondiente al periodo entre enero y diciembre del 2005, 27 febrero 2006.

Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2005 de la Organización Internacional para las Migraciones.

Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2008 de la Organización Internacional para las Migraciones.

Informe Poverty Reduction and Growth: Virtuous and Vicious Circles (Reducción de la pobreza y crecimiento: Ciclos virtuosos y círculos viciosos), del Banco Mundial  
Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados "Tendencias Globales" 2008.

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009.

### ***ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA***

Informe 2000 de la Oficina del Censo de Estados Unidos de América.

Informe sobre la Trata de Personas 2008 del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

### ***MEXICO***

Informe de México ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares el 18 de noviembre de 2005.

Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.

Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012.

Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012.

Programa Nacional de Población 2008-2012.

Segundo Informe de Gobierno del Ejecutivo Federal, 1º de septiembre de 2008.

Quinto Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes en Tránsito por México, Humanidad Sin Fronteras.

Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana.

Informe de Actividades de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2007.

Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes 2009 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

### ***Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos***

Recomendaciones 214/1993, 23/2004, 48/2004, 05/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006, 33/2006, 01/2007, 17/2007, 25/2007, 29/2007, 35/2007, 36/2007, 63/2007, 64/2007, 65/2007, 06/2008, 24/2008, 28/2008, 40/2008, 48/2008, 51/2008, 1/2009, 17/2009 y 29/2009.

## ***INSTRUMENTOS INTERNACIONALES***

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Convención Europea sobre Derechos Humanos.

Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Convención sobre la Esclavitud.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas.