



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO

“GARANTÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA
MTRA. JULIETA MORALES SÁNCHEZ

COMITÉ TUTORAL

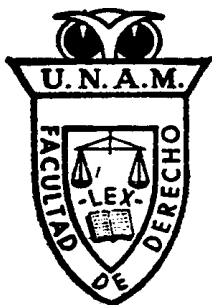
TUTOR PRINCIPAL: DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

COTUTORES: DR. ROSALÍO LÓPEZ DURÁN

DR. RICARDO MÉNDEZ SILVA

DR. FRANCISCO A. IBARRA PALAFOX

DR. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO



México, D. F.

Noviembre 2011



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.

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta tesis es producto de muchos esfuerzos. La colaboración de muchas personas permitió que este sueño se hiciera realidad. Debo reconocer que el presente apartado es el que más me ha costado escribir de toda la tesis. Cómo agradecer con palabras lo que no puede expresarse con palabras. Así que haré un intento, el cual 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 y que han sido determinantes en mi formación académica y en mis estudios doctorales. 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 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 Comité tutorial: Doctores Sergio García Ramírez, Ricardo Méndez Silva, Rosalío López Durán, Francisco Ibarra Palafox y José Antonio Sánchez Barroso. Gracias por las sesiones enriquecedoras y arduas; gracias por todas sus sugerencias y comentarios que, sin duda, fortalecieron mi investigación. Es un honor para mí ser su discípula y haberme formado bajo la luz de sus conocimientos. Me siento privilegiada de haber trabajado con un Comité de tan alto nivel. Gracias por permitirme aprender de ustedes; fueron mi sostén en este proceso, sin ustedes no lo hubiera logrado.

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 por ser mi padre académico, mi mentor, mi maestro.

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 al Dr. Ruperto Patiño Manffer, a la Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano, a la Lic. Guadalupe Mandujano Camacho. Gracias por su apoyo determinante en mis estudios doctorales.

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 a la Dra. Mónica González Contró, a todo su personal académico y administrativo, gracias. Sin duda, el Instituto es mi segunda casa y entre sus paredes he aprendido infinidad. Gracias por ser mi hogar desde hace más de 8 años y enseñarme lo maravillosa que es la investigación jurídica, así como los retos que tenemos por delante.

A la División de Universidad Abierta y Educación a Distancia de la Facultad de Derecho de la UNAM, a la Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, a la Mtra. María Teresita González Martínez, a la Lic. Luz María Islas Colín, a Grissel, a Quetita y a todo el personal académico y administrativo de la División, es un orgullo ser parte de ustedes.

Gracias a mis padres Julieta Sánchez Ozuna y Jorge Morales Ruiz y a mis hermanos Alberto Antonio Morales Sánchez y Jorge M. Morales Sánchez, porque sin ustedes, nada de esto tendría sentido. Gracias por su amor incondicional, fortaleza, consejos y ejemplo; por ser mis compañeros inseparables en muchas batallas. Gracias por apoyarme, escucharme, enseñarme y estar a mi lado siempre. A la Dra. Emma Mier Vizcaíno, amiga, confidente, cómplice y más; gracias por su orientación y consejos permanentes. A la Sra. Asminda Manjarrez, que me ha cuidado en el D. F. desde mis primeros veranos. Gracias a Fernando Castellanos que me ha enseñado lo relativas que pueden ser las distancias y lo mucho que se puede lograr y alcanzar cuando se lucha; gracias porque eres determinante en mi presente. Gracias a todas y todos por su amor, inspiración y fortaleza. Gracias por haberle apostado a mis proyectos y por creer en mí.

A mis amigas y amigos, David, Luis, César, Jorge, Ricardo, Mireya, Laura, Silvestre, María Elena, Carolina, Fabiola, Paco, Elia, Lore, Blanqui, Toño, Paloma, Rosa, Holly, Gonzalo, Maria José, Angélica y Liliana. No sé que haría sin ustedes; son lo máximo, las y los quiero mucho.

A mis alumnas y 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. Como saben, la tarea no termina con el Doctorado; por el contrario, apenas comienza...

**GARANTÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES
IRREGULARES POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN pág.

PRESENTACIÓN

1. Presentación de la investigación.....	10
2. Planteamiento del problema.....	11
3. Justificación.....	13
4. Delimitación.....	18
5. Objetivos.....	18
6. Formulación de la hipótesis, variables e indicadores.....	19
7. Metodología, teorías, conceptos metodológicos y diseño de la prueba.....	20
8. Perspectiva de género como categoría de análisis y abordaje metodológico.....	22

CAPÍTULO PRIMERO

Marco teórico-conceptual

1. Derechos humanos, fundamentación y praxis.....	28
2. Los derechos en América: un primer acercamiento.....	33
3. Dignidad humana.....	36
3.1. En torno a la idea de “dignidad humana”.....	36
3.2. Dignidad humana y pobreza: ¿universalidad de los derechos humanos?.....	38
3.3. Democracia y dignidad humana.....	44
3.4. Las fronteras territoriales frente a la dignidad humana.....	46
4. Derechos humanos, minorías e igualdad.....	52
5. Derecho a la igualdad y no discriminación.....	57
6. Los derechos humanos frente al poder público y sus límites.....	62
7. Derecho internacional y derecho interno: ¿rivalidades decimonónicas?.....	67

CAPÍTULO SEGUNDO

Migración irregular y derechos humanos

	pág.
1. De los procesos migratorios y sus realidades.....	71
1.1. Migración.....	71
1.2. Migración regular e irregular.....	74
1.3. Situación actual de la migración internacional.....	75
1.4. Migración y derecho.....	84
1.5. El nuevo concepto de soberanía ante el Derecho internacional de los derechos humanos y la migración.....	86
1.6. El carácter voluntario de la migración irregular.....	88
1.7. Causas de la migración irregular internacional.....	90
1.8. Estado de necesidad y migración irregular.....	94
1.9. ¿Ciudadanía migrante?: relación entre derecho y derechos.....	98
1.10. Modelos de integración: respuesta de los países frente a la migración.....	100
1.11. La migración en América.....	103
2. Del Derecho americano en materia migratoria.....	134
2. 1. Argentina.....	135
2.2. Colombia.....	138
2.3. Costa Rica.....	139
2.4. Ecuador.....	144
2.5. El Salvador.....	146
2.6. Estados Unidos de América.....	146
2.7. México.....	163

CAPÍTULO TERCERO

Derecho internacional de los derechos humanos de migrantes

1. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno: complejidades de una relación evidente.....	172
2. Instrumentos internacionales de derechos humanos relativos directamente a migrantes.....	183
2.1. <i>Soft law</i>	183

	pág.
2.2. Tratados internacionales de derechos humanos.....	186
2.2.1. Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.....	187
2.2.2. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire...	212
3. Jurisprudencia internacional.....	214
3.1. Corte Internacional de Justicia.....	215
3.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	222
3.3. Normas y directivas de la Unión Europea.....	230
3.4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	241
3.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	251
3.5.1. Consultiva.....	253
3.5.2. Contenciosa.....	264

CAPÍTULO CUARTO

La justicia constitucional frente a los derechos

1. Estado constitucional de Derecho: un breve planteamiento.....	269
2. Control constitucional: tipos y aproximaciones.....	269
3. La justicia constitucional frente a los derechos humanos.....	274
4. Constitución y derechos en América.....	279
5. Procesos constituyentes recientes en América.....	282
6. La justicia constitucional en América.....	282
6.1. Argentina.....	282
6.2. Colombia.....	289
6.3. Costa Rica.....	296
6.4. Ecuador.....	301
6.5. El Salvador.....	302
6.6. Estados Unidos de América.....	308
6.7. México.....	314
7. Interpretación de los derechos humanos.....	320

CAPÍTULO QUINTO

Protección de los derechos humanos de migrantes por la justicia constitucional y recepción del Derecho internacional de los derechos humanos

1. La justicia constitucional frente a la dignidad.....	330
1.1. Alemania.....	332
1.2. España.....	335
1.3. Argentina.....	343
1.4. Colombia.....	345
1.5. Costa Rica.....	346
1.6. Ecuador.....	347
1.7. El Salvador.....	348
1.8. México.....	349
2. Jurisprudencia constitucional sobre derechos humanos de migrantes.....	350
2.1. Privación arbitraria de la vida.....	350
2.2. Integridad personal.....	354
2.3. Acceso a la justicia y debido proceso legal.....	355
2.4. Asistencia consular.....	359
2.5. Protección a la salud.....	360
2.6. Condiciones de trabajo.....	361
2.7. Otros derechos sociales y migración.....	363
3. Control de convencionalidad: análisis de su ejercicio por los órganos de justicia constitucional.....	370
4. Diálogo entre la jurisdicción nacional e internacional para la protección de derechos de migrantes: ¿tensión o complementariedad?.....	394
5. Principio de igualdad y no discriminación en la actividad de los órganos de justicia constitucional vinculada a migrantes irregulares y sus implicaciones como norma de <i>jus cogens</i>	407

NOTA PROSPECTIVA Y CONCLUSIONES:**Construcción de un marco para la interpretación de los derechos humanos
de migrantes irregulares por la justicia constitucional**

1. Conclusiones.....	438
2. Directrices de interpretación que permiten la mejor tutela de los derechos humanos de migrantes irregulares por la justicia constitucional.....	442
2.1. Principio <i>pro persona</i>	442
2.2. Criterios establecidos por el Derecho internacional de los derechos humanos.....	447
2.3. Requisitos que deben cumplir las sentencias emitidas por los órganos de justicia constitucional desde la perspectiva de los derechos humanos.....	453
3. Retos y perspectivas de la justicia constitucional como mecanismo de garantía de los derechos humanos de migrantes irregulares en América.....	456
4. Propuestas para el fortalecimiento de la justicia constitucional como garantía de los derechos de migrantes a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos: sistemas concentrados, difusos e híbridos.....	457
COLOFÓN: Los derechos humanos de migrantes indocumentados: ¿en el límite de la utopía?.....	461
ANEXOS	468

FUENTES

INTRODUCCIÓN

El mundo actual tiene muchos retos por delante, uno de ellos es el cumplimiento cabal de los derechos humanos de migrantes indocumentados.

La tesis que el lector tiene en sus manos abordará la posición y actuación de los órganos de justicia constitucional en 7 países americanos frente a la migración irregular a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. Con lo anterior, se pretende analizar la recepción de criterios internacionales en tribunales internos en torno a derechos humanos de migrantes irregulares y, posteriormente, asentar propuestas que coadyuven a la garantía de los derechos.

La investigación se estructura en cinco capítulos, antecedidos por la presentación de la investigación --que contiene el marco metodológico de la misma--; y concluye con el apartado “Nota prospectiva y conclusiones” que concentra las propuestas derivadas.

En el primer capítulo se establece el marco teórico-conceptual de la investigación. Posteriormente, el segundo capítulo, se divide en dos subapartados: el primero, relativo a “los procesos migratorios y sus realidades” y en él se encuentra el análisis fáctico- sociológico de las migraciones; y el segundo, “del Derecho americano en materia migratoria”, se centra en el análisis jurídico estricto de la regulación migratoria. El capítulo tercero se avoca al Derecho internacional de derechos humanos de migrantes. En el capítulo cuarto se encuentra el análisis en torno al papel de la justicia constitucional como garantía de los derechos. El capítulo quinto, entra al estudio de la protección de los derechos humanos de migrantes por la justicia constitucional y la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, después de la nota prospectiva y conclusiones, se encuentra el colofón que busca responder si el cumplimiento cabal de los derechos humanos de migrantes indocumentados --en el complejo mundo que vivimos y con los resultados arrojados por la investigación-- se encuentra en el límite de la utopía.

Esta investigación ha buscado analizar y brindar soluciones jurídicas viables a la grave problemática que representan las violaciones a los derechos humanos de migrantes indocumentados, partiendo del análisis de la interacción constitucional-convencional a la luz del principio *pro persona*.

Las migraciones no disminuirán mientras no se combatan las causas estructurales que les dan origen; mientras tanto, los órganos de justicia constitucional deben prevenir, sancionar y reparar las violaciones a los derechos de migrantes irregulares en un diálogo armónico con la justicia internacional.

PRESENTACIÓN

1. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En diversos países existe un déficit en el ejercicio y la protección de los derechos humanos. La situación se agrava en el caso de migrantes irregulares o indocumentados que carecen de autorización para ingresar y permanecer en el país receptor o de tránsito. La falta de una garantía jurídica eficiente y eficaz para migrantes irregulares en esta materia --durante su estancia, aseguramiento y repatriación-- trae como consecuencia graves violaciones a sus derechos humanos. A través de un estudio de casos nacionales americanos se pretende analizar el papel que la justicia constitucional ha tenido en este campo y proponer mecanismos para optimizar la garantía jurídica de los derechos de este grupo de personas.

Espacialmente, la investigación se limita al ámbito americano.¹ Por ello es necesario explicar, desde una visión general, cómo se ha desarrollado la justicia constitucional² en este contexto. Así, se afirma que es en nuestro Continente en donde se han expedido más constituciones.³ Esta situación, así como la reforma constante de la estructura orgánica y funcional de los órganos de control constitucional, aunado al contexto histórico y sociocultural, deben ser tomados en cuenta en un estudio jurídico como el que aquí se plantea.⁴

¹ Sin dejar de lado algunas referencias a países europeos que arrojen directrices en algunos rubros en los cuales América no haya entrado en análisis, como es el caso de Alemania y España.

² Fix-Zamudio se refiere al carácter genérico de la justicia constitucional y la define como el conjunto de mecanismos dirigidos a la obtención de la garantía de las disposiciones fundamentales. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2001, pp. 284-291.

³ Cfr. Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. Marcela Anzola Gil, Dykinson, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002, p. 44.

⁴ Hay dos grandes tendencias actualmente; la primera tiene que ver con el “ánimo, propósito y accionar tendente a simplificar o reducir la explicación de las cosas de la naturaleza (incluso lo humano, lo social y lo cultural) a elementos muy básicos, que permitan contener en pocas teorías la posibilidad de explicar fácilmente el mayor número de hechos. A este teoría o paradigma se le denomina paradigma de la reducción o de la disyunción”. Por otra parte, existe el paradigma contrario, que “reconoce la complejidad de la naturaleza, de lo humano, lo social y lo cultural y en tal sentido elude los reduccionismos y plantea la posibilidad de considerar el mayor número de variables; a este paradigma se le ha calificado como de la complejidad”. Así, se ha afirmado que la complejidad “parece ser el paradigma del futuro, al menos del futuro inmediato, ya que puede sustituir la especialización y 'parcelarización' del conocimiento”. Este estudio se adscribe a esta última teoría. López Durán, Rosalío, “De la reducción a la complejidad: acercamiento a una perspectiva de las teorías del proceso cognoscitivo” en AA.VV. *Epistemología y Derecho*, UNAM, Posgrado en Derecho, Instituto de Investigaciones Económicas, México, 2009, pp. 228 y 231.

En este marco se insertan los derechos humanos que, contenidos en las Constituciones y leyes nacionales, son interpretados y aplicados por los órganos de justicia constitucional. Con las resoluciones de estos órganos se puede ampliar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos, sobre todo en un campo tan delicado como el que concierne a los migrantes irregulares, cuyos derechos son violados de forma cotidiana y sistemática.

La justicia constitucional, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH o Corte Interamericana), debe de realizar no sólo el “control de constitucionalidad” sino también el “control de convencionalidad”. Éste reviste gran importancia, en cuanto coadyuva a la plena garantía de los derechos de este grupo de personas.

Por otro lado, existe y actúan, con creciente impacto, jurisdicciones internacionales que conocen en forma subsidiaria y complementaria de las violaciones a derechos humanos cometidas en los Estados parte de los instrumentos internacionales que crean dichas jurisdicciones. En virtud de que este estudio se centra en América, las reflexiones de este apartado se limitarán particularmente a la Corte Interamericana.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se han abierto las fronteras entre los Estados para facilitar el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones; pero la situación cambia sustancialmente cuando se trata del libre tránsito de personas.⁵

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) establece que, a pesar de la interconexión que viven las sociedades en materia de comercio, tecnología e inversión, 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. Ésta es una de las causas por la que millones⁶ de personas se ven forzadas a migrar en busca de trabajo y de mejores condiciones de subsistencia.

⁵ Mientras que en la Unión Europea el tránsito de personas entre los Estados miembros es esencial; no se puede olvidar los problemas que se generan con la entrada irregular de individuos que no pertenecen a la Unión.

⁶ La Organización Internacional para las Migraciones, en su *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2008*, señala que el número de migrantes asciende a 200 millones de personas. <http://www.iom.int/jahia/Jahia/newsArticleEU/lang/es/cache/offonce?entryId=20343> (fecha de consulta: 23 de agosto de 2010).

La migración regular genera problemas complejos, ya que en ocasiones se violentan los derechos de las personas que legalmente y con autorización del Estado receptor o de tránsito, permanecen en el territorio de éstos. La situación se agrava cuando los migrantes no poseen la documentación necesaria, ni la autorización del país en cuestión. Aunado a lo anterior, tómesese en cuenta que la mayoría de los migrantes irregulares se trasladan en condiciones infrahumanas y de clandestinidad.

Además, en la dinámica migratoria actual se observa que el número de migrantes indocumentados aumenta, aunque persistan y se endurezcan las medidas para su detención.

Si bien es cierto, los países americanos viven con distinta intensidad el fenómeno migratorio y buscan resolverlo u organizarlo con diversas herramientas jurídicas. Algunos de ellos han sumado las directrices que constan en tratados internacionales sobre la materia y las que emiten los órganos encargados de su interpretación. Pero en otros países, se percibe una fuerte contradicción entre los compromisos de los Estados contraídos internacionalmente en ejercicio de su soberanía y las políticas públicas, legislación y resoluciones jurisdiccionales en el interior de su territorio. En muchos casos no se ha considerado que los derechos violados por acciones u omisiones de los gobiernos o de particulares (ante el consentimiento tácito u omisión del Estado) implican transgresiones del *jus cogens*.⁷

En este contexto, resalta la importancia de los órganos de control jurisdiccional de la constitucionalidad que se encargan, como última instancia interna, de interpretar y aplicar las normas sobre derechos humanos. Una interpretación extensiva, progresiva y acorde con los criterios internacionales, puede ser una garantía trascendente para la protección de aquéllos.

Las complicaciones actuales de la economía introducen factores relevantes para la complejidad y gravedad del fenómeno migratorio.⁸ Según datos de la CEPAL, en 2009, América Latina y el Caribe experimentaron una caída del producto por habitante del 3% en el contexto de una crisis internacional generalizada. Dicha contracción afectó a la mayoría de los países de la región, en especial a El Salvador, Honduras, México, el Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela. También se produjo un deterioro de la situación laboral, con una caída de la tasa de ocupación del

⁷ Este aspecto se analizará *infra*.

⁸ En esta investigación se estudiarán datos sobre diversos fenómenos. En este sentido “la experiencia no es una ciencia, si bien toda la experiencia es susceptible de ser tratada científicamente. La teoría no es un apartarse de los datos de la experiencia; consiste en captarlos y trascenderlos”. *Cfr.* Hernández Gil, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, p. 39.

55.1% al 54.6% y un aumento del desempleo del 7.3% al 8.2%. Así, la incidencia de la pobreza alcanzó a un 33.1% de la población de la región, incluido un 13.3% en condiciones de pobreza extrema o indigencia. Estas cifras se traducen en 183 millones de personas pobres y 74 millones de indigentes. La CEPAL también establece que, entre 2006 y 2009, los alimentos se encarecieron, en promedio, casi dos veces y media más de lo que se encarecieron los productos no alimenticios.⁹ La situación descrita puede generar un incremento en la migración que comprende a más de 25 millones de personas en América.¹⁰

3. JUSTIFICACIÓN

El problema que se pretende abordar es relevante en el contexto actual. Como se dijo, en muchos puntos geográficos se presentan violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares. Sin duda, los Estados tienen la potestad de regular sus fronteras, determinar sus políticas de migración y deportar a migrantes indocumentados; pero también es obligación de todo Estado proteger los derechos de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción. La observancia de los derechos humanos no se puede condicionar a un documento, trámite administrativo o estatus migratorio. Por ello es necesario verificar la constitucionalidad y convencionalidad de ciertos actos, omisiones y leyes de la autoridad, así como sus efectos en perjuicio de los derechos humanos de las personas que se encuentran en el territorio de un Estado.

Asimismo, los Estados también han suscrito, en ejercicio de su soberanía, instrumentos internacionales de derechos humanos que deben respetar, independientemente de la jerarquía normativa que cada Estado les otorgue.

Es innegable la relación que existe entre el desempeño amplio y eficaz de la justicia constitucional y el efectivo ejercicio de los derechos del individuo. Por ello es necesario fortalecer los órganos en los que se deposita la justicia constitucional y que por esta vía coadyuvan al goce y ejercicio de los derechos humanos.

Es indispensable indagar la temática de la migración irregular y proponer estrategias para su regulación desde una visión respetuosa de los derechos humanos. Sólo así se podrá avanzar a una

⁹ *Panorama Social de América Latina 2010*, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/41799/PSE2010-Cap-I-pobreza-preliminar.pdf> (fecha de consulta: 10 de enero de 2011).

¹⁰ *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe. Síntesis y conclusiones*, LC/G.2303(SES.31/11), CEPAL, 9 de marzo del 2006, p. 1.

ordenación pacífica y humana de los flujos migratorios, lo cual permitirá una mejor convivencia, tanto entre los miembros de una sociedad multicultural como entre los Estados. En este orden, se requiere investigar el papel que tiene la justicia constitucional en la protección de los derechos humanos de migrantes indocumentados y analizar el nivel de protección que ofrecen los sistemas concentrados, difusos o híbridos.

En la investigación propuesta se hará un estudio de sentencias relevantes emitidas por los órganos de justicia constitucional en relación a derechos humanos de migrantes vinculados a cuestiones teóricas específicas. América se integra por 35 países¹¹ y de ellos se seleccionaron a siete --a los cuales se referirá en específico este estudio-- con base en dos criterios: 1) la incidencia del fenómeno migratorio en su realidad nacional y jurídica; y, 2) el sistema de control de constitucionalidad prevaleciente. Con ello se pretende conocer cuáles son los elementos que determinan la protección a migrantes. Por ejemplo, si un sistema de control constitucional difuso garantiza de mejor forma los derechos de migrantes que un sistema de control constitucional concentrado o híbrido; o si la protección depende del número de migrantes, es decir, un país con menor intensidad migratoria protege mejor los derechos de migrantes que un país con alto índice migratorio (de emisión, recepción y tránsito) o si estos factores son irrelevantes para la protección que se brinda.

Los países seleccionados son: Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América (en adelante, EUA) y México.

En estos países reside más de la mitad de la población total de América.¹² Cada uno de ellos ofrece particularidades importantes en las características del fenómeno migratorio. Según la CEPAL, El Salvador (14.5% del total de su población), México (9.4 %),¹³ Ecuador (4.8%) y Colombia (3.4%) son los países de mayor emigración del Continente; EUA sigue siendo el destino preferido (más de 18 millones de su población es latinoamericana); Costa Rica y Argentina se mantienen como los principales destinos de la migración intraregional

¹¹ Además existen 23 dependencias, 3 departamentos franceses y un Estado libre asociado a Estados Unidos de América.

¹² Aproximadamente 500 millones de personas viven en estos 7 países, de un total de más de 900 millones de personas que habitan el Continente americano.

¹³ Aunque como se mencionó, además de ser un país de origen, también es un país de tránsito y receptor de migrantes.

(respectivamente, 7.5% y 4.2% de la población nacional de cada uno de estos países es inmigrante).¹⁴

En lo que concierne al sistema de control constitucional prevaleciente se harán algunos señalamientos que condujeron a la selección.

En Argentina rige el control de constitucionalidad difuso.¹⁵ Se cuenta con una interpretación constitucional marcadamente progresiva y extensiva de los derechos de la persona. No vive el fenómeno migratorio de forma semejante a otros países considerados en este trabajo.

En Colombia existe una Corte Constitucional y mecanismos de control difuso, como el control por vía de excepción de inconstitucionalidad. Por ello algunos autores sostienen que el sistema colombiano es híbrido o mixto.¹⁶

Costa Rica posee una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia que se encarga del control de constitucionalidad¹⁷ y cuenta con un avanzado sistema nacional de protección de derechos humanos.

Se presenta una situación especial en el caso de Ecuador, en virtud de que su actual Constitución fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 24 de julio de 2008, se sometió a referéndum el 28 de septiembre y entró en vigor el 20 de octubre de ese año. La Constitución, en sus artículos 429 al 440, regula la estructura y funciones de la Corte Constitucional. Esta Constitución incorpora nuevos elementos dignos de análisis en el tema que ocupa este proyecto.

El Salvador posee una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia que se encarga del control constitucional¹⁸ y, por disposición del artículo 183 de su Norma Fundamental, esta Sala es el único tribunal competente en la materia.

EUA, el país desarrollado del continente, es el destino o receptor por excelencia, lo cual se refleja en la composición multicultural de su sociedad. Aquí opera un sistema de control constitucional

¹⁴ *Migración internacional, derechos humanos...*, cit., pp. 7-16.

¹⁵ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 111.

¹⁶ Cfr. Osuna Patiño, Néstor, *Constituciones iberoamericanas. Colombia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 112.

¹⁷ Cfr. Hernández Valle, Rubén, *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 110; y Peza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción constitucional costarricense", *Justicia constitucional comparada*, UNAM, México, 1993, pp. 141-142.

¹⁸ Cfr. Fortín Magaña, René, *Constituciones iberoamericanas. El Salvador*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 105.

difuso, desde la famosa sentencia del Juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison*.¹⁹ Hay diversas sentencias de la Corte Suprema así como de las Cortes estatales relacionadas con derechos humanos de migrantes. EUA no es parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En México, el fenómeno migratorio adquiere caracteres diversos debido a que es un país de origen, destino y tránsito de migrantes. Dicha circunstancia hace aún más complejo el fenómeno migratorio, tanto en la frontera sur con Guatemala y Belice, como en la frontera norte con EUA. En México imperaba un modelo de control constitucional concentrado, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 30 de diciembre de 1994 y por el Acuerdo General número 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), de 21 de junio de 2001.²⁰ A partir de la resolución del expediente Varios 912/2010 en julio de 2011 parece irse construyendo en ese país un sistema híbrido o, incluso, difuso.

Esta investigación pretende ser un estudio jurídico-científico que formule propuestas que respondan a realidades concretas y orienten la práctica de operadores jurídicos y sociales en la defensa de los derechos humanos; al centrarse en el estudio de siete países americanos que cuentan con un sistema de justicia constitucional particular y con un fenómeno migratorio complejo al interior de sus fronteras y fuera de ellas, implica una visión integral de la cual se obtendrán una serie de propuestas viables en la materia. Además, la pertenencia o no de cada país al sistema regional de protección de derechos humanos dará luces sobre la conexión existente entre la jurisdicción constitucional nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos en lo que se refiere a migrantes irregulares.

Aunado a la alta incidencia del fenómeno migratorio en su territorio y al tipo de justicia constitucional que fueron la base para la selección, seis de los países elegidos (México, El Salvador, Costa Rica, Ecuador, Colombia y Argentina) tienen parámetros de cultura similares, sin obviar sus diferencias. Pero también existen semejanzas entre los seis países --en mayor o menor

¹⁹ Cfr. Cienfuegos Salgado, David (comp.), *Marbury vs Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Editora Laguna, México, 2005, pp. 17-61; y Varela Suanzes, Joaquín (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 69-96.

²⁰ Cfr. Rolla, Giancarlo, "La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina", 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. II: Tribunales Constitucionales y Democracia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 545-568; y García Becerra, José Antonio, *Los medios de control constitucional en México*, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, Culiacán, 2001, pp. 36-38.

medida-- y EUA: su preocupación permanente por la migración irregular; por cómo abordar la problemática que ésta plantea; por las estrategias (que pueden diferir o no existir, pero cuando existen generalmente son restrictivas). En resumen: hay semejanza, en algunos países, en la tendencia que existe en múltiples sectores de ver al fenómeno migratorio irregular como un peligro latente y constante para la identidad, “integridad” y seguridad nacional; ello se refleja en las políticas y decisiones al interior de los Estados, aunque también al interior de los diversos países se generan acciones decididas a favor de los derechos de migrantes irregulares.

En la mayoría de países americanos, la preocupación ocupa una gran parte de los discursos pero una pequeña parte de las acciones y políticas públicas. La realidad exige al mundo jurídico que genere respuestas o posibles respuestas a una problemática migratoria que lejos de disminuir, amenaza con agravarse. El cumplimiento de los derechos de los migrantes y la reducción de los flujos migratorios irregulares no se producirán espontáneamente. Es por ello que se requiere un análisis científico-jurídico objetivo e integral en la materia.

En América, uno de los mayores retos que se enfrentan en materia de migración irregular es la garantía²¹ del goce y ejercicio de los derechos civiles y laborales de las personas migrantes. Por lo que la preocupación se centra en la erradicación de violaciones a sus derechos a la vida, integridad personal, asociación, salud, educación, acceso a la justicia; prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; garantía del derecho a la información sobre la asistencia consular y de los derechos laborales --derivados de las relaciones de trabajo que éstos entablan en los países receptores o de tránsito--. En lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales el contexto se complica debido a que varios de los países seleccionados albergan a un alto número de personas que viven en condiciones de pobreza.

Una investigación como la propuesta, brinda la posibilidad de llevar adelante un análisis que permita reflexionar sobre distintas realidades y contextos, así como ubicar puntos de encuentro y de posible retroalimentación entre órdenes jurídicos tan diversos pero tan cercanos en este mundo global.

²¹ “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., trads. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2004, p. 25.

Por las razones expuestas, y a pesar de las diferencias, un estudio entre Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EUA y México en materia migratoria se configura como una opción viable y razonable.

4. DELIMITACIÓN

La presente investigación se delimita de la siguiente forma:

- Delimitación temporal. Se analizará la concepción socio-jurídica imperante en torno a la migración, a los derechos de migrantes indocumentados y el papel de los órganos de justicia constitucional en esta materia, durante el último lustro.
- Delimitación geográfica. El análisis se circunscribe al Continente americano, en general y, en particular, a los siguientes países: Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EUA y México.
- Delimitación semántica. Comprende cuestiones vinculadas a: migración, multiculturalismo, democracia, teoría de la Constitución, justicia constitucional, jurisdicción constitucional, derechos humanos, derechos fundamentales, *jus cogens*, jurisdicción internacional de derechos humanos, jurisdicción interamericana y europea de derechos humanos.

5. OBJETIVOS

La investigación que se desarrolla tiene como objetivo general: determinar el papel que debe desempeñar la justicia constitucional como mecanismo de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de migrantes irregulares; especificando si algunos factores, entre ellos el tipo de control constitucional, inciden en la tutela de los derechos de este grupo de personas.

De forma específica se pretende satisfacer los siguientes objetivos:

- a) Establecer el estado actual que guarda el fenómeno migratorio irregular en América;
- b) Analizar el orden jurídico interno, en materia migratoria y de derechos humanos, de los Estados de referencia en esta investigación;
- c) Examinar los diversos instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos de migrantes y en contra del tráfico ilícito de migrantes en América;

d) Reflexionar sobre la conveniencia y necesidad de recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos internos, así como el posible efecto que tendrían en la actividad de los órganos de justicia constitucional.

6. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES

Esta investigación parte de la hipótesis general que a continuación se enuncia:

Si en América existe un déficit en la garantía jurídica nacional de los derechos de migrantes irregulares por parte de la justicia constitucional, entonces los órganos de control constitucional deben realizar el control de convencionalidad y acudir al Derecho internacional de los derechos humanos para obtener directrices de interpretación que coadyuven al pleno goce y ejercicio de los derechos de este grupo de personas.

La hipótesis particular se plantea en los siguientes términos:

Si los órganos de justicia constitucional en América interpretan los derechos humanos de migrantes siguiendo el principio *pro persona* y a pesar de ello las violaciones a los derechos humanos persisten, entonces se deben de generar mecanismos de denuncia más accesibles y adicionar dispositivos al orden jurídico que permitan ampliar el control constitucional y convencional de los derechos o su incidencia.

De la hipótesis general se desprenden las variables dependientes e independientes:

Variable dependiente:

a) Garantizar el goce y ejercicio de los derechos de migrantes irregulares.

Variables independientes:

a) La incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, ya que proporciona directrices de interpretación a los órganos de justicia constitucional que coadyuvan en la garantía de los derechos humanos de migrantes irregulares.

b) La jerarquía que los órdenes jurídicos internos le atribuyen a los tratados internacionales de derechos humanos, ya que puede contribuir al goce y ejercicio de los derechos de migrantes o restringir éstos al aplicar disposiciones jurídicas menos favorables.

c) La política económica de los países americanos debe dirigirse a eliminar la pobreza, la injusta y desigual distribución de la riqueza y las condiciones paupérrimas de vida, que en múltiples ocasiones constituyen las causas de la migración. Mientras eso no suceda, la migración irregular

no disminuirá. Este trabajo no pretende plantear soluciones para resolver los graves problemas socioeconómicos que se encuentran en la base de los procesos migratorios, sino sólo analizar y proponer una forma de garantizar los derechos humanos de migrantes irregulares a través de la justicia constitucional.

Por otra parte, los indicadores metodológicos que podemos encontrar en esta investigación son: Índice de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; Población Económicamente Activa y tasas de desempleo; y números absolutos de migración.

7. METODOLOGÍA, TEORÍAS, CONCEPTOS METODOLÓGICOS Y DISEÑO DE LA PRUEBA

Esta investigación recurrirá, entre otros, a los siguientes *métodos*:

- a) Método analítico: Este método será útil para comprender el origen, funcionamiento, complejidad, deficiencias y perspectivas de los modelos de justicia constitucional, en América; así como para reflexionar sobre la garantía jurídica de los derechos de migrantes irregulares por la justicia constitucional a través del estudio de sentencias relevantes sobre derechos humanos de migrantes indocumentados.
- b) Método deductivo-inductivo: Se retomarán resoluciones de organismos regionales e internacionales de derechos humanos, conduciendo sus directrices al ámbito jurídico nacional americano en lo que concierne a la justicia constitucional. También se analizarán las resoluciones de la justicia constitucional y su incidencia en la jurisdicción internacional de protección de derechos humanos.
- c) Método comparativo: Éste nos permitirá comparar tanto la actividad de los órganos encargados de la justicia constitucional como la forma en que se han garantizado los derechos de migrantes irregulares.

Las *teorías* que orientan a la investigación son:

- a) Teoría de los derechos humanos: De análisis obligatorio, debido a que la presente investigación se funda en la reflexión de derechos de migrantes y en la necesidad de generar una interpretación de los órganos de justicia constitucional respetuosa de los derechos.
- b) Teoría del *jus cogens*: Con ella se pretende determinar la naturaleza de los derechos de migrantes indocumentados, estableciendo si algunos de ellos tienen la categoría de *jus cogens*,

con las implicaciones que ello traería consigo, esto es, por un lado, el cumplimiento obligatorio para todos los países del orbe, independientemente de que hayan o no suscrito determinado instrumento internacional de derechos humanos; y por otro lado, la obligación de introducir reformas en su legislación y jurisdicción interna.

c) Teoría constitucional: Que permitirá el examen de la justicia constitucional, así como la reflexión sobre la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los órdenes jurídicos nacionales y sus implicaciones.

Los *conceptos metodológicos* que utilizaremos en el desarrollo de la presente investigación son: migración internacional, migrante regular o documentado, migrante irregular o indocumentado, desarrollo humano, detención, internamiento, tráfico y trata de personas, multiculturalismo, minorías, reunificación, reagrupación, regularización, integración social, cooperación internacional al desarrollo, derechos humanos, *jus cogens*, derechos fundamentales, legislación, políticas públicas, transversalidad de los derechos humanos, perspectiva de género, justicia constitucional, jurisdicción constitucional, jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos y sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Diseño de la prueba y previsión de actividades para la comprobación de hipótesis

La comprobación de la hipótesis se realizará con base en el análisis de las sentencias y resoluciones de los órganos de control constitucional que materialicen la garantía jurídica de los derechos de migrantes, así como de las directrices establecidas por los órganos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos.

La técnica de investigación que se utilizará primordialmente es la documental, sin que ello se traduzca en la descontextualización de la investigación, para lo cual se recurrirá a un conjunto de elementos de análisis que permitan contrastar y constatar la hipótesis, así como generar propuestas para la garantía efectiva de derechos de migrantes indocumentados.

Finalmente, es necesario mencionar que esta tesis se inscribe en una perspectiva humanista,²² entendiendo por ella la corriente de pensamiento antropocéntrico que visualiza al derecho como

²² “La concepción humanista articula el estudio de la realidad social a partir de la centralidad de lo humano y, en definitiva, de la persona...Según la teoría humanista el Derecho y el Estado conforman un orden normativo, que posibilita la convivencia humana en sociedad de acuerdo con los valores de la justicia, la paz y la seguridad. Todo

un instrumento al servicio de la sociedad y de la persona --sin caer en una visión utilitarista ni iusnaturalista²³--, es decir, el Derecho como medio para alcanzar la igualdad, la justicia y la paz. Además se consideran otras posturas.²⁴

Así, 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 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”.²⁵ No se puede olvidar que “el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada(:)²⁶ es, a mi parecer, el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

8. PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS Y ABORDAJE METODOLÓGICO

Para abordar el problema planteado se propone un marco de análisis jurídico integrado por conceptos de la teoría de género, teoría constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos. Se estima que a través de esta intersección se podrá realizar una reflexión integral que conduzca a propuestas y estrategias exitosas.

ello implica una visión dinámica del Derecho y del Estado, puesto que estos se entienden como una tarea y un esfuerzo permanentes por participar (*sic*), socialmente, en un conjunto de valores, en consonancia con la dignidad humana. Barraca Mairal, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de Filosofía Jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005, pp. 67 y 68. También *cfr.* Castán Tobeñas, José, *Humanismo y derecho: el humanismo en la historia del pensamiento filosófico y en la problemática jurídico-social de hoy*, Reus, Madrid, 1962, pp. 77-79.

²³ Maritain, Jacques, *Humanismo integral*, 2ª ed., Ediciones Palabra, Madrid, 2001.

²⁴ Por ejemplo, el sociologismo jurídico --tendencia de la jurisprudencia sociológica que propone estudiar al Derecho como expresión de la sociedad--, jurisprudencia de intereses --que concibe al derecho como producto de los intereses que se dan en el interior de la sociedad y pretenden ser reconocidas--, realismo jurídico --además de considerar al derecho como hecho social, centra su atención en el estudio de los efectos que produce--. *Cfr.* Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, Oxford University Press, México, 1999, pp. 181, 177 y 182.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 303.

²⁶ *Idem.*

Brevemente se precisará como se introducirá la perspectiva de género en esta investigación y qué implicaciones trae consigo esta categoría.

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

En el mundo se han realizado múltiples acciones para la construcción de democracias sólidas y funcionales; a pesar de ello, no puede negarse que ha existido y existe exclusión de las mujeres en el ámbito político. Así, “entre las primeras y más fecundas críticas a los ideales de democracia, ciudadanía e igualdad... (se encuentra el hecho de que) la ciudadanía universal que se concibe a la vez generalizante y garante de la pluralidad... (tenga como eje no explícito) la exclusión efectiva de un gran número de personas”.²⁷

Dentro de la teoría de género es posible distinguir las diferencias entre los conceptos de sexo y género, con sus respectivas implicaciones. “Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos... Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo”.²⁸

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (1995) adoptó el concepto de género declarando que “se refiere a los papeles sociales construidos para la mujer y el hombre asentados en base a su sexo y dependen de un particular contexto socioeconómico, político y cultural, y están afectados por otros factores como son la edad, la clase, la raza y la etnia”. Para la Organización de las Naciones Unidas “el género es la forma en que todas las sociedades del mundo determinan las funciones, actitudes, valores y relaciones que conciernen al hombre y a la

²⁷ Serret, Estela, *Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia*, Cuadernos de la igualdad número 6, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2006, p. 44.

²⁸ West, Robin, *Género, teoría y derecho*, trad. Pedro Lama Lama, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, p. 29.

mujer. Mientras el sexo hace referencia a los aspectos biológicos que se derivan de las diferencias sexuales, el género es una definición de las mujeres y los hombres construida culturalmente y con claras repercusiones políticas”.²⁹

Así, en toda sociedad existen una serie de creencias, ideas, atribuciones sociales, normas, valores y deberes diferenciales entre mujeres y hombres que se construyen socialmente a partir de las diferencias anatómicas del orden sexual. Esta construcción social y cultural, a la cual denominamos género, no es lineal ni estática, más bien se encuentra en constante transformación y se crea y reproduce a través de los medios de comunicación, las instituciones, los grupos religiosos, la familia, etcétera. A través de estos mecanismos se consolidan los roles³⁰ y estereotipos de género.³¹

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

La perspectiva de género es un instrumento de análisis que además aporta criterios para la definición de políticas y estrategias que aseguren la estructuración y funcionamiento del aparato público en correspondencia con las demandas y necesidades diferenciales de mujeres y hombres. Más aún, la categoría de género integra otros ejes de desigualdad, como la etnia, orientación sexual, clase social, edad y discapacidad. Así, los mecanismos de “opresión” de género se interrelacionan y se cruzan con las “opresiones” de clase, raza/etnia u orientación sexual, que aun

²⁹ *Una visión de género es de justicia*, <http://www.scribd.com/doc/2561540/una-vision-de-genero-esp> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2010).

³⁰ Conjunto de tareas y funciones que se asignan a mujeres y hombres en una sociedad dada y en un momento histórico concreto. Así, se puede hablar de una división cultural del trabajo determinada por el género y por la cual a las mujeres les corresponde el cuidado de los hijos y la casa, confinándola a la vida privada, y a los hombres se les otorga el carácter de “proveedor” y se les permite y exige la participación en la vida pública. Esto es, se hace una distribución de tareas y funciones con base en una construcción cultural de lo que implica ser mujer y ser hombre, usando como pretexto la diferencia biológica. Agencia Española de Cooperación Internacional, http://www.mueveteporlaigualdad.org/docs/una_vision_de_genero_esp.pdf (fecha de consulta: 21 de septiembre de 2009).

³¹ Ideas preconcebidas y arraigadas en cada sociedad que determinan las conductas, comportamientos y actitudes que deben tener las personas en función del grupo de pertenencia. Los estereotipos al igual que los roles se producen desde la niñez, en los medios de comunicación, la escuela, la familia y por ello llegamos a creer que son naturales; sin embargo, los roles y los estereotipos son culturales y no vienen determinados biológicamente. En el caso de la maternidad de las mujeres, que sí está determinada biológicamente, el problema radica en la adjudicación de roles que se han atribuido a la mujer en torno a este suceso. Así, en algunos países generalmente se le encomiendan a ella todas las responsabilidades familiares, cuando éstas deben de ser compartidas entre el padre y la madre.

con elementos comunes afectan de forma diferencial. Es pertinente recordar que el género es un concepto relacional e incluyente de mujeres y hombres.

Pero también hay que enfatizar, como lo hace Gloria Bonder, que el género es una categoría de análisis de todos los procesos y fenómenos sociales y no se puede reducir a una cuestión de identidades y roles.³²

La Corte Interamericana, por su parte, ha señalado que la reflexión “con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana”.³³ Así, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan.³⁴

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

Existen datos duros que evidencian esta desigualdad entre los géneros aún persistente en el siglo XXI.³⁵

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

³² Bonder, Gloria, *Género y subjetividad: avatares de una relación no evidente*, http://www.iin.oea.org/IIN/cad/taller/pdf/M%C3%B3dulo%204%20%20Genero_y_subjetividad_Bonder.pdf (fecha de consulta: 1 de junio de 2010).

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo algodonero”)*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 540. En adelante, todas las sentencias internacionales se entenderán emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que se especifique otra fuente.

³⁴ *Ibidem*, párr. 401.

³⁵ Al respecto, véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, UNAM, Porrúa, 2011, pp. 5 y 6.

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

Además, puede existir una brecha entre el discurso políticamente correcto y la verdadera integración de la igualdad de género al interior de las instituciones; en particular, para efectos de este estudio, al interior de los órganos de justicia constitucional.

Vale precisar que en esta investigación también se tiene claro que no toda distinción o diferenciación constituye discriminación, como se verá *infra*.

Para modificar el paradigma cultural vigente en las sociedades patriarcales es necesario empoderar a los grupos desfavorecidos por la estructura prevaleciente. El empoderamiento es el proceso por el que las personas, las organizaciones o los grupos toman conciencia de las dinámicas del poder que operan en su contexto vital, desarrollan las habilidades y la capacidad necesarias para lograr un control razonable sobre sus vidas, ejercitan ese control sin infringir los derechos de otros y apoyan el empoderamiento de otras personas en la comunidad.

Hay un último aspecto que es de abordaje obligatorio, sobre todo porque en esta investigación no se hará uso de él: la existencia del lenguaje incluyente (género-sensitivo) opuesto al lenguaje sexista. Según el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el lenguaje sexista se puede “ubicar como una forma de discriminación indirecta, cuyo efecto inmediato y tangible no es el de restringir el acceso de las personas y los grupos a los derechos y a las oportunidades, pero sí contribuye a legitimar y naturalizar la existencia de menores derechos y oportunidades para las mujeres”.³⁶

A pesar de lo anterior no se utilizará lenguaje incluyente en esta investigación, aunque sí se manejará a la perspectiva de género como categoría de análisis y abordaje metodológico de la problemática planteada a fin de determinar la incidencia diferencial que pueden tener las sentencias emitidas por los órganos de justicia constitucional en mujeres y hombres migrantes o el sesgo de género que puede existir en ellas.

³⁶ 10 criterios básicos para eliminar el lenguaje sexista en la administración pública federal, CONAPRED, 2007, <http://www.pueblacapital.gob.mx/work/sites/pue/pdf/10.pdf> (fecha de consulta: 10 de enero de 2010).

El Estado tiene como una de sus finalidades lograr el bienestar y el desarrollo de la sociedad, lo que requiere la superación consciente de cualquier desigualdad que pueda distorsionar u obstaculizar este propósito. Es por eso que cerrar la brecha entre hombres y mujeres, logrando la igualdad entre ambos, es un objetivo legítimo del Estado, además de una necesidad.

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

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

Hay que reconocer que al interior de los órganos de justicia constitucional pueden producirse decisiones que parezcan no sexistas, pero que quizás tengan un diferente impacto en las realidades que viven las mujeres y los hombres, aun cuando esta consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara. Esto hace necesario, que cada actuación pública se analice en términos del impacto diferencial que tendrá en el colectivo femenino y en el masculino; es decir, las decisiones o resoluciones deben realizarse --aunque no sea como factor determinante-- con perspectiva de género ya que ello hará que el razonamiento en ellas contenido sea más integral.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

1. DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTACION Y PRAXIS

La desigualdad, la exclusión y la pobreza son sólo algunos de los problemas que la humanidad ha padecido de forma constante en el transcurso de su historia; a la par también ha permanecido --de forma más o menos explícita-- la aspiración de un mundo más justo y el correlativo trabajo y esfuerzo de muchas mujeres y hombres para lograrlo desde diversas trincheras. Así, Kelsen sostuvo que la búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana; es una finalidad que la persona no puede encontrar por sí misma y por ello la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social.³⁷

Esta investigación --aunque con objetivos más específicos-- versa básicamente sobre derechos humanos³⁸ de migrantes indocumentados y al iniciarla se consideró la conveniencia de establecer la visión filosófica desde la que se entiende a los derechos humanos. Claramente, generar definiciones no es una tarea fácil y construir propuestas para la consecución de objetivos tampoco lo es.

Aquí emerge la dificultad de las definiciones y, más aún, de las fundamentaciones: una definición refleja el fundamento que se atribuye a algo. Sin embargo, este posible desarrollo --que ya ha sido abordado ampliamente por la doctrina-- no se realizará.

³⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Leonor Calvera, Leviatán, Buenos Aires, 1981, p. 120. Véase también Marina, José Antonio y De la Válgoma, María, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 30. Por otra parte, se ha dicho que “la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros...En una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. La única cosa que nos permite asentir a una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor”. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 20.

³⁸ En este trabajo se preferirá el término derechos humanos en lugar de derechos fundamentales debido a que se trata de un término con contenido más amplio que el de derechos fundamentales, sobre todo, si tomamos en consideración los derechos reconocidos en el ámbito internacional y que constituye el Derecho internacional de los derechos humanos. *Cfr.* Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): Tendencias y desafíos”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, México, 2009, p. 68.

La decisión de no entrar al análisis del concepto de “derechos humanos” --de sus diferencias con otros conceptos afines, de sus fundamentos o de las múltiples teorías al respecto-- se toma con base en los argumentos que a continuación se explicitarán.

En primera instancia, hay que tener en cuenta que esta decisión no es arbitraria o la evasión de un ejercicio de reflexión filosófico que ya algunos autores han hecho; es simplemente la opción elegida para centrarse en la praxis³⁹ de los derechos, en su incidencia y garantía real y efectiva, así como en la generación de propuestas.

Norberto Bobbio habla de algunas dificultades en contra de la pretensión de encontrar un posible fundamento absoluto de los derechos humanos.

Como primer punto, la expresión “derechos humanos” es una expresión de tal amplitud --aunque Bobbio habla de vaguedad-- que toda definición propuesta puede no ser satisfactoria. Unas, son del tipo meramente *tautológico*, como aquellas que sostienen que los derechos humanos son aquellos derechos que pertenecen a la persona en tanto tal. Otras son del tipo más bien *formal*, en el sentido que no nos dicen nada acerca de su contenido, como por ejemplo aquellas que postulan que los derechos humanos son derechos que pertenecen a todas las personas y nadie puede ser privado de ellos. Y por último tendríamos el tipo de definiciones puramente *teleológicas*, que apelan a valores últimos, susceptibles de las más variadas interpretaciones, como por ejemplo aquellas que sostienen que los derechos humanos son derechos cuyo reconocimiento es la condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o bien, para el progreso civil o político, etcétera.⁴⁰

Si estos tres tipos de definiciones no nos permiten elaborar una categoría de derechos humanos con características bien definidas, hay que preguntarse cómo sería posible plantear el problema

³⁹ Visualizando a la postura pragmática en cuanto a que “el hombre no es en primer término un ser teórico... sino un ser práctico, un ser de voluntad y de acción” pero esta investigación no está adscrita a un pragmatismo radical que justifique “conductas humanas aberrantes”. En esta investigación tampoco se pretende caer en una postura dogmática que dé por supuestas posibilidades y realidades. López Durán, Rosalio, *Metodología Jurídica*, Iure Editores, México, 2007, pp. 129 y 132. Es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: una analítica, una empírica y una normativa. Dentro de ésta última se encuentran las teorías materiales de los derechos fundamentales que “sólo tienen validez en relación con las disposiciones de los derechos fundamentales particulares o sólo para determinados problemas de derecho fundamental y, por lo tanto, no son teorías generales”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 496.

⁴⁰ Bobbio, Norberto: “L’illusio du fondement absolu”, *Actes des Entretiens de I’Aquila, Institut International de Philosophie*, La Nouva Italia, Firenze, 1966, pp. 3-10; y Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 5ª ed., UNAM, México, 2008, pp. 779-781.

del fundamento de dichos derechos, cuando no se puede siquiera otorgar una noción precisa sobre su significado, afirma Bobbio.

Una segunda dificultad estaría constituida por el hecho de que los derechos humanos se presentan como una categoría extremadamente variable en el tiempo. Basta pensar que los derechos que habían sido proclamados en un principio como absolutos posteriormente fueron limitados o en cómo se han reconocido nuevos derechos con base en la progresividad de los mismos.

Otro de los problemas de la fundamentación de los derechos es su heterogéneo reconocimiento y garantía en los diferentes países, lo cual origina que iguales derechos alcancen diferentes niveles de protección y eficacia dependiendo del contexto en el que se encuentre una persona. Esto es relevante en el presente estudio ya que se hace un análisis de derecho comparado entre siete países a fin de ubicar puntos de encuentro y desencuentro que se suscitan entre la defensa realizada por los órganos de justicia constitucional y la jurisdicción internacional, en lo que se refiere a derechos de migrantes indocumentados.

Por lo anterior, el problema de fondo en el campo de los derechos humanos es, actualmente, no tanto el problema de su *justificación*, sino más bien el de su *protección*; se ha producido, según Bobbio, el traslado de un problema filosófico a un problema pragmático.⁴¹

Se coincide con Bobbio cuando sostiene que el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y político. No se trata tanto de saber cuál es la naturaleza de los derechos o su fundamento, si son derechos naturales o positivos, absolutos o relativos; sino cuál es el modo más efectivo para garantizarlos y así impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, se violenten.⁴²

Santiago Nino estima que la cuestión de la fundamentación no es relevante para el *concepto* de derechos humanos ya que “nadie diría que dos personas usan la expresión *derechos humanos* con diferentes significados sólo por el hecho de que difieren acerca de cómo fundamentar los principios ideales a los que aluden con tal expresión”.⁴³

Aquí se estima que reflexionar sobre los derechos humanos y no tener en mente cuáles son los graves problemas que afectan a los seres humanos (hambre, persecución política y religiosa,

⁴¹ *Idem.*

⁴² González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 44.

⁴³ Santiago Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astera, Buenos Aires, 2005, pp. 18 y 19.

miseria, represión, discriminación, intolerancia, entre otros) sería poco fructífero; “dedicar horas y horas a teorizar sobre los derechos humanos y no apuntar soluciones a las graves violaciones de derechos que muchísimas personas padecen”,⁴⁴ al igual que estudiar minuciosamente relevantes cuestiones teóricas vinculadas con los derechos humanos, sin asumir ningún compromiso en defensa de la efectiva vigencia de los mismos, no sólo resulta contradictorio, sino podría constituir una “reflexión intelectual estéril”.⁴⁵

Así, toda investigación debe perseguir la incidencia en la realidad y en la solución de los múltiples problemas que aquejan a las sociedades. Desde esta perspectiva “la praxis se entiende como actividad real, objetiva, material de la persona que sólo lo es como ser social práctico”.⁴⁶

La praxis debe entenderse como un elemento para la transformación del mundo.

Por lo antes dicho, no se comparte la posición de Pérez Luño cuando sostiene que “es necesario ser iusnaturalista para afirmar que esos valores --se refiere a la libertad o la dignidad de la persona-- deben ser reconocidos como derechos humanos y pautas axiológicas informadoras del Derecho justo”.⁴⁷ Si existe la necesidad o se exigiera adoptar una corriente filosófica o de pensamiento --a pesar de los argumentos ya planteados respecto a las dificultades de la fundamentación de los derechos--, la que escribe se define más bien como humanista, es decir, considera que el Derecho y las instituciones públicas deben tener como centro de partida y destino a la persona; por lo que, entre otras cosas, la actividad del Estado debe ser conducida por el principio *pro persona* que se analizará *infra*.

Se tiene la convicción de que hay que dar vida a los derechos no sólo en el ámbito internacional, sino --y primordialmente-- en el ámbito interno. Es necesario hacer de los derechos, elementos que actúen, que sirvan de guía y fundamento a los poderes públicos a la hora de determinar las metas y objetivos de carácter colectivo, que orienten a las personas en su convivencia y relación con otras personas y que fundamenten el actuar de operadores jurídicos públicos y privados cuando se enfrentan a conflictos entre derechos en situaciones concretas.⁴⁸ Todo el Derecho --de

⁴⁴ *Ibidem*, p.46.

⁴⁵ *Idem*. Así, se debe analizar, por ejemplo, qué barreras impone la realidad económica a la vigencia de los derechos humanos, lo cual se hará *infra*.

⁴⁶ Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía de la praxis*, Siglo XXI, México, 2003, p. 30.

⁴⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 551.

⁴⁸ *Cfr.* González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

Estados democráticos y constitucionales de Derecho-- debe verse a través de los derechos humanos.

En este sentido, los derechos, afirma Habermas, han pasado de ser simples normas de defensa que garantizan la libertad y legalidad de las intervenciones de la autoridad pública a principios básicos del orden jurídico. Es decir, los derechos, además de su carácter jurídico subjetivo, de su pretensión de proteger a las personas frente a cualquier intromisión por parte del poder público -- que es la forma en que se entienden originalmente-- son principios y valores sustanciales del ordenamiento jurídico o “elementos constitutivos del orden institucional”, que “incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia”.⁴⁹

A pesar de lo anterior, también debe reconocerse que el concepto de derechos humanos no es compartido por todas las personas, es más una gran porción de la población mundial que vive en “oriente” no concibe la existencia de los derechos humanos y, más aún, dicha concepción es ignorada o desconocida por algunas personas que han nacido y pertenecen a la cultura “occidental”. Por tanto, se ha dicho, la tesis asertiva de su co-participación universal es “empíricamente cuestionable”.⁵⁰

Se estima que frente a posiciones o tendencias que pretenden negar la universalidad de los derechos hay que reafirmar e insistir en el carácter universal que éstos tienen y deben tener como elementos fundamentales para la vida pacífica, armónica y justa de las sociedades. Además, el carácter universal de los derechos humanos no niega la individualidad ni la diferencia; por el contrario, las afirma.

En otro orden, hay que apreciar la distinción que existe entre un derecho que se tiene y un derecho que se pretende tener. Así, “en el primer caso buscaré en el ordenamiento jurídico positivo...si existe una norma válida que lo reconozca y cuál es; en el segundo caso, buscaré buenas razones para sostener su legitimidad y para convencer a la mayor cantidad posible de personas, y sobre todo a quienes detentan el poder directo o indirecto de producir normas válidas

⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 175 y 192; y Vasconcelos Méndez, Rubén, *Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia Constitucional y democracia en México*, UNAM, México, 2010, pp. 3, 251 y 252.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 143-145.

en dicho ordenamiento, sobre la necesidad de reconocerlo”.⁵¹ Esta diferenciación es relevante en el caso de personas migrantes indocumentadas a las cuales se les otorga un catálogo de derechos distintos y un marco de protección diferenciado en los siete países sujetos a estudio.

También se ha dicho que la funcionalidad política de los derechos humanos se manifiesta bajo 2 formas diversas: a) como ideología para conseguir el poder; y b) como ideología para conservar el poder.⁵² Habrá que tener cuidado en no visualizar ni utilizar a los derechos humanos como un botín político ni un arma electoral que se emplea y vende al mejor postor y es olvidado cuando se logra el fin perseguido.

2. LOS DERECHOS EN AMÉRICA: UN PRIMER ACERCAMIENTO

Toda actividad o realidad es susceptible de cambiar con el transcurso del tiempo y eso se hace extensivo a los derechos, que en América Latina han sufrido un proceso de intensa evolución en las últimas décadas. Así, lo que en otras latitudes tomó dos siglos, en América Latina se ha conseguido --quizás con muchos problemas, defectos y riesgos-- en menos de tres o cuatro décadas.⁵³

Un análisis integral como el que aquí se plantea realizar, debe abordar --al menos-- tres planos: normativo, teórico y sociológico.

Los tres estarán en mayor o menor medida presentes en toda la investigación. Sin embargo, el plano normativo se analizará particularmente en posteriores capítulos; el teórico es materia específica de este apartado. Y el sociológico persigue poner en evidencia la manera en que los derechos se han ido garantizando, con enormes dificultades e incluso con preocupantes retrocesos, en la práctica constitucional de América Latina; sobre él versará el capítulo segundo.⁵⁴

⁵¹ Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117-128.

⁵² Así, en el primer caso los derechos humanos son utilizados como instrumentos críticos contra la política del partido o de la clase social en el poder y, en general, de cualquier realidad política que no sea del agrado de los que a ella están sometidos. En el segundo caso, los derechos humanos son utilizados como instrumento político, tanto por el partido o los grupos sociales en el poder como por el sistema sociopolítico en su integridad. Robles, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, pp. 263-264.

⁵³ Cfr. Castilho, Leonardo, “Extrema Pobreza: Entre los derechos humanos y el desarrollo, un umbral mínimo para la dignidad humana”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 45, enero-junio 2007, p. 89.

⁵⁴ Carbonell, Miguel, “Los derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, op. cit., p. 35.

Por mucho tiempo el principal reto de los derechos ha sido su “internacionalización”; hoy día este reto permanece pero también se ha evidenciado la necesidad de la “nacionalización”, es decir, ofrecer garantías efectivas para los derechos en el ámbito interno y lograr que todo el Derecho nacional tenga como fundamento y eje a los derechos humanos. Desafortunadamente, existe una distancia observable empíricamente entre el reconocimiento constitucional de derechos humanos --particularmente, aunque no de forma exclusiva, de los derechos de migrantes irregulares-- y su goce efectivo; es lo que se podría denominar “la brecha de la implementación de los derechos”, que constituye uno de los verdaderos desafíos en la actualidad.⁵⁵

Precisamente, esta brecha en la implementación de los derechos se encuentra relacionada con lo que algunos autores denominan como derechos de papel o derechos traslúcidos. Guastini habla de “derechos sobre el papel” y Cruz Villalón denomina “derechos traslúcidos” a aquellos que carecen de protección y adecuada tutela judicial.⁵⁶ Esta falta de efectividad o de garantía de los derechos --no obstante su reconocimiento constitucional-- hace que estos derechos no sean “verdaderos derechos”. Y “aunque las disposiciones constitucionales que contienen derechos...están formuladas de manera que parece que atribuyen verdaderos derechos, en realidad, no (es) así: no confieren ningún derecho, puesto que se limitan a ser normas programáticas dirigidas al legislador”.⁵⁷ Lo anterior es independiente de la fuerza normativa que debe tener la Constitución para todos los poderes públicos, es decir, de la Constitución como norma, a la que se hará referencia posteriormente.

Guastini considera que para ser considerados verdaderos derechos, se deben reunir los siguientes requisitos: que sean susceptibles de tutela jurisdiccional; que puedan ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; que impliquen una obligación de conducta bien definida y que la persona que es su titular esté bien determinada.⁵⁸

Claramente este último requisito trae complicaciones cuando se piensa en derechos difusos en los que la titularidad de los mismos no está determinada o circunscrita a una persona o grupo

⁵⁵ El “que los derechos humanos funcionen, o que funcione la Constitución que los reconoce e incorpora a su conjunto normativo, significa --en equivalencia-- que tengan unos y otra la aptitud de encarnarse en la dimensión sociológica del mundo jurídico, es decir, de lograr vigencia sociológica. Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1993, pp. 341 y 342.

⁵⁶ Cfr. Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudio de Teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 186; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): Tendencias y desafíos”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, op. cit., pp. 71 y 72.

⁵⁷ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos...”, op. cit., pp. 71 y 72.

⁵⁸ Cfr. Guastini, Ricardo, *Distinguiendo...*, op. cit., p. 186.

específico, o que en caso de vulneración del derecho se afecta a un conjunto indeterminado de personas.

Desde el punto de vista del Derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹ todos los derechos humanos, cualquiera sea su naturaleza, incluyendo a los DESCAs y los de migrantes indocumentados, tienen el carácter pleno de derechos humanos y, por lo tanto, deben ser susceptibles de tutela jurisdiccional, pueden ser ejercitados y reivindicados frente al Estado y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida.

Según el Derecho internacional de los derechos humanos, es deber del Estado diseñar sus políticas públicas e implementar programas con base en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos a fin de acortar paulatinamente la brecha entre el desarrollo normativo y la efectiva protección de los derechos.⁶⁰

En este marco de países democráticos, al menos caracterizados por sistemas de democracia electoral, se estructuran sistema de control constitucional que a su vez tiene que interactuar con un conjunto cada vez más amplio de instrumentos internacionales (normas vinculantes y de *soft law*). Así, la ciencia del derecho que concibió, en sus inicios, “al Derecho Internacional como un derecho de identidad incierta, como sistema pactado de relaciones entre Estados o, peor, como

⁵⁹ Hitters y Fappiano definen al Derecho internacional de los derechos humanos como una “rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre”. Cfr. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007, 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. Además, se han definido a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como aquellos conformados por instrumentos (tratados internacionales) y por mecanismos que precisamente son los organismos que garantizan los derechos reconocidos en esos instrumentos. Cfr. Valencia Villa, Alejandro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José Antonio (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, 2006, p. 120. Véase también Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1987. Gros Espiell habla del *derecho procesal internacional*, mientras que Alcalá Zamora y Castillo, lo denomina *derecho procesal relativo a los derechos humanos*, indicando que es aquel que custodia los mismos derechos que abarca cualquier juicio en el ámbito interno de un país, pero que opera fuera de las fronteras nacionales. Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso ante 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. 70; y Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 33 y 44.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 83.

simple apéndice del derecho estatal”,⁶¹ hoy día reconoce a la normatividad supranacional como parte integrante del Derecho interno de los Estados --por decisión soberana de éstos-- que, incluso, establece límites a la generación normativa constitucional y a su actuación pública.

Hoy, “tanto los Estados como los ciudadanos ya no son destinatarios únicamente de su derecho interno, sino cada vez más de una red normativa planetaria apretadísima”.⁶² En este marco se inscribe el presente estudio de derecho comparado entre siete países americanos que a su vez analizará la interrelación entre estos siete órdenes jurídicos y el Derecho internacional de los derechos humanos, vinculado a derechos de migrantes indocumentados.

3. DIGNIDAD HUMANA

Frente a la falta de unanimidad entre las distintas corrientes filosóficas que pretenden atribuir un fundamento a los derechos humanos, es pertinente señalar que existe cierto consenso en reconocer a la dignidad humana como el fundamento de los derechos humanos. La dignidad humana debe ser entendida desde una perspectiva jurídica y debe ser contextualizada en la realidad que se vive actualmente; se procederá a su análisis.

3.1. EN TORNO A LA IDEA DE “DIGNIDAD HUMANA”

La proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona en la Carta de las Naciones Unidas trajo consigo una innegable internacionalización de los derechos humanos y una innovación en el Derecho internacional: surge y comienza la consolidación del Derecho internacional de los derechos humanos y el posicionamiento de la persona como sujeto --y no objeto-- en el orden internacional.⁶³

Se ha sostenido que la dignidad corresponde a la esencia de la persona y constituye lo que todos los individuos merecen por su condición de tales.⁶⁴ También se ha afirmado que la dignidad humana tiene como núcleo central la libre elección de la persona sobre sus ideales, el programa

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, p. 336.

⁶² *Ibidem*, p. 337.

⁶³ Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 135.

⁶⁴ Blengio Valdés, Mariana, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, AMF, Montevideo, 2007, p. 9.

de desenvolvimiento de su vida, la selección de sus valores y el derecho a que se respeten esas opciones.⁶⁵

La idea de dignidad humana nos remite a la existencia en todos los seres humanos de “algo” intrínsecamente valioso que, por un lado, no entra en el campo de lo negociable, de lo disponible por terceras personas, por los poderes públicos o por el propio interesado, y por otro, permite calificar como inhumanos aquellos comportamientos atentatorios contra ese algo especialmente valioso característico de la humanidad; la idea de dignidad humana parece indicar la existencia en todos los seres humanos de algo que podemos y debemos considerar inviolable.⁶⁶ Independientemente que algunas de estas ideas puedan ser cuestionables, lo importante es desprender de ellas que existe un límite para el poder estatal y este límite se configura a través de la dignidad y obtiene su contenido de los derechos humanos.

Ese límite se impone tanto a los poderes constituidos como al poder constituyente originario y permanente; es decir, el límite que representa la dignidad y los derechos humanos se impone a la soberanía estatal.

La proclamación de la dignidad en el derecho positivo internacional y nacional tiene como consecuencia que sea un concepto y un criterio aplicable y exigible, con sus consecuencias jurídicas, incluso cuando se está ante la inexistencia de una norma expresa que se refiera a él o que lo invoque especialmente. “La dignidad humana es un principio jurídico, pero además y primariamente, es un principio ético que valoriza y pesa las conductas humanas y genera derechos y deberes éticos, individuales y colectivos”.⁶⁷

La dignidad no puede ser un derecho ya que todo derecho tiene también sus límites, o debe tenerlos y puede someterse a ponderaciones para determinar su prevalencia en un caso de conflicto concreto, “mientras que el mandato de respeto y protección de la dignidad humana, de acuerdo con su intención y su formulación, debe valer de forma universal e intangible”.⁶⁸

⁶⁵ Escobar Fornos, Iván, “Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, op. cit., p. 182.

⁶⁶ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, op. cit., p. 239.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁸ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 37 y 38.

Por ello la dignidad humana debe orientarnos acerca de los objetivos o fines que debemos perseguir.⁶⁹ La dignidad humana es, entonces, el fundamento de los derechos.

En este marco y en la búsqueda del respeto a la dignidad como premisa para el cumplimiento cabal de los derechos humanos, vale preguntarse ¿cómo sabemos que la dignidad está siendo respetada? Y se puede afirmar que la dignidad se hace efectiva por medio de los derechos; es decir, son los derechos humanos que se derivan de la dignidad el camino para verificar la efectividad de ésta y su respeto por parte de los poderes públicos.⁷⁰

También es pertinente preguntar ¿cuál es el mecanismo existente para que la dignidad de cada persona, cualquiera que sea su condición social, económica, cultural, física, intelectual, sea respetada por las colectividades? Una de las respuestas posiblemente pueda ser la educación⁷¹ y la construcción de una cultura de respeto y protección de derechos humanos que permita la vigencia de éstos no sólo en relación con las autoridades sino entre particulares.

Resulta complejo determinar el contenido de la dignidad humana para establecer, en cada supuesto, si la limitación consentida de un derecho, encierra una violación a dicha dignidad. Esto se proyectará *infra* en el análisis de las resoluciones de la justicia constitucional.

A continuación se abordarán aspectos vinculados a la dignidad, situación económica y al régimen democrático. En posteriores capítulos se indagará la postura de los órganos de justicia constitucional en los siete países americanos objeto de este estudio, con breves referencias al desarrollo jurisprudencial producido en Europa en rubros específicos, a fin de dar mayor integralidad al análisis jurídico de la garantía de los derechos humanos.

3.2. DIGNIDAD HUMANA Y POBREZA: ¿UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS?

La dignidad humana supone el respeto a la condición de persona. En este sentido el Estado debiera realizar todas las acciones conducentes a esa meta. Claramente para que una persona pueda realizarse como tal necesita un conjunto de condiciones básicas que posibiliten dicho fin. Fenómenos como la pobreza atentan contra la dignidad de la persona pero también constituyen

⁶⁹ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía*, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁰ Prieto Álvarez, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson, Civitas, Caja de Burgos, Navarra, 2005, pp. 162-165.

⁷¹ Blengio Valdés, Mariana, *El derecho al reconocimiento...*, *op. cit.*, p. 9.

una causa de la migración irregular: las personas migran --incluso irregularmente-- para mejorar sus condiciones de vida. Será al primer aspecto --y no a éste último-- en el que nos enfocaremos en el presente apartado.⁷²

La pobreza es una realidad que transgrede el Estado constitucional y democrático de Derecho y obstaculiza el proceso de desarrollo y la existencia humana; la exclusión social es un fenómeno que vulnera la dignidad de las personas segregadas.⁷³

La pobreza ocasiona que seres humanos sean excluidos de las posibilidades de desarrollo e impide el crecimiento individual y social.⁷⁴ La pobreza es causa y efecto de violaciones a derechos humanos, constituyendo un círculo vicioso difícil de combatir.

Así, la desigualdad de posesión y acceso a recursos proporciona a las personas distintas o nulas oportunidades de tener una vida digna. Además, una desigualdad económica pronunciada limita la capacidad de realización de amplios segmentos de la población y, como esa privación suele transmitirse generacionalmente; además, frustra proyectos de vida de millones de personas y reduce las oportunidades presentes y futuras de desarrollo de sus respectivas naciones.⁷⁵

Es claro que la dignidad como tal queda igualmente comprometida cuando la persona se ve obligada a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto; en este sentido, no es posible aislar a la dignidad de las condiciones económicas que permiten la existencia humana. Por ello algunos autores han hablado de “la obligación estatal de procurar al menos el llamado mínimo existencial, junto con el correspondiente derecho subjetivo a reclamar la procura existencial”.⁷⁶

Existe también un concepto de “necesidades básicas” que aparece en la década de los 70’s, con aval de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a las necesidades mínimas de consumo de una familia como alimentación adecuada, vivienda, vestimenta y servicios esenciales proveídos por y para la comunidad, como agua potable, aseo, transporte público y salud, instalaciones educativas y cultura.⁷⁷

⁷² El segundo aspecto será abordado en el capítulo segundo.

⁷³ *Ibidem*, p. 30.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁵ Ávila, José Luis, “La desigualdad económica. Notas para una (re) discusión”, en Di Castro, Elisabetta (coord.), *Justicia, desigualdad y exclusión. Debates contemporáneos*, UNAM, México, 2009, p. 151.

⁷⁶ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁷ Castilho, Leonardo, “Extrema Pobreza...”, *op. cit.*, p. 95.

“Necesidades básicas” es una extensión del concepto de *subsistencia*, pero termina por incluir también instalaciones y servicios (para salud, aseo y educación). La *subsistencia*, debido a su significado más estricto, limitaba implicaciones para la investigación y la acción política. Por otro lado, la propuesta de *necesidades básicas* pretende establecer algunas de las condiciones para el desarrollo comunitario, implementada en planos nacionales de desarrollo adoptados por la comunidad internacional, especialmente las agencias del sistema de Naciones Unidas.⁷⁸

Dentro de otra postura se maneja la idea del “umbral mínimo”, es decir, desde una perspectiva operacional existe un umbral mínimo para la realización de los derechos humanos. Aunque puedan existir diferencias en la realización de derechos entre países, esa línea mínima debe ser garantizada universalmente (sea a través de políticas nacionales o a través de la cooperación internacional, por ejemplo). Es importante determinar entonces una “línea mínima de dignidad”; cualquier situación debajo de esa línea, representaría encontrarse en extrema pobreza.⁷⁹

Un enfoque emergente y sugestivo de la teoría del desarrollo se debe a las propuestas de Amartya Sen, quien propone comprender el desarrollo como una actividad humana cuyo fin es proporcionar a las personas la oportunidad para ser libres, es decir, la oportunidad para realizar su proyecto de vida. Desde esa perspectiva, el bien-estar de las personas no es una cuestión ética “externa” a la economía, sino el fin y el medio del desarrollo.⁸⁰

En América se ha acentuado la percepción respecto a la amplia porción de población que vive “bajo el umbral de la pobreza” y sobre la creciente brecha económica entre las “clases”.⁸¹

Sin duda, 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”.⁸²

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad”.⁸³

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 112 y 113.

⁸⁰ *Cfr.* Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000; y Ávila, José Luis, *La desigualdad...*, *op. cit.*

⁸¹ Carmona y Choussat, *Constituciones: Interpretación histórica y sentimiento constitucional. Cuatro ensayos sobre la organización política*, Thomson, Civitas, Navarra, 2004, pp. 258 y 259.

⁸² Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 325.

⁸³ Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, Instituto de Investigaciones

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”.⁸⁴

En la presente tesis se sostiene que los derechos humanos tienen un carácter universal, pero se estima que aún en el año 2011 no es fácil hablar de esta universalidad de los derechos humanos ya que su ejercicio está “condicionado” por la situación económica de las personas de que se trate. Así, la pobreza representa un límite real --y por supuesto injusto-- al pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

Aun en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 --cuando surgen los derechos humanos en su concepción “moderna”-- no podía hablarse de universalidad ya que se excluyó a las mujeres.⁸⁵

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades⁸⁶ de las que fue testigo (ejemplos del *Homo homini lupus* del que hablaba Tito Marcio Plauto y, posteriormente, Hobbes) y da inicio un extenso⁸⁷ proceso declarativo de derechos a favor de la persona.⁸⁸ Empero, no se debe perder de vista el carácter “relativo” que adquieren algunos derechos cuando el contexto cultural se modifica.

Como se ha dicho, 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

Jurídicas, México, 1997, pp. 58 y 59. Del mismo autor véase *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, pp. 61 y ss.

⁸⁴ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 34.

⁸⁵ Por ello de manera alterna, en 1789, Olimpia de Gouges --seudónimo de Marie Gouze-- 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. Olimpia fue guillotizada por haber elaborado la Declaración.

⁸⁶ Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Sergio García Ramírez observa que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo, que demandan y establecen sus propias garantías; y cuya explosión ha sido producto del trauma que se produjo al cabo de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 5.

Pogge, son los “pobres globales”.⁸⁹ Hay quienes sostienen que los derechos humanos fueron “concebido(s) como una tabla de mínimos” que todo Estado democrático debiera proporcionar y garantizar a su población pero, en múltiples ocasiones, parecer ser una tabla de “máximos que casi nadie alcanza”.⁹⁰ Así, los países no han logrado garantizar el conjunto de derechos humanos para la totalidad de su población --en ocasiones, ni siquiera para la mayoría de ella-- lo cual redundaría en un grave déficit de protección de derechos y en precarias condiciones de vida.

En la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, se planteó que “todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo (principio 5)”.

Sin embargo, a manera de diagnóstico de situación, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, sostuvo 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 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.*⁹¹

Como se ha dicho, 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

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, Temas de Hoy, Madrid, 2002, p. 67.

⁹¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, pp. 4 y ss., http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2010).

hacen aún más susceptibles de sufrir violaciones a 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.⁹² 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”.⁹³

En este grave contexto “los pobres tienen escasa o nula voz para”⁹⁴ 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”, 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 admite 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.⁹⁵

⁹² 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.

⁹³ *Ibidem*, p. 39.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ *Recomendaciones del ACNUR a la Conferencia Ministerial sobre el proceso Euro Africano sobre Migración y Desarrollo* (Paris, 20-21 de octubre del 2008), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6687.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2010).

3.3. DEMOCRACIA Y DIGNIDAD HUMANA

En esta investigación se entiende a la democracia “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.⁹⁶

Para la edificación y consolidación de este sistema de vida es necesaria la participación activa de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. Y a fin de que éstas puedan tomar decisiones e incidir activamente en el orden social, económico y cultural deben conocer la mayor cantidad de perspectivas posibles acerca de las realidades prevalecientes en los países en los que se encuentran. Deben, además, desarrollar la capacidad de entender a los demás y sus puntos de vista, deben tratar de hacer el esfuerzo de interpretar del modo más tolerante posible las posiciones de aquellos que disienten de su postura, no con la finalidad de cambiar de opinión, sino de comprender la complejidad del problema en análisis y reconocer que la necesidad de tomar una decisión colectiva presupone el imperativo de lograr acuerdos y realizar concesiones.

Esta capacidad específica es lo que se podría denominar tolerancia en sentido amplio y constituye una habilidad especial de la persona, necesaria para alcanzar la condición de la “fraternidad política”. Esta condición es aquella por la cual los miembros de una comunidad se encuentran unidos a pesar de las diferencias de opinión que los separan cuando se trata de los fines y la identidad de sus grupos de pertenencia.⁹⁷

Esta fraternidad política no debe confundirse con la unanimidad de sentimiento o de creencia. La actitud o capacidad de comprensión mutua sobre la que se apoya la idea de fraternidad política es consistente con el reconocimiento de profundos desacuerdos y la aceptación de que éstos pueden persistir por siempre. Por otra parte, la fraternidad política debe distinguirse también de la mera tolerancia que resulta asociada a la idea de no-interferencia. La idea de mutua comprensión implica algo más que mero respeto y el principio negativo de la tolerancia. Implica comprender el

⁹⁶ Artículo 3º, II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Claramente existen autores que se centran en la parte política del concepto. Así, se puede definir a la democracia como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente y el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente. Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales...”, *op. cit.*, pp. 2 y 3. También *cfr.* Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 100.

⁹⁷ Saba, Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión”, en Abregú, Martín y Courtis Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 574-576.

punto de vista de los demás e interpretarlo del mejor modo posible, en la forma en que ellos son considerados por sus propios defensores, incluso si nos provocan un fuerte rechazo.⁹⁸ Esta es la actitud que debe tenerse al hablar de derechos de migrantes indocumentados; los servidores públicos --particularmente, jueces o magistrados-- no pueden permitir que sus propios prejuicios y formas de pensar afecten la actividad que realizan, la cual debe guiarse estrictamente por la ley --en sentido formal y material, como *infra* se verá--.

En otro orden, Ferrajoli define a la democracia constitucional como “un modelo de democracia fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel del derecho producido en éstos últimos cincuenta años: un cambio sobre el que aún hoy no hemos tomado suficiente conciencia y, sobre todo, cuyas formas y técnicas de garantía aún estamos lejos de haber elaborado y asegurado”.⁹⁹

La democracia tiene como uno de sus elementos característicos al laicismo, debido a que es contraria al fanatismo, al dogmatismo, a la superstición, al pensamiento único y a los valores absolutos. Pero también la democracia se manifiesta a través del pluralismo y del derecho a disentir,¹⁰⁰ como se comentó.

Pero particularmente la democracia tiene una liga indisoluble con los derechos humanos. No puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos realmente sólo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático.¹⁰¹ Es bajo este concepto amplio de democracia --como sistema de vida-- donde se condiciona la existencia de ésta al respeto irrestricto de los derechos humanos.¹⁰²

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”, lo cual se puede trasladar sustituyendo el concepto de Constitución por el de democracia.

Incluso hay quienes han llegado a sostener que la democracia es el único régimen jurídico-político compatible con las exigencias planteadas por los derechos humanos, sin que ello quiera

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁰ *Cfr.* Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales...”, *op. cit.*, p.5

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

decir que sea el régimen que mejor garantiza los derechos o que se haya demostrado en la práctica que es el único compatible con el respeto de los mismos.¹⁰³

La democracia también debería de impulsar el desarrollo humano que de acuerdo con los informes del PNUD es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo.¹⁰⁴ El respeto a los derechos humanos contribuye a la paz social pero sin duda la paz social --determinada por el desarrollo humano-- y la estabilidad democrática constituyen un presupuesto indispensable para la garantía efectiva de los derechos.¹⁰⁵

Ahora bien, no puede negarse que América tiene una amplia historia en lo que a gobiernos autoritarios se refiere. Y aunque actualmente la mayoría de países cuenta con una democracia electoral, aún sigue presente la miseria y la desigualdad --en mayor o menor medida-- entre los distintos sectores al interior de ellos.¹⁰⁶ A esto se suma la juventud o “vulnerabilidad” de los mecanismos de control constitucional de algunos países.

En suma, América ha experimentado interesantes avances y también retrocesos en su evolución política-constitucional de las últimas décadas. Uno de los aspectos que merece mayor atención son los procesos constituyentes que han vivido algunos países, como Ecuador, los cuales han traído como consecuencia nuevas Constituciones con un grado significativo de reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos aspectos se analizarán en los capítulos segundo y cuarto de esta investigación.¹⁰⁷

3.4. LAS FRONTERAS TERRITORIALES FRENTE A LA DIGNIDAD HUMANA

Jurídicamente, “uno de los elementos constitutivos del Estado es el territorio, que tiene una demarcación representada por fronteras. Las fronteras pueden ser naturales y que constituyen

¹⁰³ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, *op. cit.*, pp. 468 y 469.

¹⁰⁴ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo Latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (Coords), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 4. Y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2006, pp. 16, 38 y 43.

¹⁰⁵ García Méndez, Emilio, “Diritti umani: origine, senso e futuro. Riflessioni per una nuova agenda”, *Ragion Pratica*, No. 26, giugno 2006, *il Mondo*, p. 171.

¹⁰⁶ *Cfr.* Carpizo, Jorge, “Tendencias...”, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁷ Sobre este tema, véase Ortiz Gutiérrez, Julio, “La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 247-300.

obstáculos geográficos como montañas, ríos o lagos, y artificiales, señaladas por los Estados a través de negociaciones y que pueden tomar como elemento de definición líneas imaginarias o paralelos y meridiano. La delimitación de fronteras es uno de los grandes problemas que existen en el mundo y es fuente principal de conflictos...La resolución 2625 (XXV de 1970), conocida como principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de la ONU, estableció que los Estados tienen el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otros Estados o como medio de resolver controversias internacionales, incluso las controversias territoriales y los problemas relativos a las fronteras de los Estados”.¹⁰⁸

Es necesario replantearnos --en relación con la situación actual que se vive en el mundo y con el tema que se aborda-- la naturaleza de las fronteras. Algunos datos cruciales para repensar las fronteras latinoamericanas son su carácter poco estructurado y su dinamismo. Frente a la lógica de un espacio planetario signado por el control territorial de los Estados, las fronteras se revelan como ámbitos dotados de creatividad y potencialidades. Son los lugares propicios para la articulación social y el consiguiente desarrollo de nuevas configuraciones sociales. Los habitantes de pueblos fronterizos suelen tener más relaciones, no sólo económicas sino también sociales y parentales, con sus vecinos del otro país que con los miembros de la propia colectividad estatal. Ello facilita no sólo la circulación física, sino el desarrollo de códigos compartidos en razón de la vinculación a un medio natural y cultural común.¹⁰⁹

Las fronteras no son el final de los países, sino espacios plurales propicios para el desarrollo de nuevas formas y estrategias de convivencia, aunque en ellas se haga sentir la presencia y el poder del Estado. Pero no debe seguir siendo contradictorio con la lógica de ocupación estatal del espacio, aceptar que una frontera no es un ámbito de separación sino un punto de convergencia, de articulación entre similares o distintas formaciones culturales y sociales, dotado, por lo tanto,

¹⁰⁸ Méndez Silva, Ricardo, “Fronteras”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, UNAM, Rubinzal-Culzoni Editores, México, 2006, t. V, p. 578.

¹⁰⁹ Cfr. Alberto Bartolomé, Miguel, “Fronteras estatales y fronteras étnicas en América Latina. Notas sobre el espacio, la temporalidad y el pensamiento de la diferencia” en Velasco Ortiz, Laura (Coord.), *Migración Fronteras e Identidades étnicas transnacionales*, Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa, México, 2008, pp. 50-52.

de una singularidad histórica que le otorga una especial potencialidad para el desarrollo de nuevas formas de relación entre las poblaciones involucradas.¹¹⁰

Pero se ha llegado a decir que “en un mundo caracterizado por condiciones muy variables, las fronteras internacionales sirven para mantener la desigualdad global”.¹¹¹

Por tanto 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”.¹¹²

La globalización mercantil y comunicativa, así como la configuración de nuevos bloques económicos, están cambiando aceleradamente el papel de las fronteras en Europa. Sin embargo, en Europa y en América Latina, el temor a la pérdida de hegemonía --que puede reflejarse en políticas de migración represivas y violatorias de derechos humanos-- tiende a producir el mismo fenómeno que se supone desea evitar: esto es el surgimiento de procesos y poderes locales que pueden llegar a confrontarse con el Estado y diluir el poder estatal.¹¹³

Por globalización se ha entendido el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, político y cultural. La globalización sería la última fase, la culminación del proceso de mundialización comenzado hace varios siglos, en la época de los grandes descubrimientos geográficos y el inicio del colonialismo europeo. La globalización representaría el resultado final de la modernidad, del despliegue de las posibilidades contenidas en los ejes de ésta, definidos desde la segunda mitad del siglo XVIII europeo.¹¹⁴

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009, p. 363.

¹¹² 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.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Cfr.* Moreno, Isidoro, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en Corcuera Atienza, Javier (Dir.), *Los Nacionalismos: Globalización y Crisis del Estado-Nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; Featherstone, Mike, *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, Sage, Londres, 1991; y Robertson, Roland, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, Londres, 1992. El desarrollo e implicaciones del concepto puede verse, entre otros, en Kloos, Peter y De Silva, Purnaka, *Globalization, localization and vilence. An annotated bibliography*, VU University Press, Amsterdam, 1995.

En este contexto podría pensarse que la globalización ha permitido la internacionalización de los derechos humanos y sus garantías. De otro lado también se podría 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.

Así, se afirma que “lejos de homogeneizar la condición humana, la anulación tecnológica, de las distancias de tiempo y espacio, tiende a polarizarla. Emancipa a ciertos humanos de las restricciones territoriales a la vez que despoja al territorio, donde otros permanecen confinados, de su valor y su capacidad para otorgar identidad”.¹¹⁵

Aunque estas posturas tienen 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.*¹¹⁶

Por otra parte, se tiene que reconocer que cruzar una frontera como persona migrante no es un proceso sencillo. Más allá de los riesgos involucrados en la migración irregular, el tránsito supone una aventura existencial que conlleva numerosos riesgos personales y sociales. Sea cuales sean las motivaciones migratorias --que en América Latina suelen dividirse entre las necesidades económicas y los exilios políticos voluntarios o forzados-- todos los migrantes se ven obligados a redefinir la vida dentro de marcos ajenos a su experiencia previa y a su proceso de socialización inicial.

Se enfrentan a un mundo “no conocido”, cuyas características y reglas les son ajenas, al que deben aprender a manejar pero que no se sienten obligados a aceptar, por no haber sido internalizadas en la niñez.

Se suele considerar que la migración produce cambios en la identidad de los que la protagonizan, al incorporarse a nuevos contextos dentro de los cuales son obligados a redefinir su inserción social previa. Se ha entendido a la identidad como una “dimensión culturalmente construida de la persona”, pero la cultura aunque es una de las bases de la identidad no debe ser confundida con

¹¹⁵ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, p. 28.

¹¹⁶ Peces-Barba, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 191.

ésta. La identidad constituye una construcción ideológica que la persona asume de su sociedad al internalizarla y que es derivada del contraste con otras identidades. Sin embargo, aunque las identidades no son esenciales y dependen de un proceso social de identificación, tampoco son tan contingentes que se puedan modificar con sólo cruzar una línea fronteriza. A lo largo del tiempo el nuevo proceso social de identificación en el que están involucradas las personas migrantes los puede llevar al desplazamiento y reemplazo de sus identidades previas, pero la tendencia es a reformularlas manteniendo la distintividad.¹¹⁷

Se ha llegado a manejar alguna fórmula respecto a la migración y la identidad:

Migración = proceso de adaptación = pérdida de identidad.

En otras palabras, migración = integración.

La realidad que se nos manifiesta en incontables casos no responde a ley matemática alguna; así pues, es factible que se compruebe el modelo interpretado por algunos, pero también, ante tal hecho, se debe dar lugar al reconocimiento de múltiples posibilidades más. Las opciones no aparecen como una amplia gama, cuya elección es sencilla y realizable con posibilidades de éxito. Inclusive sería ingenuo pensar que, por el mismo desarrollo del país, éstas no estuvieran determinadas por las condiciones generales. Lo cierto es que los grupos migrantes presentan manifestaciones particulares o mecanismos de disentimiento en búsqueda de mantener algunos rasgos distintivos.¹¹⁸

En 2003 un grupo de psiquiatras de la Universidad de Barcelona determinó la existencia de un conjunto de síntomas asociados que padecen los migrantes, al que llamaron “síndrome de Ulises”, en alusión a los peligros y angustias que sufrió el mítico navegante griego en sus viajes. El síndrome incluye ansiedad, depresión, trastornos disociativos, psicosomáticos e incluso trastornos sicóticos, y al parecer es desencadenado por la serie de “duelos” que tiene que sobrellevar una persona que pierde todo o parte de su grupo parental, sus amistades, sus referencias personales, su inserción social e incluso su seguridad física. No es tan fácil la aventura del migrante, ello sin contar la violencia física y moral a la que son sometidos por los funcionarios fronterizos.¹¹⁹

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ Méndez y Mercado, Leticia Irene, *Migración: decisión involuntaria*, Instituto Nacional Indigenista, México, 1985, p. 12.

¹¹⁹ Alberto Bartolomé, Miguel, “Fronteras estatales...”, *op. cit.*, pp. 59.

La inmigración es una actividad sometida siempre a la voluntad unilateral del Estado que decide o no acoger libremente en su territorio al inmigrante. Los Estados han entendido --tácita o explícitamente-- que reconocer directamente el derecho a la inmigración en su territorio --fuera de los parámetros de “legalidad” que ellos mismos han establecido y como contrapartida lógica del derecho a salir de cualquier país incluido el propio que todos tenemos formalmente reconocido en el ámbito internacional, como se verá *infra*-- es un acto que puede poner en peligro su soberanía y por tanto, no pueden permitirlo, sobre todo porque supuestamente puede afectar negativamente a los intereses de sus mismos nacionales, a su nivel de vida y a los valores culturales que determinan su propia “identidad nacional”.¹²⁰

Así, las políticas, regulación y propuestas sobre la gestión de la inmigración (o de los flujos migratorios), dependen de la visión de la inmigración que se tenga, de cómo se conciba al fenómeno. Y el problema es la “miopía” que impera en algunos --o muchos-- gobiernos para reconocer la realidad migratoria y sus causas.

Es necesario que al concluir la primera década del siglo XXI, se centralice a la migración como cuestión de desarrollo --no de seguridad--; y como una de las cuestiones políticas clave y no como un asunto periférico que se trata de gestionar mediante políticas sectoriales de migración. Se requiere de forma urgente otra mirada y un abordaje distinto de la inmigración indocumentada despojada de prejuicios y dando prioridad a la observancia de los derechos humanos.

Si la migración es sólo lo que a nosotros nos interesa, es decir, si lo único que nos preocupa de los flujos migratorios es si necesitamos o no a los migrantes y, en caso afirmativo, cómo establecer exactamente cuántos, dónde, durante cuánto tiempo y a quiénes, se está teniendo una visión instrumental, y, sobre todo, sectorial de lo que es la realidad migratoria. No se niega que esa visión tiene fundamento, y es parte de la realidad compleja --global-- del fenómeno migratorio, pero esta lejos de agotarlo. De Lucas enfatiza la necesidad de tener un enfoque *realista* que exige ante todo conocer la realidad de la inmigración actualmente. Y ello supone como mínimo “comenzar por entender las características del fenómeno de la inmigración, y

¹²⁰ Miraut Martí, Laura, “Problemas pendientes de la migración en un mundo dividido”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 7.

también exige escuchar, aprender del otro punto de vista, el de los protagonistas de los procesos migratorios”.¹²¹

Una parte de esta realidad la compone el contexto actual que define o motiva a la migración. Lo anterior no representaría un problema si ésta se produjera de forma libre y documentada; sin embargo, como se dijo, hoy se observa una cruenta realidad de migraciones forzadas e irregulares causadas por la pobreza, el desempleo, los conflictos y muchos motivos más de compleja enunciación.

Se concluirá este apartado con la siguiente idea que refleja la complejidad de la problemática que se aborda en esta investigación:

Los migrantes indocumentados forman parte de un Tercer Mundo transnacional de personas que está creciendo, que no constituye una circunscripción electoral para efectos de procesos políticos a nivel nacional, que se mueve en una tierra de nadie desde el punto de vista jurídico, y que vive experiencias vitales modeladas por el lado oscuro de una economía global creciente, cuyas iniquidades son en un parte garantizadas por la existencia de las fronteras nacionales y los poderes coercitivos de los Estados que las vigilan. Por ello, los migrantes indocumentados revelan las contradicciones más profundas entre los poderes excluyentes de la soberanía y la política cosmopolita de los derechos destinada a proteger las nuevas vulnerabilidades transnacionales frente a las nuevas impunidades transnacionales.¹²²

4. DERECHOS HUMANOS, MINORÍAS E IGUALDAD

Las minorías culturales son aquellas que tienen una cultura distinta de la mayoritaria dentro de un Estado.¹²³

La *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* determina que “las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas...tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”.¹²⁴

En la actualidad la idea de sociedades nacionales homogéneas no sólo es cuestionable --en múltiples casos-- sino sociológica y jurídicamente insostenible.

¹²¹ De Lucas Martín, Javier, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración...*, op. cit., pp. 15 y 16.

¹²² De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica...*, op. cit., p. 368.

¹²³ Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, Fontamara, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 37.

¹²⁴ Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

La razón y los presupuestos de la estipulación jurídica de los derechos humanos y, en general, del paradigma constitucional no es la idea de unidad moral del género humano, sino esa falta de unidad. Es precisamente por el hecho de que la humanidad no está hermanada por la co-participación de los mismos valores sino, por el contrario, está “dividida” por el pluralismo de los valores de las respectivas culturas, por lo que se requiere la convención jurídica sobre lo que no es lícito y sobre lo que es debido hacer en tutela de los derechos de todos. Y es precisamente la heterogeneidad y la “natural conflictividad” entre culturas y valores distintos lo que conforma el fundamento del constitucionalismo de los derechos y de la recíproca garantía de las diferencias, como condiciones necesarias para la paz y convivencia armónica.¹²⁵

Por ello, el liberalismo entiende que los Estados existen no sólo para proteger iguales derechos y oportunidades para las personas, sino también para garantizar un marco cultural que permita a éstos ser libres e iguales. La tesis de Kymlicka y Straehle, es que si una cultura desaparece o es discriminada, las posibilidades de sus miembros de disfrutar de una vida plena se ven dramáticamente rebajadas.¹²⁶

En los Estados plurinacionales, se debe garantizar un marco jurídico adecuado que permita gozar y ejercer plenamente los derechos para las diferentes minorías nacionales (étnicas y culturales).¹²⁷

La efectiva vigencia de los derechos de las minorías, en el caso de migrantes indocumentados, plantea ciertas dificultades y controversias; incluso es cuestionable su propia categorización como minoría.

Así, por ejemplo, en algunos casos, la migración indocumentada es de tránsito por lo que sería cuestionable hablar de “minorías” o algunas personas quizás podrían sostener que los índices de migración no son tan significativos como para hablar de “minorías”. La democracia es un sistema de vida en el cual prevalece el gobierno de las mayorías pero con pleno respeto a los derechos de las minorías; es decir, no se trata de una tiranía de las mayorías sino de la garantía efectiva de los derechos de todas las personas que se encuentran sujetas a la jurisdicción de los Estados por lo que no consiste en un asunto cuantitativo; así, aun cuando se trate de un migrante o de 10 millones de ellos, todos los Estados deben ofrecer garantías efectivas para el disfrute de sus

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, pp. 143-145.

¹²⁶ Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, UNAM, México, 2003, pp. 64 y ss.

¹²⁷ En el contexto de entornos culturales y sobre los derechos humanos en el Islam, véase Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, Gernika, México, 1998, pp. 81-100.

derechos, independientemente de las “minorías” que puedan o no constituirse. Por ello se propone superar el debate en torno al término “minoría” --que suele emplearse para designar a personas indígenas, por ejemplo-- para centrarse en el pleno respeto y garantía de los derechos de todas las personas que --regular o irregularmente-- se encuentran en el territorio de un Estado.

Como parte de esta obligación estatal debe tomarse en cuenta que no sólo se trata de enunciar derechos sino de decir cómo deben ser las políticas o acciones adecuadas para su defensa y vigencia.

De acuerdo con Amartya Sen los derechos señalan cuáles son los objetivos colectivos que los poderes públicos deben perseguir ¹²⁸ y en este marco se insertan los derechos de las personas migrantes indocumentadas.

Para entender las posibles respuestas que puede ofrecer el sistema jurídico a los planteamientos multiculturalistas habría que empezar distinguiendo entre el concepto de “diferencias” y el de “desigualdades”. Las primeras, de acuerdo con Ferrajoli, son los rasgos específicos que distinguen y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos humanos. Las desigualdades, ya sean económicas o sociales, son las disparidades entre personas producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. ¹²⁹

La garantía de los derechos que permitan las diferencias --en tanto que constituyen identidades y son la concretización de la autonomía de las personas-- y que combatan las desigualdades --al menos aquellas que sean ilegítimas--, pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Para Ferrajoli hay cuatro “modelos” de relación entre el derecho y las diferencias: a) indiferencia jurídica de las diferencias; ¹³⁰ b) diferenciación jurídica de las diferencias; ¹³¹ c) homologación jurídica de las diferencias; ¹³² d) igual valoración jurídica de las diferencias. ¹³³

¹²⁸ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, *op. cit.*, p. 193.

¹²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, pp. 143-145.

¹³⁰ Para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se les ignora. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*, <http://conapred.org.mx/depositobv/M0002-01.pdf>; Carbonell, Miguel, *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 49-51.

¹³¹ De acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, de renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. *Idem.*

Existe un riesgo latente cuando en un territorio convergen minorías entre sí y éstas con la mayoría culturalmente predominante: el Derecho del Estado puede buscar la uniformidad de las personas sujetas a su jurisdicción y de esta forma se puede afectar el ejercicio de los derechos, desconocer y limitar las distintas necesidades o formas de vida; es decir, una homogeneización que en el fondo parte de exclusiones y que desconoce las diferencias.¹³⁴

En este marco, la *alteridad* permite pensar procesos y construir relaciones. Como tal constituye un referente central de la cultura y la vida diaria; mediante ella se puede analizar la tensión que involucra la relación con el otro. El otro es siempre el extranjero quien no es --necesariamente, ni casi nunca-- un enemigo a combatir; aunque el otro --piensan algunos gobiernos-- es el peligro “que puede destruir la identidad”.¹³⁵

Es claro que sólo un nacionalismo moderado y democrático es justificable y se logra cuando se tiene como fundamento a los derechos humanos, los cuales proporcionan una base sólida--posiblemente la única base sólida-- para el pleno desarrollo social e individual.

El nacionalismo probablemente pueda visualizarse como contrapuesta a los derechos humanos ya que, en ocasiones, se desarrolla bajo una lógica incluyente que resulta excluyente al querer diluir las diferencias o restringirlas. Por tanto, hay que buscar una concepción del nacionalismo que sea compatible con los derechos humanos de todas las personas en el contexto de sociedades heterogéneas.¹³⁶

¹³² Según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad --en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa-- como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”. *Idem*.

¹³³ Se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias, sino que al asegurar la igualdad de todos, en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

¹³⁴ Gutiérrez Castañeda, Griselda, “Identidad, Ciudadanía y Cultura Política”, en Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política, integración de la diversidad e identidades sociales*, UNAM, México, 2008, p. 83.

¹³⁵ Gómez Sollano y García Abigail, “Alteridad, saber e integración de la diversidad”, en Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política...*, *op. cit.*, pp. 142 y 143. También *cfr.* Cohen, Esther y Martínez de la Escalera, Ana María (coords.), *Lecciones de extranjería, Una mirada a la diferencia*, Instituto de Investigaciones Filológicas UNAM, Siglo XXI, México, 2002, p. 8; y Wieviorka, Michel, “Cultura, sociedad y democracia”, en Daniel Gutiérrez (coord.), *Multiculturalismo: perspectivas y desafíos*, El Colegio de México, UNAM, Siglo XXI, México, 2006, pp. 25-76.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 11.

En nuestras sociedades complejas resulta necesario replantearse la concepción jurídico-política de la ciudadanía, ya que tal concepción contempla exclusivamente el eje de la integración social, sin tener en cuenta mínimamente el otro gran eje de la diferenciación social, que se halla respaldado por los derechos humanos cuando son entendidos no sólo en el sentido individual, sino también en cuanto derechos de grupo (étnico, nacional, religioso, de género, etcétera). En este sentido, la ciudadanía sólo puede ser entendida, al finalizar la primera década del siglo XXI, como una ciudadanía compleja.¹³⁷

Porque hay que lograr que un conjunto de personas libres, autónomas y plurales, que conviven en un mismo contexto geográfico, estén integrados pero diferenciados a fin de que gocen y ejerzan plenamente sus derechos humanos.

Como se mencionó, los derechos humanos precisan del apoyo del régimen democrático, ya que sólo las democracias consolidadas --aun con riesgos de que los criterios para definir algo como “consolidado” puedan ser arbitrarios-- pueden garantizar su cumplimiento. En este sentido puede decirse que la amplia difusión del modelo democrático en todo el mundo durante el último cuarto del siglo XX --aunque se trate con frecuencia de sistemas democráticos en transición, débiles o “de fachada”-- abre una línea prometedora para la difusión del reconocimiento y de la observancia de los derechos humanos.¹³⁸

En los últimos años se ha hablado de una *ciudadanía diferenciada*;¹³⁹ así, surge un concepto de ciudadanía diversificada que permite a los grupos sociales desfavorecidos o marginados y a las minorías, su integración en el Estado de que se trata sin perder por ello sus rasgos diferenciales propios. Se trata, entonces, de una ciudadanía heterogénea o, para manejarlo en otros términos, no homogénea.

La ciudadanía diferenciada “propugnada por el multiculturalismo no se basa en el hecho de que el ciudadano ya no existe, que se está disolviendo de hecho, sino en el rechazo de un Estado considerado injusto que 'no ve' y, por tanto, oprime las diferencias étnico-culturales”.¹⁴⁰

¹³⁷ Rubio Carracedo, José, “Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos”, en Rubio Carracedo, José, Rosales, José María y Toscano Méndez, Manuel, *Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 9 y 10.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹³⁹ Cfr. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Anchor, New York, 1950; y Kymlicka y Norman, *Return of the Citizen: A survey of Recent Work on Citizenship Theory*, Ethics 104, 1994.

¹⁴⁰ Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001, p. 100.

Una de las propuestas calificadas como más radical ha sido la de Iris M. Young. A su juicio, el concepto hasta ahora hegemónico de ciudadanía integrada es un atentado contra el genuino concepto de igualdad, ya que viene a negar en la práctica los derechos de las minorías sociales y étnicas al forzarlas a una homogeneización con las pautas de la mayoría; y tal proceso homogeneizador es también injusto puesto que contribuye a perpetuar su marginación sociocultural en beneficio de los grupos privilegiados de la mayoría.¹⁴¹

Ahora bien, ¿puede lograrse el respeto de las diferencias en los Estados multiculturales? y ¿cómo? He aquí, probablemente, el mayor reto actual de las democracias occidentales.

5. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública”.

El Convenio (número 111 de 1958) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación,¹⁴² define en su artículo 1º a la discriminación como “a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...”

Existe una gran variedad de formas de discriminación, las cuales pueden ser ordenadas según algunos criterios de clasificación: el sujeto activo de la discriminación; el sujeto pasivo que sufre la discriminación; las causas o motivos con base en los cuales se realiza la discriminación; las

¹⁴¹ Cfr. Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, *passim*.

¹⁴² Conocido como Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra, Suiza el 25 de junio de 1958, y entró en vigor el 15 de junio de 1960.

consecuencias que se producen.¹⁴³ Otro criterio de clasificación se refiere a la diversidad de dimensiones en las que la discriminación se presenta: se puede identificar una dimensión *personal*, una dimensión *institucional* y una dimensión *estructural*.

La dimensión personal tiene su origen en los prejuicios de una persona concreta. La discriminación en su dimensión *institucional* se presenta en los contextos en que el acto discriminatorio se produce de manera regular debido a que su origen reside en criterios de conducta previamente establecidos en textos y documentos, así como en acuerdos no explícitos que rigen el funcionamiento de una determinada institución. La discriminación *estructural* se caracteriza en razón de que el acto discriminatorio se presenta de manera sistemática, lo cual se debe a que el orden social está dispuesto de manera tal que casi sin excepción ciertas personas o grupos de personas padecen la limitación o la negación de sus derechos. En esta dimensión la discriminación depende de las estructuras sociales.¹⁴⁴

Es claro que en la realidad estas tres dimensiones de la discriminación no son excluyentes entre sí, más bien, a medida que se trasciende de la dimensión personal a la institucional y de ahí a la estructural, la anterior queda subsumida en la posterior, es decir, la discriminación estructural se conforma y se manifiesta a través de un gran número de discriminaciones personales e institucionales, esta última mediante una serie de discriminaciones personales.¹⁴⁵

A pesar de lo anterior, hay que aclarar que no toda distinción o diferenciación constituye discriminación.

La CorteIDH ha establecido que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que

¹⁴³ Así se podría distinguir: la discriminación que priva de un bien o un derecho a una persona o grupo de personas con el que otros sí cuentan; la discriminación que excluye a una persona de participar de una situación u orden de cosas en las que otros toman parte; o la discriminación que impide u obstaculiza a una persona o grupo de personas realizar una actividad o derecho determinado del que otros sí pueden disfrutar.

¹⁴⁴ De la Torre Martínez, Carlos, *El Derecho a la no discriminación en México*, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006, pp. 7-9.

¹⁴⁵ *Idem*.

reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.¹⁴⁶ Éstos y otros aspectos de la jurisprudencia de la CorteIDH serán abordados en posteriores capítulos.¹⁴⁷

En este marco, Alfonso Ruiz Miguel observa que la igualdad es un concepto relacional que muestra la identidad que existe entre dos o más personas, cosas o hechos en relación tan sólo con algunos aspectos, reconociendo las diferencias sustanciales que prevalecen en el resto de los elementos.¹⁴⁸

Así, igualdad y diferencia no son conceptos antónimos, por el contrario, se exigen mutuamente. La *igualdad* no implica la *homogeneidad* en relación con las formas de ser, actuar y pensar de las personas.

En el marco de una sociedad democrática y desde una perspectiva jurídica, la igualdad entre las personas implica estrictamente que la identidad que existe entre ellas reside en que todos sin excepción son titulares de los mismos derechos y obligaciones fundamentales, dejando plena libertad para que cada persona conduzca su vida con total autonomía.

En la misma línea de Ferrajoli ya abordada, De la Torre Martínez indica que diferencias no son lo mismo que desigualdades. Las primeras, en tanto constituyen la esfera de libertad por medio de la cual la persona expresa su identidad, deben ser valoradas y protegidas por el derecho; las

¹⁴⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005; Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003; Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002 y Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido este razonamiento, véase *caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, sentencia de 23 de julio de 1968; *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, sentencia de 7 de diciembre de 1976; *Caso Marckx*, sentencia de 13 de junio de 1979; *Caso Artico*, sentencia de 13 de mayo de 1980; *Caso Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tekdal*, sentencia 31 de julio de 2001. En un sentido similar --y a manera de ejemplo-- se encuentra la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia Mexicana al afirmar que: “La garantía de no discriminación que consagra el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, proscribire cualquier distinción motivada por razones de género, edad, condición social, religión o cualquier otra análoga que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; sin embargo, no es cualquier distinción de trato entre las personas, sino sólo aquellas que atenten contra la dignidad humana, así como las que tengan por efecto anular o menoscabar sus derechos y libertades, o bien, la igualdad real de oportunidades”. *Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII*, Octubre de 2008, p. 25, tesis: P./J. 114/2008.

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación*, Center for Justice and International Law, Washington, 2009.

¹⁴⁸ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “Sobre el concepto de igualdad”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pp. 31-67.

segundas, en tanto crean estatus jurídicos distintos que se traducen en desventajas para unos deben ser erradicadas por el derecho a fin de lograr la igualdad formal y material.¹⁴⁹

Por tanto, la igualdad se refiere a cómo deben ser tratados los seres humanos y no a cómo son, ya que tal como se ha visto en el apartado previo actualmente vivimos en sociedades heterogéneas que son potenciadas por fenómenos como la migración.

Los defensores de los derechos humanos no están tan preocupados por demostrar que los seres humanos seamos iguales, como por luchar para que, seamos iguales o no, se nos trate como iguales.¹⁵⁰ Esto es, hay que reconocer que somos diferentes pero debemos hacer que esas diferencias no se traduzcan en una desigualdad de trato y de derechos. Se busca la igualdad en la diferencia. Ferrajoli lo ha resumido con claridad: “igualdad es término normativo: quiere decir que los 'diferentes' deben ser respetados y tratados como iguales”.¹⁵¹

En definitiva, existe no sólo una gran diversidad entre los seres humanos, sino también notables desigualdades y diferencias entre ellos, incluyendo las diferencias adquiridas o derivadas de modos de organización políticos, culturales, económicos y sociales.¹⁵²

En este sentido, determinar qué es igualdad o que implica la igualdad no es tarea sencilla. De acuerdo con Amartya Sen, se trata de determinar cuál es el núcleo de las condiciones sociales; cuál es la condición o variable que satisfecha igualitariamente, nos permitiría afirmar que todos los seres humanos son tratados como iguales en una realidad concreta.¹⁵³ Claramente con ello podríamos determinar qué es lo que se busca, qué es lo que un sistema jurídico determinado debe buscar y lograr.

Algunas teorías defienden que en el punto de llegada todos los seres humanos deben ser igualmente autónomos; ese es el gran objetivo que, desde su punto de vista, debe perseguir cualquier modelo aceptable de organización social. Por eso, se asumirá que una sociedad es igualitaria, si todos los miembros de esa sociedad son igualmente autónomos, es decir, gozan de igual capacidad de autodeterminación individual, disfrutan de iguales posibilidades de elegir sus planes de vida, en definitiva, de ser dueños de su destino, de realizarse plenamente. “La variable elegida --autonomía, no difiere notablemente de la variable *libertad real* propuesta por Philippe

¹⁴⁹ De la Torre Martínez, Carlos, *El Derecho...*, op. cit., pp. 53 y 54.

¹⁵⁰ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, op. cit., p. 228.

¹⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...* op. cit., p. 79.

¹⁵² González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, op. cit., p. 230.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 232.

Van Parijs, o de la variable *capacidad* propuesta por Amartya Sen-- que Nino asume y vincula con la satisfacción de las necesidades básicas”.¹⁵⁴

Se trata entonces de una igualdad en la autonomía (en la capacidad o la libertad real) pero también de la igualdad de oportunidades, igualdad de bienes primarios¹⁵⁵ o de recursos, igualdad de bienestar.

Cuando la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sostenía que “todos los ciudadanos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”, con ello se pierden de vista las barreras o restricciones artificiales pre-existentes, se olvida que las desigualdades presentes en la sociedad no encuentran su origen sólo en un reparto desigual de las oportunidades (en una imposición de barreras artificiales), sino que muchas de ellas obedecen a desigualdades en las capacidades naturales o en otras capacidades que vienen dadas a los individuos por el contexto --familiar, social, cultural, etcétera-- en el que nacen.

Por ello, si no intentamos contrarrestar los efectos indeseados de estas desigualdades y nos limitamos a dejar el camino expedito para que haya simplemente una competencia abierta y leal, el resultado está condicionado o determinado por las desigualdades preexistentes y muchas personas terminarán careciendo de los bienes básicos y no serán, por ende, autónomos.¹⁵⁶ Frente a esta realidad se requieren acciones afirmativas.

¹⁵⁴ Que define como “un conjunto de vectores de funcionamientos que reflejan la libertad del individuo para llevar un tipo de vida u otro”, funcionamientos que “pueden abarcar desde cosas tan elementales como estar suficientemente alimentado, tener buena salud, evitar posibles enfermedades y mortalidad prematura, y demás, hasta realizaciones más complejas como el ser feliz, el tener dignidad, el participar en la vida de la comunidad, etc”. *Ibidem*, pp. 234 y 235.

¹⁵⁵ Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, pp. 60 y 93; y *Political Liberalism*, Columbia University Press, Columbia, 1993, pp. 173-211.

¹⁵⁶ González Amuchástegui habla sobre las diversas formas de adoptar políticas de igualdad que podemos sistematizar de la siguiente manera: a) *Igualdad ante la ley*.- Pensar que la igualdad ante la ley exige que ésta sea absolutamente ciega ante las diferencias existentes entre los seres humanos lo cual es simplemente un error; b) *Igual libertad*.- Según la propuesta de Rawls: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; c) *Igualdad política*.- Uno de los objetivos fundamentales que deben perseguir los poderes públicos a la hora de diseñar sus políticas de igualdad es garantizar a todos sus miembros el status de miembros plenos de la comunidad, es decir, un igual status de ciudadanos; d) *No discriminación*.- La igualdad exige no discriminar a los individuos, es decir, no adscribir derechos y deberes en función de la presencia o no de determinados rasgos de las personas que consideramos irrelevantes; e) *Igualdad de oportunidades*.- El acceso a los bienes, y servicios y cargos públicos debe estar abierto en igualdad de condiciones. El objetivo de este tipo de política es eliminar las barreras y restricciones de carácter normativo existentes que impiden el acceso a determinados bienes a conjuntos de individuos identificados sobre la base de rasgos que deben ser considerados irrelevantes. Para extranjeros existe una excepción en lo que se refiere a derechos político-electorales; f) *Acción positiva*.- En ocasiones, puede estar justificada la adopción de

Como se mencionó, es importante que todas las personas sean tratadas no conforme a rasgos resultantes de la lotería natural o de una ordenación social injusta, la igualdad exige compensar las desigualdades existentes entre los individuos fruto bien de azares naturales o de decisiones no atribuibles a ellos y garantizar que contarán en todo caso con las necesidades básicas satisfechas; la extraordinaria fuerza de esta noción nos lleva a proclamar la necesidad de satisfacerlas incluso en los supuestos en los que su carencia obedezca a decisiones autónomamente adoptadas por ellos. Este será un punto de reflexión de posteriores capítulos, sobre todo cuando se cuestiona la autonomía de la decisión de las personas para migrar de forma indocumentada.

Protegiendo a los más débiles, incluso contra las culturas que en sus ámbitos resultan dominantes, los derechos humanos valen para tutelar todas las diferencias. Los derechos fundamentales, como ya se ha dicho, son las leyes del más débil, que tutelan a la persona también contra la propia cultura: en todo caso, es absurda la idea de que las culturas, cualquiera de ellas, incluida la nuestra, puedan prevalecer sobre los derechos de las personas.¹⁵⁷

6. LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL PODER PÚBLICO Y SUS LÍMITES

Los derechos humanos representan obligaciones --hacer, no hacer o dar-- para el Estado, el cual tiene el deber de salvaguardar, garantizar y respetar los derechos de la persona y proveer los medios para su observancia.

El respeto a dichos derechos implica que los órganos del Estado no pueden, en su actuación, traspasar los límites que los derechos humanos imponen.

Como es sabido los derechos humanos no son ilimitados y pueden ser restringidos en determinados casos o situaciones. Sin embargo, existen límites legítimos e ilegítimos a los derechos. En este apartado, se hará referencia a los primeros, dejando para posteriores reflexiones

políticas públicas dirigidas a facilitar el acceso a determinados bienes a conjuntos de individuos identificados a partir de rasgos inicialmente irrelevantes (sexo y raza habitualmente), pero que por haber estado históricamente en la base de profundas discriminaciones e injusticias, pasan a justificar un compromiso público activo con esos colectivos; g) *Satisfacción de necesidades básicas*.- Al responder a la pregunta “igualdad, ¿de qué?”, Se puede decir que la igualdad sí exige orientar las políticas públicas hacia la satisfacción de las necesidades básicas, exactamente igual que debe perseguir el bienestar de los individuos o el goce por parte de éstos de aquellos recursos y bienes básicos que son necesarios para llevar a cabo cualquier proyecto vital; h) *Retribución del mérito*.- En consonancia con el objetivo antes apuntado de tratar a los seres humanos de acuerdo con sus actos autónomamente realizados, el mérito -concebido como circunstancia adquirida por los individuos consciente y deliberadamente-- cobra toda su importancia y se convierte en una circunstancia relevante a efectos de justificar tratamientos diferenciados y legitimar las desigualdades resultantes. González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía...*, op. cit., pp. 236-244.

¹⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, op. cit., pp. 148-151.

la respuesta a la siguiente cuestión: ¿los límites que un Estado establece --a través de legislación, políticas públicas y, prioritariamente a efectos de este trabajo, resoluciones jurisdiccionales-- en relación con ciertos derechos de las personas migrantes indocumentadas son legítimos?

Límites legítimos a los derechos humanos

Luis Prieto Sanchís afirma que no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que están establecidos en la Constitución o derivan de ella de forma mediata o indirecta. Esos límites han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.¹⁵⁸

Por lo anterior, tanto a nivel nacional como internacional, se autorizaran limitaciones a los derechos humanos,¹⁵⁹ están pueden ser ordinarias y extraordinarias.

Limitaciones ordinarias

En este caso las restricciones se fundamentan en la preservación del orden público, seguridad nacional, moral pública, bien común, salubridad pública, entre otras. El *orden público* se constituye, según la CorteIDH, por “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”.¹⁶⁰

El artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1º de diciembre de 1948 establece que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

¹⁵⁸ Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades,” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH, México, 2002, p. 137

¹⁵⁹ Nogueira Alcalá expone la existencia de límites de carácter formal y material. Los límites materiales se refieren a contenidos normativos que limitan la interpretación, aplicación y el ejercicio del derecho; y los límites formales establecen potestades a los operadores jurídicos, para limitar en ciertas hipótesis el ejercicio de derechos o suspenderlos temporalmente. *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pp. 252 y ss.

¹⁶⁰ Opinión Consultiva OC-5/85, respecto a la *Colegiación obligatoria de periodistas* del 13 de noviembre de 1985, párr. 64.

Mientras que el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) del 22 de noviembre de 1969, señala: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos 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”.

Con base en estos artículos se establece que los derechos otorgados a una persona sólo podrán limitarse ordinariamente con la finalidad de que los demás ejerciten sus propios derechos; y esto debe de hacerse con fundamento en la legislación. Por tanto, las limitaciones ordinarias a los derechos humanos no pueden ni deben afectar el contenido esencial del derecho tutelado; sino únicamente restringir su extensión.

Limitaciones extraordinarias

Las limitaciones a los derechos humanos bajo estados de excepción o emergencia, se producen en aquellos casos en que peligra gravemente el orden y bien público, la seguridad o independencia de los países.

Los estados de excepción se deben regir por los principios de: legalidad, proclamación, notificación, temporalidad, amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, compatibilidad, concordancia y complementariedad con las distintas normas de derecho internacional.¹⁶¹ Durante el estado de excepción, las restricciones que se imponen al ejercicio de los derechos humanos deberán ser proporcionales y limitarse a las exigencias de la situación. Cuando un estado de excepción afecta el ejercicio de ciertos derechos humanos susceptibles de derogación, se deben adoptar medidas administrativas o judiciales destinadas a atenuar las consecuencias adversas que esto entraña para el goce de los derechos suspendidos.¹⁶²

A nivel internacional el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto

¹⁶¹ *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-136/2009, Decreto legislativo de desarrollo de emergencia social. Revisión de constitucionalidad del Decreto legislativo No. 4335 del 17 de noviembre de 2008, por el cual se asignan funciones a los alcaldes y gobernadores en desarrollo del Decreto No. 4333 de noviembre de 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-136-09.htm> (fecha de consulta: 30 de enero de 2011).

¹⁶² Desdoy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, pp. 25-46.

podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.¹⁶³

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Para enfrentar un estado de excepción, dentro de los ámbitos regionales, existen primordialmente dos formas: la contenida en la Convención Americana¹⁶⁴ y la otra prevista por la Convención Europea, las cuales difieren entre sí. Ya que en la Convención Americana se indica que es suficiente que la situación de emergencia simplemente amenace la “independencia o seguridad del Estado” para que se justifique, mientras que en la Convención Europea las condiciones son más estrictas pues solo podrá suspenderse en “una situación de guerra u otra situación excepcional que amenace la vida de la nación”.

En cambio la lista de derechos que no puede suspenderse ni derogarse por la emergencia es más amplia en la Convención Americana; tales derechos serán enumerados más adelante.

La CorteIDH ha sostenido, en su Opinión Consultiva 8/87, *El habeas corpus bajo la suspensión de garantías* del 30 de enero de 1987, que ésta es una medida enteramente excepcional, que se justifica porque “puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender en situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”. Pero también afirma que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el art. 3 de la Carta de la OEA” y que ello “no comporta la

¹⁶³ Los derechos que no pueden suspenderse son: el derecho a la vida; prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, esclavitud, servidumbre, prisión por obligaciones contractuales; prohibición de la retroactividad; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

¹⁶⁴ El artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “ En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional y no extrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

suspensión temporal del Estado de Derecho, ni autoriza a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse; pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir algunos de los límites legales de la actuación del poder público.”

La suspensión de garantías está sujeta a algunas condiciones como:

- La estricta necesidad, esto es, que la suspensión sea indispensable o la única forma para hacer frente a la emergencia;
- La proporcionalidad, es la congruencia entre la suspensión de los derechos y el eficaz enfrentamiento de la situación extraordinaria. Sin afectar el goce de aquellas prerrogativas que sean ajenas a la solución de la situación excepcional.
- La temporalidad, que exige que la suspensión se produzca solamente por el tiempo estrictamente necesario para hacer frente a la situación excepcional, y no puede prolongarse más allá de ésta;
- El respeto a la esencia de los derechos humanos, es decir, existe un núcleo de derechos y garantías no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia.

La lista de garantías no suspendibles, probablemente, más amplia es la contenida en el artículo 27.2 de la Convención Americana y dice que no se autoriza la suspensión de los siguientes derechos:

ART.	DERECHOS	ART.	DERECHOS
3	Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	4	Derecho a la vida
5	Derecho a la integridad personal	6	Prohibición a la esclavitud y servidumbre
9	Principio de legalidad y retroactividad	12	Libertad de conciencia y de religión
17	Protección a la familia	18	Derecho al nombre
19	Derechos del niño	20	Derechos de la nacionalidad
23	Derechos políticos	-----	Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos ¹⁶⁵

¹⁶⁵ Pedro Nikken sostiene que dentro de las garantías judiciales debemos de considerar incluidos al amparo y al hábeas corpus. *Cfr.* Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos,” en Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, t. I, p. 37.

Los países americanos deben buscar la compatibilidad entre sus textos constitucionales y la Convención Americana en este sentido; es decir, existen leyes fundamentales que establecen la suspensión sin contar con una lista de derechos y garantías irreductibles.

7. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO: ¿RIVALIDADES DECIMONÓNICAS?

Históricamente la interacción entre el Derecho internacional y Derecho interno no ha sido “fácil”;¹⁶⁶ es decir, el Derecho internacional en general ha venido a cuestionar --según algunas visiones-- la soberanía de los Estados; sin embargo, estas posturas no han visualizado que el Derecho internacional --tanto el marco normativo (es decir, tratados internacionales o *soft law*) como los órganos y jurisdicciones internacionales-- han surgido por voluntad y acuerdo soberano de los Estados.

Fundamentalmente, son dos teorías las que han pretendido explicar la relación entre Derecho interno y Derecho internacional: la teoría dualista y la teoría monista. La primera postula que se trata de dos órdenes jurídicos distintos y diferenciados, que existen autónomamente. La segunda tiene una doble vertiente: la que reconoce primacía al Derecho interno sobre el Derecho internacional y la que da primacía a éste.¹⁶⁷

Ahora bien, la incorporación de un tratado al orden jurídico interno de un país le otorga a sus disposiciones determinada jerarquía. Debemos destacar que quien determina la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno es el propio Estado en base a su potestad soberana, a través de su Constitución.

La evolución de la jurisdicción internacional ha traído consigo la posibilidad de juzgar y sentenciar no sólo a los Estados sino también a los individuos, es decir, imponer sentencias a personas por actos que le son imputados (por ejemplo, por haber cometido crímenes de lesa humanidad).

¹⁶⁶ Sobre estos aspectos, véase, entre otros: AA.VV., *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de Derecho Internacional*, 4ª ed., UNAM, México, 2003; y Becerra Ramírez, Manuel, “Las nuevas fuentes del Derecho Internacional y su aplicación en el derecho interno”, en Méndez Silva, Ricardo, *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 567-587.

¹⁶⁷ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, UNAM, México, 1991, pp. 13 y ss.; y *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006.

Así, mientras la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ)¹⁶⁸ analiza presuntas transgresiones cometidas por los Estados;¹⁶⁹ la Corte Penal Internacional conoce casos de individuos,¹⁷⁰ quienes presuntamente incurrieron en ilícitos penales tipificados en el Estatuto de Roma¹⁷¹ y puede condenarlos independientemente de su Estado de procedencia o del país en el que se cometió el delito.

Sin embargo y a pesar del gran avance de los sistemas internacionales, éstos aún distan de cumplir cabalmente con sus funciones.

¹⁶⁸ Conforme al artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, “la Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

¹⁶⁹ El artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indica que “sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”.

¹⁷⁰ El artículo 1 del Estatuto de Roma enuncia: “La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

¹⁷¹ El artículo 5 del Estatuto de Roma dispone: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”. Por genocidio se entenderá “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo (artículo 6). Los crímenes de lesa humanidad comprenden “cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (artículo 7)”. Por crímenes de guerra se entiende por “crímenes de guerra (entre otros): a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades... (artículo 8)”.

Uno de los instrumentos básicos respecto al tema que ocupa este rubro es el Convenio sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, así como la Convención sobre el Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986.

Se ha definido al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2.1.a. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Hay que resaltar, como hace Juan Antonio Carrillo Salcedo, que “la costumbre y los tratados, en definitiva, son los dos procedimientos autónomos de elaboración de normas jurídicas internacionales”, y que “ambos ponen de manifiesto el papel que corresponde a los Estados en la creación, modificación y desarrollo del Derecho Internacional, pues la inexistencia de un legislador internacional trae consigo que los Estados soberanos sean, al mismo tiempo, los principales sujetos del derecho internacional y los creadores de sus normas jurídicas”.¹⁷²

En armonía con los Principios del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, las bases jurídicas de la primacía de los tratados sobre el Derecho interno se encuentran en Derecho internacional general, en los artículos 27 y 46 de la citada Convención sobre el Derecho de los Tratados, los cuales se transcriben a continuación:

Artículo 26.-Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 46.-Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá alegarse por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

De lo anterior podría desprenderse que la relación entre Derecho internacional y Derecho interno está sometida al principio de no contradicción (que viene a explicitar en lo sustancial la primacía

¹⁷² Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público*, 4ª. Reimpresión, Tecnos, Madrid, 1999, p. 88; y Sepúlveda, César, “La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 511-519.

CAPÍTULO SEGUNDO

MIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHOS HUMANOS

1. DE LOS PROCESOS MIGRATORIOS Y SUS REALIDADES

El presente capítulo se divide en dos apartados perfectamente definidos: el primero contiene el planteamiento sociológico de esta investigación que refleja la situación migratoria que vive cada uno de los 7 países en estudio; en el segundo se plantea la normativa jurídica vigente en cada uno de los 7 países sujetos a estudio en lo que concierne a derechos humanos de migrantes y migración. Así, bajo el rubro “migración irregular y derechos humanos” se han integrado dos aspectos que lejos de anularse se complementan y juntos pretenden reflejar una realidad que no puede ni debe disociarse.

1.1. MIGRACIÓN

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

La migración es un fenómeno que ha existido desde tiempos remotos en la historia de la humanidad; sin embargo, durante el pasado siglo y la primera década del siglo XXI se han suscitado ciertas problemáticas específicas en torno a ella.

América ha vivido la migración de forma particular. No se pretende hacer aquí un análisis histórico y mucho menos exhaustivo de la materia, por lo que sólo se asentarán algunas ideas que den un panorama somero y general sobre la complejidad de la migración en el continente americano durante la historia reciente.

En América, las constantes dictaduras y golpes de Estado del siglo XX ocasionaron la migración de población americana a distintos puntos dentro del mismo continente y fuera de él. Ejemplo de

ello lo encontramos en los campos de refugiados guatemaltecos en México (específicamente, Chiapas) en las décadas de los 70's y 80's. Aunado los ciclos de migración interna por motivos económicos y de fenómenos que dan origen a “desplazados internos”, una clara muestra de esta situación motivada por los grupos de delincuencia organizada se encuentra en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó en Colombia. Así, las causas de la migración son múltiples; el presente estudio se centrará en la migración por motivos económicos.

La migración está constituida por los movimientos de población, que pueden ser tanto nacionales como internacionales,¹⁷³ individuales o colectivos, voluntarios o forzosos¹⁷⁴, temporales o definitivos.¹⁷⁵

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.¹⁷⁶ Con base en esta definición se entiende que los 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: 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

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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. A finales de 2008 había 26 millones de desplazados internos en el mundo y 15.2 millones de refugiados en todo el mundo. En el transcurso de la siguiente investigación se analizará el carácter voluntario de la migración irregular.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 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 Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, t. I, p. 15; y Silva Carreño, Jorge Armando, *Derecho Migratorio Mexicano*, Porrúa, México, 2004, p. 16.

el propósito de residir en él.¹⁷⁷ En la presente tesis se manejara el término genérico de “migración” y “migrantes”, ya que se entiende que en toda persona se reúnen estas dos calidades (ya que una persona 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. Así, se consagra el derecho a emigrar, pero no a inmigrar.¹⁷⁸

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.

La migración es un fenómeno complejo, que se deriva de múltiples causas y genera diversos efectos.

La Organización Internacional para las Migraciones estima que a nivel mundial existen 214 millones de migrantes internacionales.¹⁷⁹ El número total de migrantes internacionales ha aumentado en los últimos diez años y ha pasado de 150 millones en 2000 a 214 millones en la actualidad.¹⁸⁰ 49% de los migrantes en el mundo son mujeres. Las remesas han aumentado exponencialmente: de 132,000 millones en 2000, han alcanzado unos 414,000 millones de dólares en 2009, y ello a pesar de registrar una ligera disminución debido a la crisis económica vigente.¹⁸¹ En 2009, los principales países beneficiarios de remesas fueron la India, China, México, Filipinas y Polonia. Los países ricos son la principal fuente de remesas. Los EUA es el primero con gran ventaja, ya que registra 46,000 millones de dólares de remesas enviadas en 2008. La Federación de Rusia es el segundo país con mayores envíos, seguido por Suiza y Arabia Saudita.¹⁸²

¹⁷⁷ Definiciones obtenidas del glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH.

¹⁷⁸ Ya que permitir el regreso al país del que una persona es nacional, no implica el reconocimiento internacional del derecho a inmigrar.

¹⁷⁹ OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo en 2010*, <http://www.publications.iom.int> y <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/lang/es> (fecha de consulta: 16 de enero de 2011).

¹⁸⁰ Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente total de migrantes: La revisión de 2008, <http://esa.un.org/migration> (fecha de consulta: 16 de enero de 2011).

¹⁸¹ *Datos sobre Migración y Remesas 2011 del Banco Mundial*, <http://go.worldbank.org/QGUCPJTOR0> (fecha de consulta: 16 de enero de 2011).

¹⁸² *Idem*.

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”.

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.

Así, la migración irregular o ilegal se realiza por diversos factores o motivos --válidos o inválidos según las diversas perspectivas-- pero incumpliendo con las disposiciones legales establecidas por la legislación de la materia.

Las migraciones internacionales responden, entonces, a diversos factores, los más estructurales; unos económicos, otros de tipo político-social o ambiental y, por último, los derivados por fenómenos naturales que afectan a las poblaciones más desfavorecidas.¹⁸³

¹⁸³ Victal Adame, Oscar, *Derecho Migratorio mexicano*, Universidad Anáhuac del Sur, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004, pp. 11 a la 14.

1.3. 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.

El mundo actual se muestra entonces como un mosaico de escenas, situaciones y circunstancias tan diversas y confusas, tan ofensivas y complejas que resulta difícil separarlas, analizarlas para explicarlas y pretender aportar algo para su solución.

Reconocer a tiempo la viabilidad o la casuística de un fenómeno otorga elementos válidos para descifrar su complejidad y plantear alternativas a quienes pueden pero, fundamentalmente, a quienes quieren participar en su solución.

Ante una globalización¹⁸⁴ desmedida, los seres humanos hemos sido incapaces de prever, controlar y tratar humanamente el fenómeno migratorio.

Los procesos migratorios son un sistema integrado por el conjunto de factores e interacciones que originan la migración internacional e influyen en su desarrollo. La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde 3 perspectivas diferentes:¹⁸⁵ la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural¹⁸⁶ y la teoría de sistemas migratorios.¹⁸⁷ Para los efectos de este estudio se considera importante mencionar, a

¹⁸⁴ Para profundizar sobre este punto véase Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002, *passim*; Ferrajoli Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-27; Ianni, Octavio, *La sociedad global*, Siglo XXI, México, 2002, pp. 71-83. Para conocer algunas consecuencias de la mundialización véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, *passim*; y González de la Vega, René, *Justicia e Ideología*, UNAM, México, 2005, pp. 325-342.

¹⁸⁵ Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración...*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

¹⁸⁶ 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*.

¹⁸⁷ 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*.

pesar de sus inconsistencias,¹⁸⁸ a la teoría 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.¹⁸⁹ Uno de estos aspectos vinculado a los factores de expulsión-atracción, lo constituye el diferencial de salarios prevalecientes en los países que en ocasiones alcanza hasta una proporción de 14 veces más en algunos Estados en relación con otros.

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),¹⁹⁰ 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”.¹⁹¹ El Informe 2005¹⁹² 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 y en 2010 el número alcanzó 214 millones de personas. Entre el 10 y 15% de esos 214 millones de personas migrantes se encuentran en situación irregular, aunque cualquier estadística implica un posible subregistro ante el carácter clandestino de la migración indocumentada.¹⁹³

¹⁸⁸ 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.*

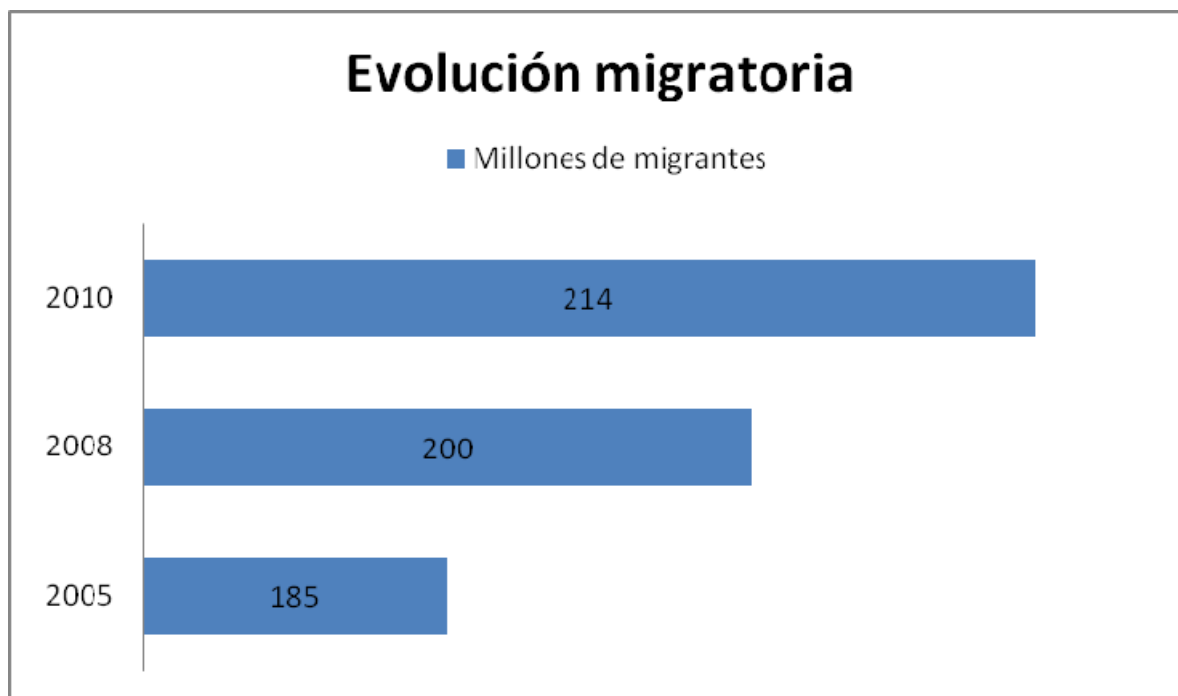
¹⁸⁹ *Cfr. Idem.* La inmigración internacional es un proceso social y político complejo que no puede ser reducido a la operación de las leyes del mercado. De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica...*, *op. cit.*, p. 363.

¹⁹⁰ Creada el 5 de diciembre de 1951, la OIM es un organismo internacional intergubernamental, con sede central en Ginebra, Suiza.

¹⁹¹ <http://www.iom.int/jahia/Jahia/newsArticleEU/lang/es/cache/offonce?entryId=20343> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2010).

¹⁹² <http://www.hispanicprwire.com/news.php?l=es&id=4391&cha=11> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2010).

¹⁹³ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2010, pp. 3 y 4. http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los Informes sobre Migraciones en el mundo.

La crisis financiera internacional que se inició en los EUA en 2008, se transformó rápidamente en una crisis mundial en el segundo semestre de 2008 y en 2009, y ha tenido considerables repercusiones en la migración internacional. El Producto Interno Bruto mundial sufrió una contracción del 2.2% en 2009.¹⁹⁴

Ante el panorama económico mundial actual, se pronostica que la migración irá en aumento. Se prevé que si la población de migrantes continúa aumentando al mismo ritmo que en los últimos 20 años, el contingente de migrantes internacionales en todo el mundo en 2050 podría alcanzar la cifra de 405 millones.¹⁹⁵

Así también, en el informe se establecen las nuevas tendencias migratorias vigentes en el mundo:

- a) el volumen de la migración Sur-Sur es tan considerable como el de la migración Sur-Norte;
- b) en la migración internacional interviene una mayor diversidad de grupos étnicos y culturales;
- c) el número de mujeres que emigra hoy de manera independiente, o como cabeza de familia, es

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Idem.*

considerablemente mayor; d) el número de personas que vive y trabaja en el extranjero en situación irregular sigue en aumento; y, e) se ha registrado un notable incremento de la migración temporal y de la circulación.

Al mismo tiempo, la creciente presión para emigrar, sea para mejorar económicamente o para evitar los efectos del cambio ambiental, supera con creces la disponibilidad de oportunidades legales para ello y, por lo tanto, continuará poniendo a prueba la capacidad de los Estados para gestionar sus fronteras y hacer frente a las complejidades de la migración indocumentada. En este contexto, será preciso contar con sistemas más eficaces para equilibrar la oferta y la demanda en el mercado laboral. Lamentablemente, se ha producido un repunte de políticas xenófobas.

El Informe 2010 afirma que “la protección de los derechos humanos de los migrantes pasará a ser una prioridad aún más acentuada, y la cuestión de los derechos de los migrantes en situación irregular y el modo de protegerlos será también cada vez más importante”.¹⁹⁶

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 personas¹⁹⁷ dichas fronteras se cierran 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,¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Resolución 1999/44 de 27 de abril de 1999.

Aunado a ello, la Declaración del Milenio¹⁹⁹ contiene un objetivo relacionado con la migración que aún parece muy lejos de cumplirse: “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)”.²⁰⁰

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.²⁰¹

En su Informe 2010,²⁰² el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, señaló que existe una tendencia creciente “a la penalización de la migración irregular... durante todas las etapas del proceso migratorio” y reveló los peligros del “uso desproporcionado del sistema de justicia penal para administrar la migración irregular”.²⁰³

El mismo informe del Relator enfatiza que las causas básicas de la migración irregular no se resuelven recurriendo a su penalización. Así:

La migración irregular es un fenómeno complejo con causas múltiples y relacionadas entre sí, que están estrechamente vinculadas a tres importantes mecanismos de activación: la existencia de controles cada vez más restrictivos en algunos países de destino, así como restricciones a las vías legales de la migración (incluida la reunificación de familias); un aumento del desempleo y la exclusión social en algunos países de origen, junto con crecientes disparidades estructurales dentro de los países y entre ellos; y factores de atracción en países de destino, en particular la mayor demanda del sector no estructurado del mercado laboral,

¹⁹⁹ Adoptada por Resolución 55/22 de la Asamblea General de la ONU, el 8 de septiembre de 2000.

²⁰⁰ Véase Declaración del Milenio, <http://www.objetivosdelmilenio.org.mx/> (fecha de consulta: 16 de junio de 2010).

²⁰¹ *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 consulta: 29 de enero de 2010). 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 2010).

²⁰² A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, Informe Relator, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 10 de enero de 2011).

²⁰³ Se dijo además que “la gestión de la migración basada en las leyes penales tiende a hacer caso omiso de la dimensión de derechos humanos de la migración y a centrar la atención exclusivamente en medidas para resolver la cuestión de la migración irregular fortaleciendo los controles fronterizos y penalizando a los facilitadores y a los propios migrantes. Durante el ejercicio de su mandato, el Relator Especial ha mostrado que el empleo de medidas penales en la gestión de la migración socava los derechos humanos de los migrantes y puede impedir, directa o indirectamente, su acceso a derechos sociales básicos, en particular el cuidado de la salud, la educación y la vivienda.” *Idem*.

que es endógeno de los países de destino. El Relator Especial opina que *la migración irregular es el resultado de una interacción de factores en los países de origen y de destino* y que, por lo tanto, la gestión de la migración irregular es una *responsabilidad compartida*... el reconocimiento de la demanda de trabajadores migratorios irregulares en países de destino debe ser la base de la obligación moral y jurídica de los países de destino y de origen de asumir conjuntamente la responsabilidad de elaborar y poner en práctica un enfoque basado en los derechos humanos a la gobernanza de la migración y la subsiguiente despenalización de la migración irregular.²⁰⁴

El Relator Especial “lamenta profundamente que en muchos países los procedimientos de inmigración incluyan de ordinario la detención como la medida provisional principal, o incluso la única, para asegurar la eficacia del control de la migración. La detención se utiliza también como medida de disuasión para impedir la llegada de nuevos migrantes o personas que solicitan asilo. A su juicio, esos objetivos no pueden justificar el uso difundido y creciente de la detención de inmigrantes y los Estados, por el contrario, deberían abolirla progresivamente”.

Además, en algunos casos, la detención de inmigrantes “imita a la detención penal y se aplica sin supervisión judicial, lo cual está en clara contradicción del derecho internacional y las normas internacionales de derechos humanos”.²⁰⁵

En el Informe 2010 del Relator también se enumeran una serie de ejemplos de buenas prácticas y alternativas a la penalización de la migración irregular, entre las que se encuentran:

- a) La creación de oportunidades para la migración regular es una estrategia clave para abordar las causas básicas de la migración irregular y desalentar el contrabando de migrantes y la trata de seres humanos.
- b) La aprobación de marcos internacionales para las asociaciones de gestión de la migración basada en los derechos por las organizaciones internacionales y las actividades globales de esas organizaciones para crear instrumentos que permitan compartir los conocimientos para promover un enfoque de la gestión de la migración basado en los derechos.

²⁰⁴ Énfasis agregado. *Idem*.

²⁰⁵ Además agrega que preocupan “las leyes y prácticas de detención arbitraria relacionada con la migración y por la ausencia general de la aplicación de garantías procesales y judiciales, y lamenta que en algunos casos la duración máxima de la detención de inmigrantes es indeterminada.” Así, “el principio de proporcionalidad exige que la detención administrativa sea considerada como una medida de último recurso. Se deberían observar estrictas limitaciones legales y prever las debidas salvaguardias judiciales.”*Idem*.

c) Creación de oportunidades o programas para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye, una alternativa, basada en los derechos, para la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización.

Entre 2002 y 2006, México aplicó un programa de regularización en gran escala, que incluyó a 15,000 migrantes no documentados, en su mayoría de países de América Central. En 2008, México aprobó un nuevo programa de regularización para migrantes indocumentados que habían entrado al país antes de 2008, que sería ejecutado entre noviembre de 2008 y 2011. Argentina, en el contexto de la crisis económica y financiera, utilizó los programas como una estrategia y un instrumento eficaz para superar satisfactoriamente la crisis. En 2004, la Argentina aprobó el programa “Patria grande” y el Decreto núm. 1169, que incluyó un enfoque global para abordar la cuestión de la migración irregular en el marco de la Ley de migraciones (Ley 25875). Este marco dispone que los nacionales de los Estados miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) o los Estados asociados (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) que no tuvieran antecedentes penales pueden obtener residencia legal en Argentina. Este programa ha beneficiado a 800,000 migrantes irregulares y ha contribuido a reducir tanto el número de migrantes indocumentados como la tasa de desempleo. Además se encuentran los programas de regularización en gran escala ejecutados en el Brasil (2009), Chile (2007-2008) y el Ecuador (2009-2010).²⁰⁶

d) Creación de disposiciones jurídicas encaminadas a sustituir la detención de inmigrantes, es decir, establecimiento de medidas alternativas a la detención de inmigrantes, las cuales van desde la liberación bajo fianza o garantía, la libertad condicional, el regreso a situación de custodia durante horas especificadas después de la liberación para ejercer un empleo, la asistencia a la escuela u otras finalidades definidas, hasta planes más innovadores como los centros abiertos y semiabiertos, las residencias dirigidas y la restricción a un distrito especificado. La legislación²⁰⁷ en Panamá proscribe explícitamente la detención de niños.

Así, concluye el Informe “la gobernanza de la migración debe claramente estar centrada en los seres humanos y anclada en las normas de derechos humanos...Uno de los principios rectores de la gobernanza de la migración debe ser la garantía de que todos los migrantes, cualquiera sea su

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ Ley de migraciones núm. 3, de febrero de 2008, artículo 93.

situación de inmigración, puedan disfrutar de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos en todas las etapas del proceso migratorio en países de origen, de tránsito y de destino”.²⁰⁸

El relator recomienda a los Estados que eliminen las leyes, políticas, planes y programas que penalizan la migración irregular y los exhorta a no considerar que las infracciones a la ley de inmigración constituyen un delito y a no castigar dichas infracciones con la detención.²⁰⁹

En 2010, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU también se pronunció a este respecto y destacó “la obligación de los Estados de proteger los derechos de los migrantes independientemente de su condición jurídica”.²¹⁰

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 muestra que las garantías jurídicas de los derechos humanos están fallando.

Los migrantes irregulares son estigmatizados, lo cual se asocia a actos violatorios, como tratos crueles, inhumanos y degradantes,²¹¹ discriminación, detenciones arbitrarias y prolongadas, negativa a brindarles asistencia consular, violaciones a su integridad personal²¹² y violaciones a su derecho a la vida, derivado de medidas que dirigen los flujos migratorios a zonas de alto

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ A/HRC/15/L.8/Rev.1, 28 de septiembre de 2010, Consejo de Derechos Humanos 15º período de sesiones, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G10/165/06/PDF/G1016506.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 30 de noviembre de 2010). Además véanse las resoluciones 12/6 del Consejo, de 1º de octubre de 2009, y 64/166 de la Asamblea, de 18 de diciembre de 2009.

²¹¹ Sobre la distinción entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, *cfr.* Morales Sánchez, Julieta, “Derechos humanos y tortura. Una perspectiva comparada entre México y España”, en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy*, Porrúa, UNAM, 2009, pp. 487-510.

²¹² Sobre integridad personal *cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, San José, 2010.

riesgo de muerte.²¹³ Así, entre las circunstancias que las personas tienen que enfrentar en su travesía indocumentada se encuentran: condiciones geográficas (clima, fauna, etc.), abuso de autoridades (extorsiones, violaciones, secuestro, etc.), abuso de grupos delictivos organizados (traficantes, “polleros”, secuestradores, entre otros).

Todo lo anterior es una muestra de la violación sistemática de derechos que sufren los migrantes irregulares, quienes además se encuentran en una situación de vulnerabilidad²¹⁴ y discriminación²¹⁵ que hay que combatir. Al respecto véase Anexo 1.

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.”²¹⁶

²¹³ Véase Melgar, Adalid (coord.), *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en Estados Unidos*, CNDH, UNAM, México, 2004, pp. 20 y ss. Así el endurecimiento de las medidas de control, por ejemplo, en la frontera sur de EUA puestas en operación a mediados de la década de los noventa, instrumentados por medio de operativos como Guardián (California), Salvaguarda (Arizona) y Río Grande (Texas) no han logrado contener la migración y sólo han cambiado los patrones de cruce, aumentando el número de casos de muerte de migrantes. Cfr. Pérez García, Nancy, “Cruces en la frontera: Migración indocumentada y muertes en la frontera” en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Migrantes*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Comisión Europea, México, 2005, p. 166.

²¹⁴ Jorge Bustamante, al referirse a la contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía, expone que por un lado se encuentra la definición que el Estado hace, generalmente en su Constitución, sobre quien es un nacional y quien es extranjero. Pero cuando esta diferenciación es personificada por nacionales y extranjeros al entrar en una relación social, se convierte en criterio de desigualdad. Esta desigualdad o asimetría de poder, por lo general se ve sancionada por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad de los migrantes, que se verá *infra*. Cfr. Bustamante, Jorge, *El marco jurídico de la migración y derechos humanos de los migrantes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 11. El mismo autor nos habla también la existencia de una vulnerabilidad cultural la que define como: “El conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural”. Cfr. Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123-156.

²¹⁵ En la Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, se reafirmó la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores migrantes. Véase la Declaración y Programa de Acción de dicha Conferencia.

²¹⁶ La expresión entre paréntesis es mía. Gros Espiell, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, UNAM, México, 1978, pp. 66-67.

1.4. MIGRACIÓN Y DERECHO

Generalmente los ordenamientos domésticos diferencian entre nacionales y extranjeros.²¹⁷

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 nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad²¹⁸ de los migrantes, que los hace susceptibles de violaciones a sus derechos humanos en el país receptor.

Así, la nacionalidad²¹⁹ se ha convertido en una institución de exclusión²²⁰ 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.

Ha surgido entonces una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.²²¹ Lo que necesitan las personas

²¹⁷ 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...*, *op. cit.*, pp. 97-103.

²¹⁸ 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 racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural”. *Cfr.* Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de los migrantes*, fascículo 5, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 29.

²¹⁹ 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 un institución de exclusión”. *Cfr.* Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías étnoculturales y Estado nacional*, UNAM, México, 2005, pp. 164 y 188.

²²⁰ Carbonell afirma que “con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento”. *Cfr.* Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este país. Tendencias y opiniones*, número 189, diciembre 2006, p. 5.

es “gozar de sus derechos como seres humanos, no como ciudadanos de un país”.²²² En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.²²³

Supeditar el goce y ejercicio de los derechos humanos a una nacionalidad o ciudadanía, constituye una restricción a la dignidad humana. 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. *Infra* se abordará el concepto que de “dignidad” han establecido los tribunales constitucionales.

Aunque la 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.²²⁴

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

²²¹ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional...*, op. cit., pp. 315 y 316.

²²² García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, en *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, La Habana, p. 197.

²²³ Peces-Barba, Gregorio, *Educación...*, op. cit., p. 198.

²²⁴ 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.

determinado... (por lo que) se hace acreedor a su protección diplomática.²²⁵ Algunos Estados han eludido esta obligación.

1.5. EL NUEVO CONCEPTO DE SOBERANÍA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA MIGRACIÓN

En algunos sectores se plantea la confrontación entre soberanía y migración irregular y con dicho argumento se pretenden legitimar violaciones a derechos humanos de migrantes. Sin duda, este es un falso dilema como muchos otros que se han producido.²²⁶

Bustamante sostiene que “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.²²⁷ Sin embargo, es necesario hacer una precisión: no es la soberanía en sí la que violenta los derechos humanos de migrantes, sino las políticas implementadas por los Estados bajo el argumento de defensa a su soberanía. Existe, sostiene el mismo autor, una contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía por la cual se da un conflicto entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras -y decidir su política de migración- y la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.²²⁸

Bodino define a la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de una República”.²²⁹ Este concepto ha sido analizado, deconstruido y reconstruido por múltiples autores. Sin embargo, lo que interesa para efectos de esta investigación es 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

²²⁵ Opinión Consultiva OC-4/84 *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 19 de enero de 1984, párrs. 34 y 35.

²²⁶ Otro de los falsos dilemas que se manejan en la actualidad es el de seguridad pública vs. derechos humanos.

²²⁷ Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

²²⁸ 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...”, *op. cit.*, pp. 123-156.

²²⁹ Bodino, Jean, *Los seis libros de la república*, trad. Pedro Bravo, Aguilar, Madrid, 1973, p. 46.

derechos.²³⁰ Por lo tanto la soberanía ya no puede visualizarse como un poder absoluto ni perpetuo y quizás la única característica que aún sobrevive del concepto tradicional radica en su carácter originario.

Así, “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”;²³¹ por lo que “la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones parcialmente soberanas al servicio del ser humano”.²³² Kotzur afirma que “solamente una concepción instrumental de la soberanía al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder”.²³³ Esto debe de llevar a 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...”²³⁴ 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.

Así, el límite real a la soberanía de los Estados y a la actuación estatal, lo impone la dignidad del ser humano.

Sin embargo, y en lo que se refiere a la migración irregular, se ha dicho que “los migrantes ilegales (*sic*) cuestionan, de forma muy directa, una de las prerrogativas estatales íntimamente

²³⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª. ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007, pp. 10-14.

²³¹ Kotzur, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003, p. 106.

²³² *Ibidem*, p. 107.

²³³ *Ibidem*, p. 111.

²³⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48. En este sentido, también véase del mismo autor, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 107-139.

asociadas con la soberanía territorial: los poderes del Estado para decidir quién entrará en su territorio y para expulsar a los extranjeros indeseados. La existencia misma de los inmigrantes ilegales (*sic*) demuestra que tales poderes están siendo erosionados y, con ellos, la soberanía estatal”.²³⁵

Por tanto, un Estado puede establecer su política migratoria, regular sus fronteras, exigir una serie de requisitos para el cruce de fronteras y permanencia en su territorio pero lo que no puede hacer es violentar los derechos humanos en sus políticas, acciones públicas, legislación ni decisiones.

1.6. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

En el siglo XXI se pronuncia la necesidad de lograr la “recepción” de las minorías --migrantes en busca de comida y trabajo en las fronteras de Europa, los refugiados de guerra en el África septentrional, los migrantes temporales de México hacia EUA, entre muchos otros-- al interior de los Estados de tránsito o destino migratorio ya que la segregación o exclusión de las minorías migratorias limita, restringe o desconoce los derechos humanos de este grupo de personas.²³⁶

Si se vincula el problema de la pobreza con el fenómeno migratorio se puede entender que el desplazamiento de poblaciones, desde su territorio natal hacia algún destino en el país limítrofe o desarrollado, forma parte del proceso más amplio de movilidad geográfica de las poblaciones, ya sea a partir de la toma de decisiones individuales o como consecuencia de factores expulsores-attractores entre naciones. Asimismo, la pobreza puede ser causa pero también efecto de las migraciones.

Se podría, incluso, considerar a la migración como un proceso de equilibrio de intereses que forma parte de los factores condicionantes de los regímenes económicos nacionales y mundiales, los factores sociales aceleradores y retardatarios y los marcos políticos.²³⁷

Por otra parte, aunque en menor medida, se han producido cambios en la demanda de trabajo que ha llevado al desplazamiento de cierto tipo de población que se considera en condiciones de cubrir dichos requerimientos. En general, la demanda de flexibilizar la relación contractual de la mano de obra, a fin de bajar costos económicos, permite que ciertos sectores de la población

²³⁵ De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica...*, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

²³⁶ Carbonell, Miguel, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 48.

²³⁷ Cfr. Benencia, Roberto, “Argentina: la problemática social de la población limítrofe”, en *Comercio Exterior*, Vol. 50, núm. 3, marzo de 2000, p. 28.

migrante se adecuen con mayor facilidad que las personas nacionales a las condiciones laborales exigidas y, en ocasiones, los trabajadores nacionales sienten que compiten de manera desfavorable --en determinados espacios-- con la mano de obra migrante.²³⁸

Sin embargo, estamos frente a un tipo de migración que empieza a adquirir distintos matices por los cuales hay que, al menos, relativizar su carácter voluntario. A continuación se planteará la necesidad de cuestionar 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%.²³⁹ 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.²⁴⁰

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”.²⁴¹

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 una estructura de Estado con políticas insuficientes en materia de educación y empleo; motivado por la creencia de que en los países desarrollados tendrán una mejor vida y un mejor futuro para ellos y su familia, cuando, en múltiples ocasiones, mueren en el intento de alcanzar el sueño de una vida digna.

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ <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).

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ Pérez Tapias, José Antonio, *Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Trotta, Madrid, 2007, p. 143.

Se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados, si es que aún existe. La migración indocumentada tiene orígenes diversos, si se quiere centrados en las precarias condiciones económicas, en la falta de desarrollo y de empleo, en la desigualdad e inequidad, en la brecha socio-económica y en las deficiencias estructurales de los países de origen, por un lado; y, por otro lado, en el envejecimiento de la población y la demanda de mano de obra barata por los países desarrollados, entre muchos otros factores. Pero, sin duda, la migración irregular evidencia un problema de desarrollo y no, se enfatiza el “no”, un problema de seguridad. Por el solo hecho de ser migrantes irregulares, las personas no son delincuentes, ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,²⁴² simplemente buscan una vida mejor.

Además, la soberanía implica la obligación estatal de proteger a su población pero también a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

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.

1.7. CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR INTERNACIONAL

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

²⁴² Una excepción a esta afirmación lo constituye el terrorismo. En este sentido, es necesario enfatizar que la migración irregular no es terrorismo. Sin embargo, algunos Estados han utilizado como excusa el que terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos. A este respecto la Comisión IDH ha establecido que “entre las personas vulnerables a violaciones de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas están las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son ciudadanos, incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución. La experiencia indica que las iniciativas internas e internacionales de los Estados en la lucha contra el terrorismo con frecuencia tienen efectos directos y negativos en los derechos e intereses de los extranjeros”. *Los derechos humanos de los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas*, extractos seleccionados del *Informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1991.pdf> (fecha de consulta: 23 de junio de 2010).

Y en ese contexto las personas “pobres tienen escasa o nula voz”²⁴³ para reclamar el goce y ejercicio de sus derechos. En forma similar, los agentes del Estado, los protagonistas en las tomas de decisiones --ya sean políticas, legislativas o jurisdiccionales-- difícilmente los ven o dirigen políticas públicas eficaces para su bienestar. Más bien se destinan a ellos políticas asistenciales en tiempos electorales.

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

Como se dijo, la pobreza es *causa* y efecto de la violación de los derechos humanos.

América Latina 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).

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 sociales pendientes y se registran escasos o nulos avances hacia una distribución más igualitaria del ingreso”.²⁴⁴

El panorama no es alentador, sobre todo actualmente cuando estamos inmersos en una recesión global. Así, “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, por cierto, el escenario en que se manifiesta este problema y 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, sea porque tuvieron un trabajo y fueron arrojadas a la cesantía durante el más reciente periodo de ajuste de la economía, o porque recién se incorporan a la fuerza laboral y no encuentran ocupación; y millones más que están sumidos en el subempleo, en condiciones precarias”.²⁴⁵

²⁴³ Lustig, Nora, “Macroeconomía con responsabilidad social”, en Solana, Fernando (coord.) *América Latina XXI...*, *op. cit.*, p. 127.

²⁴⁴ 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.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 131.

En estas circunstancias 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”.²⁴⁶

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 masculino. Además de que “la mayor presencia femenina en la fuerza de trabajo hizo más patente que en el pasado las diferencias de tratamiento de género: 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”.²⁴⁷ Esta es una de las razones por las que la migración femenina ha aumentado.

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”.²⁴⁸

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”.²⁴⁹

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

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 132.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 239.

²⁴⁸ Lustig, Nora, “Macroeconomía...”, *op. cit.*, pp. 129 y 168-169.

²⁴⁹ Tokman, Víctor, *Una voz...*, *op. cit.*, p. 144.

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”.²⁵⁰

Frente a todas las dudas que pueden surgir, 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, lo que quizá se hace sentir con especial intensidad en América Latina... (en donde no hemos dado) respuesta al desafío más elemental que tiene ante sí cualquier gobierno: lograr mejores condiciones de vida para toda la población del país”.²⁵¹

Y aunque no hay recetas para lograr la igualdad y el bienestar de todas las personas o al menos satisfacer el mínimo de sus necesidades, se ha reconocido 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 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”.²⁵²

Aunque se cree que no hay “recetas” para el progreso y el desarrollo --ya que cada contexto geográfico, histórico y cultural modificaría los resultados de la aplicación de dicha “receta”-- 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

²⁵⁰ Ocampo, José Antonio y Uthoff, Andras, “Retomar la agenda de desarrollo”, en Solana, Fernando (coord.) *América Latina XXI...*, *op. cit.*, p. 85.

²⁵¹ 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.

²⁵² Ocampo, José Antonio y Uthoff, Andras, “Retomar...”, *op. cit.*, p. 84.

y distributivo de dicha torta. Hasta para lo 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.²⁵³

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...”²⁵⁴

Y es que “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”.²⁵⁵ A pesar de ello se tiene que hacer para la consecución de dicho objetivo.

Así,

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, incluyendo pensiones mínimas. 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.²⁵⁶

1.8. ESTADO NECESIDAD Y MIGRACIÓN IRREGULAR

De la Torre Martínez sostiene que existen al menos cuatro argumentos que comúnmente se esgrimen para negar que la pobreza pueda ser entendida como una violación a los derechos humanos.

²⁵³ Lopes, Ney, “Una agenda Latinoamericana”, en Solana, Fernando (coord.) *América Latina XXI...*, op. cit., p. 222.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

²⁵⁵ Küng, Hans, *Una ética mundial para la economía y la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 94 y 95.

²⁵⁶ Tokman, Víctor, *Una voz...*, op. cit., p. 232.

El primero de ellos consiste en afirmar que la pobreza es algo inevitable; una realidad ineludible a la que está fatalmente destinada la humanidad. Del hecho de que a lo largo de la historia de la humanidad siempre han existido pobres, se pretende concluir que no es posible hacer nada al respecto y que es una realidad con la que hay que aprender a vivir.

El segundo argumento consiste en sostener que la pobreza y los derechos humanos corresponden a planos distintos entre los que no existe relación alguna. La pobreza es un fenómeno eminentemente económico y su generación o abatimiento tiene que ver con la dinámica del sistema económico hegemónico, mientras que los derechos humanos en particular no pueden contener ni modificar el curso de las fuerzas de producción de la riqueza. Los derechos humanos pueden remediar violaciones específicas que atemperan o corrigen las desviaciones y excesos del sistema económico y político; pero de ninguna manera tienen el potencial de transformar las estructuras sobre las que se asienta el modelo económico.

El tercer argumento consiste en afirmar que, debido a que la pobreza es un fenómeno multi-casual, no es posible identificar con precisión quiénes son los culpables de la misma y mucho menos delimitar los grados de responsabilidad sobre su generación. De modo que, al no haber un culpable concreto, la pobreza tampoco puede ser entendida como una violación a los derechos humanos. Por lo que la responsabilidad estatal frente a la pobreza parece colapsarse.

El cuarto argumento consiste en afirmar que la pobreza es un problema local que cada Estado debe resolver solo, de tal manera que la comunidad internacional en general y los países desarrollados en particular pueden seguir viviendo tranquilamente, mientras en otras partes del mundo la gente se ve sometida a este fenómeno.

El conjunto de estos argumentos, repetidos una y otra vez por diversos actores, ha generado la idea de que si bien la pobreza es un mal de nuestras sociedades contemporáneas que debe ser condenado y combatido, de ella no surgen obligaciones concretas que puedan ser exigidas jurídicamente;²⁵⁷ es decir, la responsabilidad estatal frente a la pobreza se diluye.

²⁵⁷ De la Torre Martínez, Carlos, “Pobreza y derechos humanos: Una relectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los derechos humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, Porrúa, México, 2009, pp. 362 y 363.

Las acciones de los agentes generadores de pobreza son normalmente invisibilizadas e ignoradas, al grado que resulta casi imposible establecer una relación directa entre la conducta del agente y la pobreza de las personas.²⁵⁸

La invalidez de los argumentos *supra* mencionados es clara. Además hay que reposicionar el alto nivel de interdependencia de nuestro mundo globalizado²⁵⁹ y la corresponsabilidad a la que nos encontramos comprometidos.

A pesar de lo anterior, en algunos países, las personas migrantes irregulares, son consideradas como delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidas en su travesía por el país de tránsito.²⁶⁰

Es necesario enfatizar que los migrantes irregulares, por el solo hecho de su incursión indocumentada, no son delincuentes.

Para Sen la pobreza debe ser vista como la limitación o eliminación de las capacidades básicas para que una persona pueda realizar el tipo de vida que ella estime valiosa, más que como una mera limitación o carencia de ingresos.²⁶¹

En este sentido, se requiere dar al migrante que ya se encuentra en el país destino o de tránsito e independientemente de su situación migratoria, un bienestar mínimo que le permita vivir dignamente.

Por lo que hay que eliminar la situación de necesidad de la persona migrante reconociéndole el mínimo vital que le corresponde como ser humano. Si no es así estaremos ante un estado de necesidad que puede justificar, en algunos casos, las conductas violatorias de la normatividad

²⁵⁸ Pogge, Thomas, "Severe Poverty as a Human Rights Violations" en Pogge, Thomas, (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right, Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, UNESCO, New York, 2007, pp. 11-53.

²⁵⁹ Pogge, Thomas, "Severe Poverty as a Human Rights Violations" en Pogge, Thomas, (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right, Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, UNESCO, New York, 2007, pp. 11-53.

²⁶⁰ 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 contagiosas claras y determinadas (influenza, por ejemplo); sin embargo, se debe cuidar que estos aspectos sean reales y no basados en criterios xenófobos o discriminatorios.

²⁶¹ Sen, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 88-90.

migratoria. Por lo que la persona migrante se encontraría exenta de responsabilidad a pesar de haber vulnerado el ordenamiento jurídico del Estado receptor.²⁶²

El migrante, igual que sucede con el nacional del país de origen que se encuentra en un estado de necesidad, no puede ser acusado de actuar del único modo en el que puede actuar como ser humano obligado a satisfacer sus necesidades vitales mínimas.²⁶³

Se sabe que este aspecto es controvertido. Sin embargo, se planteará con el único fin de cuestionar las reacciones que los Estados tienen frente a la migración irregular. En efecto la migración irregular implica una conducta ilícita pero dicha ilicitud no debe sancionarse penalmente. Al menos debemos considerar que la voluntad del migrante indocumentado, si bien no está determinada, al menos está cercada o presionada por diversos factores --entre ellos los económicos o laborales, desempleo, diferencial de salarios, pobreza, etcétera-- que hacen que la decisión que se toma no sea la más feliz o deseada para la persona.

Para que una conducta pueda ser atribuida a su autor, es necesario que en el caso concreto pudiera exigírsele haber actuado conforme a la ley. Por lo que no puede efectuarse un juicio de reproche a una persona que actúa antijurídicamente en circunstancias de motivación extrema --o desesperación-- que minaron su propia autodeterminación. Independientemente de la teoría en la que se base el análisis (teoría de la diferenciación--estado de necesidad exculpante y estado de necesidad justificante-- o teoría unitaria)²⁶⁴ lo importante es visualizar, con atrevimiento académico, si un migrante al violentar la legislación migratoria de un país actúa por estado de necesidad y para ello se recurrirá a los requisitos que éste implica:

- a) La existencia de un bien en peligro. En este caso se puede decir que el bien en peligro es la vida, la integridad física o la salud de los migrantes o de sus familiares. Debido a que la falta de condiciones dignas de vida al interior de los países de origen de los migrantes ocasionan que éstos no tengan acceso a un empleo ni a alimentación adecuada, asimismo en caso de enfermedad no se cuenta con el dinero suficiente para comprar medicinas --y peor aún-- ni con la infraestructura para consultar a un médico (en virtud de que en

²⁶² Miraut Martín, Laura, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración...*, op. cit., p. 336.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ Ramos Rivera, José Luis, “Estado de necesidad en la legislación penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXIII, número 69, mayo-agosto, 1990, México, pp. 945-947.

muchas comunidades de países de origen migratorio los médicos solamente se encuentran en centros urbanos).

- b) Acción que tenga como fin la salvación del bien jurídico. El paso irregular de las fronteras de un Estado, con lo que se busca rescatar o preservar la vida, integridad física o salud del migrante indocumentado o de su familia.
- c) Necesidad del medio empleado. En este caso, no existen muchos medios alternos a los que se pueda recurrir. Uno de ellos quizás, sería la comisión de delitos (como robo, por ejemplo) por parte del migrante para sufragar los gastos de un familiar enfermo o para dar de comer a su familia, a manera de ejemplos. Como se puede visualizar el medio menos nocivo posiblemente sería el hecho de migrar irregular.
- d) Ausencia del deber de sacrificio. En efecto los ciudadanos de un Estado no tienen ningún deber de “esperar la muerte” en el territorio de su país debido a la ausencia de oportunidades o por la existencia de condiciones precarias de subsistencia.
- e) Ausencia de provocación intencionada. Claramente los migrantes no originan las condiciones precarias de subsistencia al interior de los países de origen migratorio, como es el caso de México. El origen de estas condiciones radica en problemas estructurales.

El estado de necesidad, entonces, justifica las conductas y las convierte en acciones legítimas a pesar de que se desarrollaron en contravención al derecho.

Como se dijo, aunque lo anterior es muy discutible pudiera ser válido para casos concretos y particulares. No se pretendió hacer aquí una afirmación generalizadora, sino sólo plantear una reflexión ante la realidad latente y creciente de la migración irregular.

1.9. ¿CIUDADANÍA MIGRANTE?: RELACIÓN ENTRE DERECHO Y DERECHOS

Frente a la migración se replantea el papel del Derecho. En algunos contextos el Derecho limita o restringe a la migración; en otros, la penaliza; en algunos más, pretende regularla. Pero qué pasa en aquellos puntos geográficos donde impera la anomia. Se entiende a la anomia como la “inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales”, según Santiago Nino.²⁶⁵

²⁶⁵ Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992, p. 19. También *cfr.* Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964; y Zovatto, Daniel, *et. al.*, *Argentina: Una sociedad anómica. Encuesta de cultura constitucional*, UNAM, Asociación Argentina de Derecho constitucional, Idea Internacional, México, 2005, p. 8.

Este planteamiento permitirá, en el capítulo respectivo, analizar la congruencia de la normatividad migratoria en los siete países sujetos a estudio, frente a la realidad que se vive en ellos.

Ahora bien, qué papel desempeña el Derecho frente a los derechos de las personas migrantes.

Danilo Zolo afirma que la contestación en forma de expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, por parte de las “ciudadanías amenazadas” por la presión migratoria, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.²⁶⁶

Javier de Lucas señala que la dicotomía ciudadano/extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social. Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.²⁶⁷

Valdría la pena repensar las implicaciones de retornar al artículo 4 de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad, sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.²⁶⁸

En sentido parecido, Michelangelo Bovero afirma que “los derechos de ciudadanía política, los derechos de participación... deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (o deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas discusiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”.²⁶⁹

Sin embargo, la realidad es compleja y debemos de plantear una opción que pueda --al menos-- dar directrices frente a la problemática que representa el ejercicio de los derechos humanos y las restricciones que introduce la ciudadanía a los derechos. Como señalar Müller, “la construcción

²⁶⁶ Zolo, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en Zolo, Danilo (ed.), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità diritti*, 2ª. Ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42; Carbonell, Miguel, *Dilemas de la democracia constitucional*, Porrúa, Cámara de Diputados, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2009, pp. 64 y 65.

²⁶⁷ De Lucas, Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 135; y Carbonell, Miguel, *Dilemas...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 637; Carbonell, Miguel, *Dilemas...*, *op. cit.*, p. 67.

²⁶⁹ Bovero, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 24; Carbonell, Miguel, *Dilemas...*, *op. cit.*, p. 67.

de las normas jurídicas dentro de las tensas relaciones que guardan entre sí el Derecho y la realidad, en un campo de “reales y normativos”, ha sido examinada hasta ahora como una cuestión propia de la filosofía del Derecho. La relación entre Derecho y realidad se muestra entonces como una necesidad para comprender la correlatividad entre normatividad y facticidad.²⁷⁰

Regresaremos a estos aspectos en los siguientes capítulos; sirva esta parte únicamente para plantear la reflexión.

1.10. MODELOS DE INTEGRACION: RESPUESTA DE LOS PAÍSES FRENTE A LA MIGRACIÓN

Sucede que vinculada a la migración se produce una reflexión del “nosotros” que pretende fundamentar la exclusión de los “otros”. De manera similar a lo que ocurre entre las culturas diferenciadas, se construyen estereotipos referenciales que aspiran a definir a los del otro lado de la frontera. Así, pudo suceder con la “manipulación” de los estereotipos por parte de los Estados latinoamericanos en las guerras fronterizas del siglo XX, tales como las que mantuvieron Paraguay y Bolivia, Honduras y El Salvador o Ecuador y Perú, a las que casi se debió agregar el conflicto armado entre Chile y Argentina que estuvo a punto de estallar en 1978.

Considerando estos aspectos, la política migratoria debe tener como punto de partida, para hacerla en mayor medida compatible con los derechos, los siguientes referentes:

- a) La consideración de que existe un derecho a inmigrar, obviamente limitado (como todos los derechos), si bien en ningún caso por motivos de origen, religión o etnia.
- b) El desvanecimiento del criterio de la nacionalidad como argumento válido para la diferenciación negativa de los derechos.
- c) El establecimiento de una política abierta en el mayor grado posible a la participación política y cultural de los no nacionales.
- d) La configuración de una política solidaria centrada en los derechos y, a través de ellos, en el respeto a la diferencia.

²⁷⁰ Caballero, Ángel, *Constitución y realidad constitucional*, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, México, 2005, p. 37.

- e) La implementación de acciones para la detención y repatriación de migrantes irregulares en un marco respetuoso de los derechos, con la previa garantía de la permanencia en el territorio de destino mientras se resuelven los procesos relacionados con la exigencia de los derechos adquiridos durante la estancia irregular (por ejemplo, derechos laborales).²⁷¹

Claramente es necesario que se diseñe e implemente una política de colaboración entre los países implicados en los procesos migratorios, haciendo que cada uno asuma las responsabilidades que le correspondan como país de origen, tránsito o destino migratorio.²⁷²

Suele decirse que la migración irregular no cesará mientras los países pobres no se desarrollen. En cualquier caso y, sea lo que sea de esto, la cooperación internacional resulta imprescindible. Y ello aunque los países pobres fueran “responsables” de su pobreza. Éste es y será un asunto muy discutido. Uno de los eslóganes que frecuentemente se escuchan es que los países ricos son responsables de la pobreza de los pobres. Es muy difícil saber si esto es cierto y hasta qué punto lo es.²⁷³

Se ha dicho “que una política de inmigración que no distingue el trigo de la paja, que no sabe o no quiere distinguir entre las distintas 'extrañezas' es una política equivocada destinada al fracaso”.²⁷⁴

Sin embargo, desde una visión pesimista --por no decir xenófoba--, Sartori observa que los flujos migratorios:

se incrementan con tres nuevos ejércitos: el de los inmóviles del pasado (las poblaciones agrícolas), el de los urbanizados que se mueren de hambre en las ciudades y, claro está, el de los recién nacidos en exceso salvados por la medicina pero no controlados por ella. No debemos, pues, hacernos ilusiones. El problema no se puede resolver, ni siquiera atenuar, acogiendo más inmigrantes. Porque su presión no es ni coyuntural ni cíclica. Los que han entrado no sirven para reducir el número de los que pueden entrar: en todo caso, sirven para llamar a otros nuevos. No es que el que entra reduzca el total de los que quedan fuera; porque ese total sigue creciendo. ¿Se pueden remediar las crecidas de los ríos bebiendo agua? No. Pues de la misma manera la crecida de los inmigrados no se puede remediar dejándolos entrar.²⁷⁵

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² De Asís Roig, Rafael, “Derechos Humanos, Inmigración y Solidaridad razonable”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración..., op. cit.*, p. 73

²⁷³ García San Miguel, Luis, “Multiculturalismo, tercer mundo e inmigración”, en *ibidem*, p. 86.

²⁷⁴ Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica..., op. cit.*, p. 108.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 111 y 112.

Y desde una perspectiva discriminatoria y misógina, el mismo autor sostiene:

Admitiendo --a pesar de que los multiculturalistas se oponen a ella-- que la integración siga siendo el objetivo a perseguir, entonces ¿cómo se consigue? A las bobas y a los bobos que se ocupan de este juego de altos vuelos la solución del problema les parece obvia: consiste en transformar al inmigrado en ciudadano, es decir, en “dispensar ciudadanía”. Así pues, la idea de las bobas (a las que subrayo porque son más numerosas que los bobos) es que ciudadanía integra, y que basta ciudadanizar para integrar. ¿Eso es cierto? Desgraciadamente no. A veces es así. Pero muchas veces no es así. Y, por tanto, la política de la ciudadanía para todos --sin mirar a quién-- no sólo es una política destinada al fracaso, sino que además es un política que agrava y convierte en explosivos los problemas que se pretende (*sic*) resolver... Hacer ciudadano a quien toma los bienes-derechos subjetivos pero no se siente obligado en contrapartida a contribuir a su producción, es crear ese ciudadano diferenciado que puede balcanizar la ciudad pluralista.²⁷⁶

Claramente, no se comparten los argumentos vertidos --si es que puede llamárseles así-- que parecen nacidos de una vivencia y ferviente sentimiento antimigrante y no de reflexión socio-jurídica estricta.

En esta investigación se considera que los aspectos que debe incluir una política migratoria serían los siguientes: una gestión de flujos migratorios, una política de integración social y una política de cooperación con los países de origen. Una gestión de flujos que respete los principios del Estado democrático de Derecho, la equiparación en derechos como requisito de lo que se denomina ciudadanía inclusiva. En segundo lugar, políticas públicas de integración democrática o de acomodación de las personas migrantes. Y un programa de codesarrollo que asocie a los países de recepción con los países de origen y transforme la inmigración en un factor beneficioso para todas las partes: migrantes, países de recepción y países de origen.²⁷⁷

Hay que establecer qué lugar ocupa la “integración” entre modelos de gestión de la diferencia (políticas de acomodación), o qué respuestas normativas al pluralismo cultural se pueden utilizar. Podríamos reconducirlas a tres: de asimilación, segregación e integración --aunque dentro de este último grupo podríamos realizar una distinción entre lo que se podría denominar modelo integracionista y modelo pluralista--:

a) Asimilación: el modelo de asimilación condiciona el reconocimiento de los derechos a un proceso de mimetización respecto a la mayoría, lo que conduce al sacrificio indiscriminado de esas diferencias. Esto supone la pérdida de elementales rasgos de identidad (lengua, étnicos,

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 112, 113 y 114.

²⁷⁷ García Añón, José, “La integración social de los inmigrantes y la concreción de sus derechos en los planes automáticos” en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración...*, *op. cit.*, p. 256.

religiosos, de organización social, entre otros), con independencia de que en ocasiones se producen procesos de asimilación voluntaria.

b) Segregación. En este modelo se parte de una identificación con la normalidad vigente, concebida como expresión de racionalidad y progresos que se plasma en la organización jurídica del Estado. La persona extranjera debe someterse a esta normalidad/legalidad, asimilándose a ella o siendo segregado para evitar perturbar a la sociedad “civilizada”.

c) Integración. Proceso guiado por el objetivo de la equiparación en el reconocimiento jurídico, en la ciudadanía, lo que también supone tener en cuenta “la igualdad en la diferencia”. Los requisitos necesarios para el proyecto intercultural podrían ser: 1. Pluralismo y la noción de cultura como diversidad; 2. Simetría o igualdad entre los interlocutores; 3. Modelo de ciudadanía inclusiva. Zapata distingue dos modelos tendentes al reconocimiento de las diferencias, el que denomina modelo integracionista, en el que las políticas tienden a reconocer las diferencias, aunque no existe una participación política directa por parte de las personas migrantes. Por otra parte el modelo pluralista, en el que se fomentaría la autonomía de las personas migrantes y en la que éstas participarían en la gestión y diseño de las políticas.²⁷⁸

Castles y Miller sostienen la necesidad de construir una ciudadanía multicultural, es decir, establecer mecanismos de integración que permitan una unidad en la diferencia, preservando la igualdad de derechos entre ciudadanos y extranjeros; una ciudadanía integral para todas las personas que permita percibir la igualdad pero también la diferencia.²⁷⁹

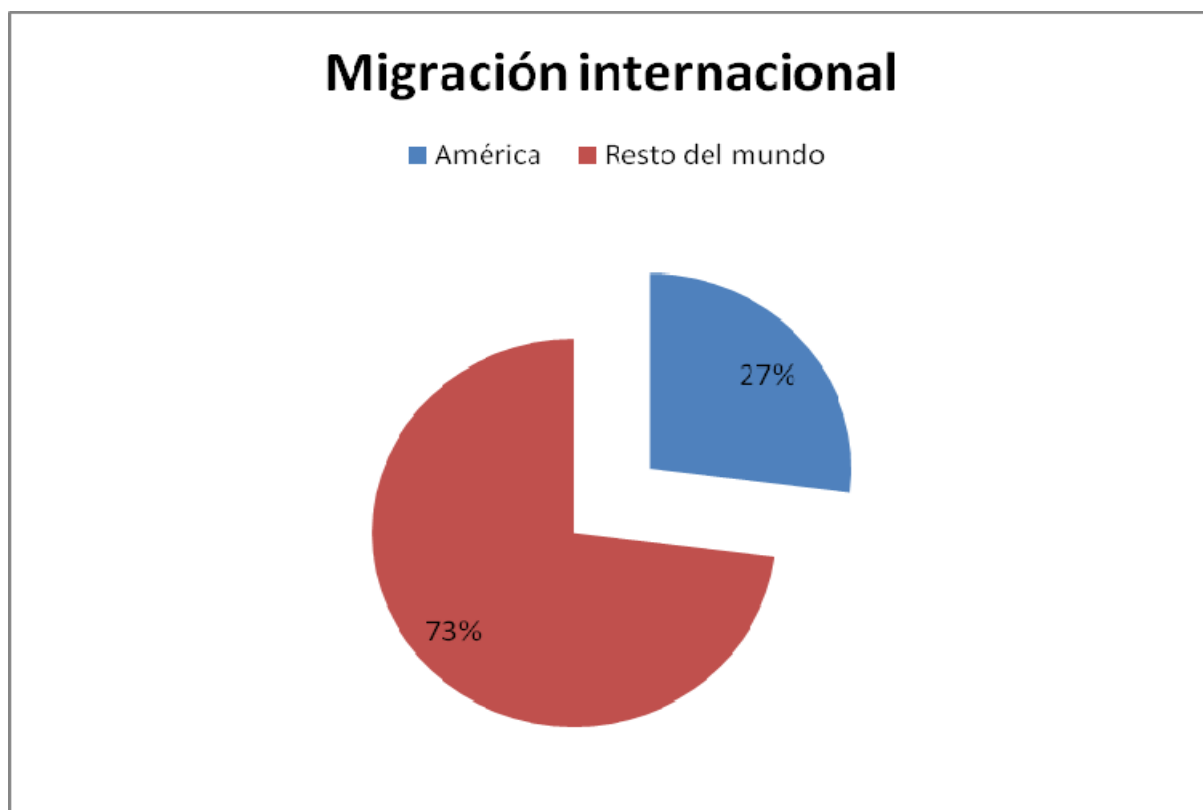
1.11. LA MIGRACIÓN EN AMÉRICA

El número de migrantes internacionales en las Américas ha aumentado en los últimos dos decenios, de casi 47 millones en 2000 a más de 57.5 millones en 2010. Poco más de una cuarta parte (27%) del total de migrantes del mundo reside en las Américas. La migración en las Américas ocurre, fundamentalmente, entre los países de la región; esto da relieve a un estudio como el que aquí se realiza centrado en 7 países americanos.²⁸⁰

²⁷⁸ García Añón, José, “La integración social de los inmigrantes y la concreción de sus derechos en los planes automáticos”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración...*, op. cit., pp. 257 y 258.

²⁷⁹ Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración...*, op. cit., pp. 34 y ss. Y De Julios-Campuzano, Alfonso, “La paradoja de la ciudadanía, Inmigración y derechos en un mundo globalizado”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración...*, op. cit., p. 323.

²⁸⁰ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*, cit., pp. 120, 154 y ss.



Fuente: Elaboración propia a partir del Informe sobre migraciones en el mundo 2010.

Los migrantes representan el 14.2% del total de la población de América del Norte. El número de migrantes internacionales en América del Norte pasó de 40.4 millones en 2000 a 50 millones en 2010.

Se estima que el número de migrantes internacionales en América Latina y el Caribe aumentó de 6.5 millones en 2000 a 7.5 millones en 2010.

Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, con 1.4 y 1 millón de inmigrantes en 2010, respectivamente, siguen siendo los dos principales países de destino en América Latina y el Caribe, mientras que México ha sustituido al Brasil en el tercer lugar. Entre los diez principales países de destino de la región, Argentina, Paraguay, Puerto Rico y la República Bolivariana de Venezuela han experimentado una reducción del número de migrantes desde 2000. Por otro lado, en el Ecuador se ha registrado el mayor aumento relativo en comparación con 2000, situándose en el séptimo lugar entre los países de destino más importantes.

En los últimos decenios, América Latina y el Caribe se han convertido en regiones de emigración neta. Entre 2000 y 2010, las corrientes de emigración de los países de la región sobrepasaron las corrientes de inmigración en 11 millones de personas.

Esa diferencia entre las corrientes de emigrantes e inmigrantes es mayor en América Central (6.8 millones), seguida de América del Sur (3 millones) y el Caribe (1.2 millones).

De conformidad con los datos del Censo de 2000, hay alrededor de 26.6 millones de personas nacidas en América Latina y el Caribe que viven fuera de sus respectivos países. La emigración de los países de América Latina y el Caribe representa aproximadamente el 15% de la inmigración internacional en todo el mundo.

Los principales países de emigración de la región son México, Colombia, Puerto Rico y Cuba, seguidos de El Salvador, Brasil, Jamaica, República Dominicana, Haití y Perú. México es el principal país de emigración del mundo, con 10.1 millones de personas viviendo en el extranjero (alrededor del 10% de la población total del país).

De conformidad con los datos del Censo de 2000, los principales destinos de los migrantes de América Latina eran los EUA, Argentina y España, seguidos de la República Bolivariana de Venezuela y el Canadá, con el 68% del total del contingente de emigración subregional residiendo en los EUA. Más de la mitad de esos emigrantes provienen de México. El corredor de inmigración entre México y los EUA es el más importante del mundo, con 9.3 millones de migrantes. Esa situación refleja la particular “relación histórica y geográfica” entre los EUA y México.

La migración hacia los países de América Latina y el Caribe está dominada por los corredores entre los países limítrofes --desde Bolivia, Chile, el Paraguay y el Uruguay hacia la Argentina; desde Colombia hacia la República Bolivariana de Venezuela; y desde Nicaragua hacia Costa Rica--.

La emigración hacia Europa se dirige predominantemente a España: los migrantes de países de América Latina y el Caribe constituyen aproximadamente el 38% del total de los inmigrantes en España.

La creciente participación de la mujer en el mercado laboral en los últimos decenios ha estado acompañada de la feminización de la migración en la subregión. La representación de la mujer en los contingentes de migrantes internacionales pasó del 44.2% en 1960 al 48.1% en 1980 y al 50.1% en 2010.

Los conflictos civiles en Colombia ocasionaron el desplazamiento de más de 200,000 civiles en el país durante 2008. En general, el Gobierno estima que alrededor del 6% de la población (más de 2.5 millones de personas) está integrada por desplazados internos, lo que significa que Colombia acoge a una de las tres mayores poblaciones de desplazados internos del mundo.

Varios países de América Central y el Caribe dependen fuertemente de los migrantes que viven en el extranjero. En Honduras y Nicaragua y en República Dominicana, Haití y Guyana, el 60% de la población tiene familiares en el extranjero, y alrededor de la mitad de esas familias recibe remesas.

En 2009, a raíz de la crisis económica mundial, las previsiones apuntaban a una disminución de las remesas con destino a América Latina y el Caribe, del orden del 9.6%, por lo que se situaban en 58.5 millones de dólares aproximadamente. Las estimaciones más recientes de las corrientes de remesas hacia América Latina y el Caribe indican una caída del 12% en 2009.

Así, en 2009 las remesas representaron 414,000 millones de dólares, de los cuales más de 316,000 millones se destinaron a países en desarrollo --lo que equivale a una reducción del 6% con respecto a los 336,000 millones de dólares de 2008--.

Las remesas hacia América Latina y el Caribe, que habían aumentado en más del 15% entre 2000 y 2006, aminoraron su crecimiento en 2007 y 2008, principalmente como resultado de los problemas en el mercado laboral de los EUA. Las previsiones del Banco Mundial indicaban que las corrientes de remesas con destino a la región bajarían en un 9.6% en general a fines de 2009.

Era previsible la reducción de las entradas de remesas en todos los países de América Latina y el Caribe en 2009, y las reducciones más importantes se produjeron en México, Colombia, Jamaica, Honduras y El Salvador. México resultó el país más afectado por la recesión, pues fue el primero en sentir los efectos de la crisis, con un 3% de reducción de las remesas entre 2007 y 2008, experimentando la mayor reducción en 2009: el 13%.

No obstante lo anterior, México es el país con el mayor volumen de entrada de remesas, con 26,300 millones de dólares en 2008 (el 41% del total de las remesas recibidas en los países de la región), lo que lo convierte en el tercer mayor beneficiario de remesas del mundo. A escala regional, siguen a México, Brasil, Colombia y Guatemala. En términos relativos, en 2007 las remesas representaron más del 10% del PIB en siete economías, seis de ellas en América Central y el Caribe: Guyana (25.8%), Honduras (21.5%), Jamaica (18.8%), El Salvador (18.2%), Haití (18.2%), Nicaragua (12.9%) y Guatemala (12.6%).

La falta de protección social de los migrantes en algunos países, como los EUA, hace que los migrantes sean particularmente vulnerables en períodos de crisis económica. Los inmigrantes legales recién llegados y los indocumentados no tienen derecho a recibir prestaciones por desempleo ni a participar en programas de subempleo. Los migrantes indocumentados tampoco pueden participar en todos los programas de prestaciones y servicios federales, salvo en algunos servicios de emergencia mínimos. En marzo de 2009, la tasa de desempleo en España, otro importante país de destino de los migrantes de América Latina y el Caribe, se situaba en el 17.4% --un aumento de 1.8 millones de trabajadores desempleados, en comparación con marzo de 2008-. Los trabajadores migrantes tienen una amplia representación en el sector de la construcción, que registró un 107% de aumento del desempleo.²⁸¹

1.11.1. ARGENTINA

Los últimos datos del censo poblacional de 2001, dan cuenta de que el país tiene 1.5 millones de extranjeros, esto es, el 4% de la población total.²⁸²

Por el contrario, la población argentina residente en el exterior se ha ido incrementando, registrando un volumen que no desciende de las 800,000 personas.²⁸³

Según el PNUD, Argentina es solamente superada por Chile con respecto al índice de desarrollo humano (IDH) de América Latina y por consiguiente es uno de los países con mayor nivel de desarrollo humano en la región. Esto se evidencia a partir de los desempeños obtenidos en las dimensiones básicas del desarrollo humano: salud (esperanza de vida al nacer), educación (tasas de alfabetización y de matriculación) y economía (PBI per cápita).²⁸⁴

Dado que el IDH²⁸⁵ constituye en una herramienta que mide el bienestar de la población, es importante vincularlo con los flujos migratorios. Como es sabido, las migraciones responden a

²⁸¹ *Ibidem*, p. 163.

²⁸² <http://www.lanacion.com.ar/639940-la-argentina-primera-en-el-numero-de-inmigrantes> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

²⁸³ World Bank, Development Prospects Group (2008) *Migration and Remittances Factbook*. <http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1199807908806/Argentina.pdf>.

²⁸⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2008, *Human Development Indices: A statistical update 2008* – HDI rankings, <http://hdr.undp.org/en/statistics/> (fecha de consulta: 15 de junio de 2010).

²⁸⁵ El Índice de Desarrollo Humano (IDH) fue creado en 1990 por el PNUD. El objetivo era poder medir los progresos generales de un país en tres dimensiones básicas del desarrollo humano (salud, educación y economía). El IDH clasifica a los países en tres grupos (desarrollo humano alto, medio y bajo). “El IDH mide tres dimensiones básicas del desarrollo humano: (1) tener una vida larga y saludable -estimada por la esperanza de vida al nacer, (2) poseer los conocimientos necesarios para comprender y relacionarse con el entorno social -estimado por el nivel de

diferentes factores, los que originan y reproducen estos movimientos a lo largo del tiempo. Los desequilibrios existentes a nivel mundial, en términos del acceso a óptimas condiciones de vida por parte de la población, alientan la producción y reproducción de las migraciones a escala global. En general, los países que emiten población tienen fuertes condiciones de expulsión y los que reciben detentan notorias condiciones de atracción.²⁸⁶

En el caso de Argentina, el alto estándar de desarrollo humano alcanzado, muy diferente del de la mayoría de los países de la región, opera como factor de atracción de población de territorios vecinos, generando influencias a nivel regional y manteniendo el lugar histórico asumido como polo receptor de inmigración. No obstante, la permanencia de situaciones de fuerte desigualdad social, no reflejada por el IDH, también permea la capacidad que tiene este país para expulsar población hacia diferentes regiones de mundo, especialmente, hacia aquellas que tienen un mayor nivel de desarrollo relativo.

En 2005, el volumen de inmigrantes en Argentina ascendía a 1,500,142 personas, representando un 3.9% de la población total.

Según el último Censo de Población, Hogares y Viviendas, los inmigrantes proceden principalmente de los siguientes países: Paraguay (21.2%), Bolivia (15.2%), Italia (14.1%), Chile (13.9%), España (8.8%), Uruguay (7.7%) y Perú (5.8%). La mayoría de los inmigrantes eran originarios de los países limítrofes (Paraguay, Bolivia, Chile, Uruguay y Brasil), Perú, Italia y España. La evolución de la inmigración por nacionalidad en los últimos tres censos de población muestra una acelerada caída de los inmigrantes europeos y un incremento de las comunidades de los países vecinos, especialmente en el caso de los bolivianos y paraguayos.

Considerando las variaciones evidenciadas en los últimos censos, los paraguayos y bolivianos muestran una tendencia en alza desde la década del ochenta, posicionándose en 2001 por encima de la antigua migración italiana y española, en tanto que los chilenos y uruguayos pierden presencia, en el último período intercensal. Por su parte, los inmigrantes provenientes de Perú, país no limítrofe pero cercano geográficamente a la Argentina es una de las comunidades que

alfabetización y matriculación combinada, (3) poseer los ingresos suficientes para acceder a un nivel de vida decente- estimado por el ingreso familiar per cápita” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Estadísticas y conceptos metodológicos*, 2005, <http://www.desarrollohumano.org.ar/2005/> fecha de consulta: 15 de junio de 2010). El IDH es un valor que varía del 0 al 1; a medida que se acerca a 1, el desarrollo humano se aproxima al nivel óptimo.

²⁸⁶ *Perfil Migratorio de Argentina 2008*, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, 2008. <http://www.migraciones.gov.ar/accesible/?normativa> (fecha de consulta: 15 de junio de 2010).

más ha crecido en los últimos 30 años, pasando de 8,002 personas en 1980 a 87,546 en 2001. Asimismo, en las últimas décadas se registran flujos de migrantes desde países asiáticos, como China, Japón y Corea, y Europa del Este, como Ucrania y Rusia, atraídos por políticas de Estado que otorgaron beneficios administrativos para su ingreso y residencia en el país.²⁸⁷

Los inmigrantes de los países limítrofes alcanzaron en 2001 una representación de 60%. Su peso en el total de la población extranjera ha ido incrementándose desde principios del siglo XX, momento en que la población limítrofe reunía sólo al 10% de los extranjeros. A partir del censo de 1947, la desaceleración de los flujos de ultramar y la perduración de los flujos limítrofes fueron inclinando la balanza a favor de estos últimos, llegándose a principios del nuevo milenio a un escenario marcado por una notoria mayoría limítrofe y no limítrofe latinoamericana (entre los que se destacan los peruanos).

La migración irregular es un fenómeno social de naturaleza invisible y, como tal, difícilmente puede ser conocido con precisión con las herramientas metodológicas disponibles y desarrolladas hasta la actualidad. Por lo anterior, en Argentina --así como en muchos países-- se desconoce el volumen de la migración indocumentada. No obstante, se dispone de algunos datos que dan cuenta de las personas que han salido de la irregularidad migratoria en los últimos años gracias a la puesta en marcha de procesos de regularización de migrantes.

En efecto, la regularización, como medida correctiva, se constituye en una solución oportuna para un problema existente. Observando lo ocurrido en Argentina en el período 2003-2007, se advierte que se han efectuado 776,742 trámites de regularización: 660,184 correspondieron a personas originarias de los países que conforman el MERCOSUR y 116,558 de inmigrantes de países extramercosur.²⁸⁸

Es de destacar que la gran mayoría de los inmigrantes procedentes de la región del MERCOSUR obtuvo la regularización en el período 2006 y 2007, bajo la vigencia del programa Patria Grande, adoptado por el gobierno argentino para regularizar a la población inmigrante que reside en el país en situación irregular.

En el marco del programa Patria Grande, se ha realizado un total de 560,131 trámites. De acuerdo a los datos del programa, las nacionalidades que presentan los volúmenes más significativos de

²⁸⁷ *Idem.*

²⁸⁸ *Idem.*

adhesión al programa son: paraguaya (50.8%), boliviana (27.8%) y peruana (13.2%). Vale recordar que las dos primeras comunidades son, según los datos del último censo, las que más incidencia cuantitativa tienen en la población migrante.²⁸⁹

Además, al amparo del Decreto 1169/04, se han regularizado 12,062 migrantes, el 75% de los cuales pertenece a la nacionalidad china.

En síntesis, desde 2003 pero especialmente desde 2006 el gobierno argentino ha impulsado un programa no extraordinario de regularización de los inmigrantes de la región del MERCOSUR residentes en situación de irregularidad migratoria, complementado con normas específicas que cubran al conjunto de los migrantes asentados en suelo argentino, necesario para promover la integración de los migrantes en el país.

En 2004 se creó el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y sus Estados Asociados --Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela-- y para los extranjeros de países fuera de la órbita del MERCOSUR.

1.11.2. COLOMBIA

Colombia tenía una población de 42,888,592 personas, según el Censo General de Población 2005 (a 2008, se estimaba en 44,450,260 habitantes) que se agrupa en el centro del país, en detrimento de la periferia; ese proceso ha seguido el mismo patrón de concentración de las actividades económicas. La distribución territorial de la población asemeja el contraste entre las diversas “regiones económicas” del país a lo largo del último cuarto de siglo pasado. La región más próspera es la llamada región élite, con apenas el 8% del territorio del país pero los más elevados indicadores de desarrollo, concentraba a comienzos del presente decenio el 42.8% del total de la población colombiana. En contraste, la región periférica era la más atrasada, con bajos niveles en provisión de servicios básicos e infraestructura e insuficientes niveles de ingreso; en el año 2000 albergaba sólo al 2% del total nacional, mientras que su extensión era el 11.9% del territorio.

Sin duda alguna es en el “resto” de regiones donde se localiza la menor presencia habitacional; aunque ocupa el 42.2% del territorio nacional sólo poseía el 3% de la población total en el 2000.

²⁸⁹ *Idem.*

Sin embargo, durante las últimas tres décadas estas áreas han experimentado un proceso de crecimiento, pues su participación en 1975 era de 1.4% de la población total.

Durante las últimas décadas del siglo XX, el aumento poblacional se distribuyó principalmente en las zonas urbanas, con lo cual se consolidó un proceso de “metropolitanización” que favoreció a las grandes ciudades y los principales complejos urbanos, en detrimento de las demás zonas, especialmente fronterizas, como la del Ecuador.

Para 2008 habían 4,167,388 colombianos en el exterior, aproximadamente el 9% del total de la población colombiana en el país²⁹⁰. Además se observa un proceso de feminización de la migración: el 51.4% son mujeres. Aunado a ello, aproximadamente el 41% de los migrantes cuentan con estudios secundarios.

FLUJOS MIGRATORIOS 1985 – 2005 (personas)	
1985	1,500,000
1990	1,704,000
1995	1,852,000
2000	2,187,234
2005	2,964,967
2008	4,167,388

DESTINOS INTERNACIONALES DURANTE EL 2008	
EUA	722,269
Panamá	252,353
Venezuela	295,829
España	177,413

290

<http://www.oim.org.co/Sobremigración/Migracióncolombiana/Datosycifrasmigracióninternacional/tabid/160/language/en-US/Default.aspx> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

Ecuador	195,764
Peru	62,365
México	57,061
Brasil	42,866
Argentina	54,020
Otros	307,835

ZONAS DE ORIGEN 2008	
Bogotá	61.5%
Antioquia	9.1%
Valle del Cauca	8.0%
La Guajira	3.8%
Atlántico	3.5%
Otros	14.1%

Colombia fue el principal país receptor de remesas de la Comunidad Andina durante el segundo trimestre del año 2010. Dicho país recibió remesas por 969 millones de dólares (41% del total); seguido por Perú, Ecuador y Bolivia con 26%, 23% y 10% respectivamente.

Colombia registra 16 millones de dólares representando el mayor origen de remesas enviadas a los otros tres países andinos. Por su parte Ecuador con 13 millones de dólares es el mayor receptor de remesas intra-comunitarias.

El flujo de remesas que ingresaron a los países de la Comunidad Andina, durante el segundo trimestre de 2010 fue de 2,357 millones de dólares, cifra que registró una reducción de 2.7%, con respecto al mismo trimestre del año 2009; sin embargo en Perú creció 9%, Bolivia decreció en 12% al igual que Ecuador y Colombia los cuales disminuyeron en 10% y 3% respectivamente.

EUA, España e Italia son los principales países de origen de las remesas hacia la Comunidad Andina. Dichos países enviaron el 74% del total de remesas durante el segundo trimestre del 2010.²⁹¹

1.11.3. LA MIGRACIÓN ENTRE COLOMBIA Y ECUADOR

Colombia y el Ecuador históricamente han mantenido una dinámica muy fluida de vínculos bilaterales. La línea divisoria entre los Estados recorta un conjunto de unidades geográficas y espacios ecológicos, con características culturales, estrategias de reproducción social y otras formas de vida que no encuentran diferencias a pesar de la existencia de la demarcación internacional. La franja fronteriza colombiana está compuesta por dos departamentos: Nariño y Putumayo, y el tramo ecuatoriano es ocupado por tres provincias: Esmeraldas, Carchí y Sucumbíos. En ese espacio colombo–ecuatoriano conviven 11 familias étnicas que lo han convertido en su hábitat y medio de subsistencia.

La problemática de la frontera se puede dividir en dos dimensiones: económica y política. En la primera se manifiestan una serie de características de un desarrollo relativamente rezagado en ambos países, pero sobre todo del lado colombiano. La importancia de la frontera para el Ecuador se localiza en especial en la parte occidental de la provincia de Sucumbíos, donde está el primer recurso estratégico del país (los principales yacimientos petroleros). Además la mayor infraestructura en esa franja es el Oleoducto Transandino que recorre 306 kilómetros, desde el Lago Agrio en el Ecuador hasta el puerto de Tumaco en la costa del pacífico de Colombia.

La presencia de las poblaciones móviles, migrantes en la frontera entre Colombia y el Ecuador está atravesada por un conjunto de factores de naturaleza sociopolítica, económica y ambiental. Pese a su diversidad, los problemas que enfrentan estos grupos de población son similares; las causas de la emigración o del desplazamiento, ya sean económicas, políticas, ambientales y sanitarias, además de la fragilidad de las instituciones para resolver las necesidades de la población, determinan un contexto común para sujetos diversos.

Colombia y el Ecuador comparten una frontera terrestre de 585 kilómetros, que consolida un tejido social transfronterizo que adquiere cada vez mayor importancia¹. Ambas sociedades han

²⁹¹ Comunidad Andina, Secretaría General, Cartilla de Remesas, 7 de octubre de 2010, <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DEstadisticos/SGde369.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

mantenido históricamente una dinámica muy fluida de vínculos bilaterales que, hasta hace poco tiempo, se ha manifestado en relaciones fronterizas sin grandes controversias. La territorialidad administrativa del espacio transfronterizo comprende distintas entidades en cada uno de los territorios colindantes. La franja fronteriza colombiana está compuesta por dos departamentos: Nariño, en la conformación espacial del Pacífico, y Putumayo, que se extiende tanto en el espacio andino como en la Amazonía. Del lado colombiano, 16 municipios se extienden de oeste a este: Tumaco, Barbacoas, Ricaurte, Cumbal, Mallama, Cuaspud, Aldana, Guachucal, Pupiales, Córdoba, Potosí, Ipiales, San Miguel, Valle del Guamez, Puerto Asís y Puerto Leguizamo. El tramo ecuatoriano es ocupado por tres provincias: Esmeraldas, Carchí y Sucumbíos; que se subdividen en siete cantones: San Lorenzo, Tulcán, San Pedro de Huaca, Sucumbíos, Cascales, Lago Agrio y Putumayo.

Como sistema geográfico esa frontera abarca tres espacios continentales: el pacífico, el andino y la amazonía. El primer tramo de aproximadamente 150 kilómetros se extiende desde el litoral Pacífico hasta el piedemonte occidental de la cordillera de Los Andes (en el municipio de Barbacoas, visto desde el lado colombiano). El segundo tramo, de unos 100 kilómetros aproximadamente, se caracteriza por el relieve de la cordillera de los Andes con alturas de hasta 4,000 metros sobre el nivel del mar. En ese tramo se encuentra el puente de Rumichaca, que es el principal punto de control migratorio entre ambos países y comunica a Ipiales en Colombia y a Tulcán en el Ecuador. Por último, el tramo más extenso (más de 300 kilómetros), corresponde al área sur del departamento de Putumayo, y se caracteriza por ser la región selvática.

La problemática de la frontera se puede dividir en dos dimensiones: económica y política. En cuanto la primera, relacionada con su dinamismo económico, se manifiestan una serie de características de un desarrollo relativamente rezagado en ambos países, pero sobre todo del lado colombiano. Como se dijo, la importancia de la frontera para el Ecuador se localiza en especial en la parte occidental de la provincia de Sucumbíos, donde está el primer recurso estratégico del país (los principales yacimientos petroleros), por eso que esta frontera tiene una importancia central para el Ecuador.²⁹²

²⁹² Acuña, Guillermo, Li Wing-Ching, Karina y Morales, Abelardo, *Migración y salud en zonas fronterizas: Colombia y el Ecuador*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile, septiembre de 2010, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/42070/lcl3247-P.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

1.11.4. ECUADOR

Según el Censo Nacional de Población de 2001, el Ecuador tenía una población que a principios de la década se estimaba en 12,156,608 habitantes (a 2008 se estimaba en 13,805,095). Esa población estaba distribuida en forma heterogénea en el territorio continental e insular. Regionalmente se evidenciaba una concentración en la costa, con 6,056,223 habitantes, y en la sierra, con 5,460,738 personas; 49.8% y 45%, respectivamente. Si bien la región amazónica ocupa la mayor parte de superficie del territorio, sólo albergaba el 4.5% de la población del país (548,419 personas).

El IDH de 2008 ubicó al Ecuador en el puesto 72 en orden descendente de 179 países entre los Estados con un alto estándar de desarrollo humano; a manera comparativa se menciona que Venezuela ocupa el puesto 61, Perú el 79, Paraguay el 98 y Colombia 80. Con la excepción de Venezuela que presenta un alto nivel de desarrollo humano, todos ellos están en el nivel medio de desarrollo humano.²⁹³

Según datos del Censo de población de 2001, el analfabetismo en el país es de un 9% y analfabetismo funcional de 21.3%. En cuanto a la escolaridad promedio de los ecuatorianos en el año 2005 era de 8.2 años comparada con los 3.6 años 1974 y para el período 2001-2005, el 34.2% de los jóvenes entre 15 y 29 años han completado la educación básica y apenas el 17.2% tiene educación superior. Entre los mayores a 24 años sólo el 6.4% tiene título universitario.²⁹⁴

Únicamente el 40% de la población cuenta con infraestructura básica. Este porcentaje corresponde al índice multivariado de infraestructura básica (IMIB), que combina las siguientes variables: viviendas con redes públicas de agua, alcantarillado, servicio eléctrico y sistema de recolección de basura.²⁹⁵

Entre junio de 2006 y mayo de 2008, la tasa de desempleo se mantuvo entre el 10.73% y el 6.11%, alcanzando un promedio de aproximadamente 7% para 2008. La tasa de subempleo es elevada y para septiembre de 2007 alcanzó el 46.64%, lo que sugiere que casi la mitad de los ecuatorianos no puede afrontar los gastos necesarios para tener un nivel de vida digno. En cuanto

²⁹³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2008. *Human Development Indices: A statistical update 2008*-HDI rankings, <http://hdr.undp.org/en/statistics/> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

²⁹⁴ *Perfil Migratorio de Ecuador*, Organización Internacional de las Migraciones, Quito, 2008, http://publications.iom.int/bookstore/free/ecuador_profile.pdf (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

²⁹⁵ *Idem*.

a las mujeres la situación es aún más grave, ya que se encuentran desempleadas en un 7% más que los varones.

Según información proporcionada por la Encuesta de Condiciones de Vida, Quinta Ronda, coordinada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), entre noviembre 2005 y enero del 2006, el 52% de la población ecuatoriana vivía en situación de pobreza (8 de cada diez personas en la zona rural y 4 de cada 10 en la zona urbana) y el 14% en situación de extrema pobreza o indigencia.

Se puede concluir que son varias las razones por las cuales se produce esta ola migratoria, sin embargo, la primera y principal es la crisis económico-financiera a finales de los años 90, cuya magnitud se puede comprender a partir de esta cita: “No debe sorprender, entonces, que el país - entre el año 1995 y 2000- haya experimentado el empobrecimiento más acelerado en la historia de América Latina. El número de pobres creció de 3.9 a 9.1 millones, en términos porcentuales de 34% al 71%”.²⁹⁶

Con este panorama, el desempleo y subempleo aumentaron mientras que el nivel de los ingresos disminuyó vertiginosamente, registrando “un deterioro acelerado de los índices de bienestar”.²⁹⁷

El fenómeno migratorio ecuatoriano se ha desarrollado explosivamente y de manera desordenada, a tal punto, que algunos académicos lo califican de “estampida”.²⁹⁸ Según fuentes internacionales, el stock de emigrantes²⁹⁹ superó un millón en 2005, representando un 7.7% de la población ecuatoriana en total.³⁰⁰ Para ilustrar esta emigración masiva basta citar datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas de España (INE): en 1998 había 7,046 ecuatorianos en España y ya en el 2003 la población inmigrante proveniente de Ecuador había ascendido a 470,090, esto representa cerca del 1,000% de crecimiento en tan sólo 5 años. Sin

²⁹⁶ Acosta, Alberto *et. al.* “Ecuador: Oportunidades y Amenazas Económicas de la Migración” en Hidalgo, Francisco (ed.), *Migraciones: Un juego con cartas marcadas*, ABYA YALA, Quito, 2004, p. 24.

²⁹⁷ Plan Comunicación, Migración y Desarrollo, 2003. *Causas del reciente proceso emigratorio ecuatoriano*, Cartillas sobre Migración, Enero 2003, N. 3, Quito.

²⁹⁸ Ramírez F. y Ramírez, J., “La estampida migratoria ecuatoriana” en G. Solfrini (ed.), *Tendencias y efectos de la emigración en el Ecuador: Características de la nueva ola Emigratoria*, ALISEI-Unión Europea, Quito, 2005.

²⁹⁹ Definido como el número de migrantes residiendo en un lugar específico en un período de tiempo definido. Véase OIM, 2008, *World Migration Report. Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy*. IOM World Migration Report Series Vol. 4, IOM, Geneva.

³⁰⁰ Ratha, D. y Z. Xu, *Migration and Remittances Factbook*, Migration and Remittances Team, Development Prospects Group, 2008, World Bank, www.worldbank.org/prospects/migrationandremittances

embargo, en muchos casos no se siguen los canales regulares de migración, por lo que existen escasos registros especialmente en el lugar de origen.³⁰¹

Cuantos miembros de su familia han migrado al exterior³⁰²

Detalle	Porcentaje
Uno	23.7%
Dos	11.4%
Tres	4.5%
Cuatro	1.4%
Cinco	1.8%
Seis	0.4%
Siete	0.5%
Ocho	0.7%
Nueve	0.2%
Diez	0.6%
Doce	0.3%
Quince	0.1%

³⁰¹ Instituto Nacional de Estadísticas de España (INE) 1998, 2004. *Anuario Estadístico de España 1998 y Anuario Estadístico de España 2004*, Madrid. http://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuarios_mnu.htm (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁰² Centro de Investigación y Apoyo al Migrante ecuatoriano, *Migración y Remesas 2007*, http://www.utpl.edu.ec/ciame/index.php?option=com_content&task=view&id=41&Itemid=30 (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

A que país migró

Detalle	Porcentaje
Rusia	0.0%
Venezuela	0.0%
Chile	0.1%
Australia	0.2%
Italia	5.1%
Brasil	11.5%
España	32.5%
EUA	49.7%

Hace cuanto tiempo migró

Detalle	Porcentaje
Entre 3 y 6 años	33.6%
Mas de 9 años	25.3%
Entre 6 y 9 años	19.5%
Entre 1 y 3 años	13.0%
Menos de 1 año	7.3%

Porque motivo migró

Detalle	Porcentaje
Razones políticas	0.8%
Problemas legales	1.1%
Estudios	1.1%
Salud	1.5%
Problemas familiares	4.4%
Laborales y económicos	84.5%

1.11.5. COSTA RICA

Costa Rica es un país inmerso en un contexto regional caracterizado por alta migración internacional.

La población de Costa Rica es de 4,616,736 habitantes. De esta población un 80% de costarricenses son descendientes de europeos (principalmente de ascendencia española y en menor medida alemana, italiana, holandesa y francesa); un 14% de ascendencia mestiza, un 3% afro-descendientes, el 1% indígenas y 1% otros.³⁰³

Aunque el aspecto migratorio no es totalmente nuevo, pues desde la segunda mitad del siglo XIX existieron distintos flujos migratorios, no ha sido sino hasta los últimos dos decenios que se ha constituido en un tópico de gran relevancia en la agenda pública. Durante este periodo, Costa Rica ha sido uno de los países con los porcentajes más altos. El último censo nacional de (2000) contabilizó cerca de 200,000 inmigrantes, un 9.5% de la población total del país.³⁰⁴

El flujo migratorio más antiguo y numeroso es el nicaragüense. Sin embargo, el censo de población del año 2000 y las encuestas periódicas de hogares, entre otras fuentes, han revelado la

³⁰³ Centro Centroamericano de Población, Universidad de Costa Rica, <http://ccp.ucr.ac.cr/> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁰⁴ Morales Gamboa, Abelardo, *Inmigración en Costa Rica: características sociales y laborales, integración y políticas públicas*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la CEPAL 85 población y desarrollo, S E R I E Santiago de Chile, agosto de 2008, Vertientes migratorias, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/34570/lc12929-P.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

existencia de cifras importantes de inmigrantes de origen colombiano, panameño y de otros países del continente americano.

Asimismo, Costa Rica no ha sido solamente un país receptor en los últimos años, sino que también ha empezado a convertirse en un país expulsor. Efectivamente, se ha observado un grupo relativamente pequeño pero continuo de emigrantes costarricenses hacia EUA (cerca de 70 mil según datos censales de 2000). Así, aunque sigue siendo básicamente un país de destino, desde finales de los años 1990, se han incrementado los flujos de emigración, sobre todo a EUA; en el momento del último censo 87,000 costarricenses vivían en el exterior.³⁰⁵

Costa Rica se destaca como el único país en que los indicadores de pobreza y de indigencia tuvieron un deterioro visible en 2009, cuando aumentaron 2.5 y 1.4 puntos, respectivamente.

Como parte de la diversidad migratoria que comparte con el resto de América Central, el territorio costarricense ha registrado durante estos dos últimos decenios un importante aumento de flujos de inmigración extrarregional. Estos han estado dominados por la migración en tránsito, aunque se ha registrado el crecimiento de comunidades que han tenido al territorio nacional como destino, principalmente personas de Colombia, de algunas islas del Caribe, en particular cubanos, dominicanos y haitianos, además de peruanos, chinos del área continental, entre los grupos más importantes. El aumento de estos flujos ha puesto en evidencia el funcionamiento de algunas redes de tráfico.

Por otra parte, desde comienzos de la década de 2000 se han venido presentado algunos cambios en los flujos de la migración. La originada en Nicaragua, tanto la de tipo estacional como la de mayor permanencia, se estabilizó y a partir de 2003 su tasa de crecimiento interanual comenzó a disminuir, hasta expresar por primera vez, en los últimos dos decenios, un valor negativo en 2006.

Aunque los movimientos por los puestos migratorios no disminuían, los resultados de las encuestas de hogares disponibles para cada uno de los años a partir de 2000 señalaban un estancamiento y en algunos casos una disminución del porcentaje de nicaragüenses residentes en el país respecto de la población total. Además, el número de partos de niños de madres nicaragüenses, que había llegado a representar el 13.9% del total en 2001, comenzó a disminuir a

³⁰⁵ *Idem.*

partir de ese año y se estabilizó desde 2004, mientras que la matrícula escolar de niños nacidos en Nicaragua también comenzó a decrecer.³⁰⁶

Con el cambio de siglo se incrementó la inmigración colombiana, al elevarse de un 0.13% respecto de la población total en 2001 a un 0.52% en 2006, y en menor medida la de otros orígenes.

Los colombianos representaban en 2001 el 1.9% del total de inmigrantes, pero en 2007 constituían el 3.9%, según cálculos efectuados a partir de la información de la encuesta de hogares. Así, desde el año 2000, las encuestas de hogares muestran que los flujos inmigratorios tienden a estabilizarse y que la proporción de migrantes en la población es estable o decrece, aunque está creciendo el peso relativo de los colombianos.

Según los cálculos de la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples (EHPM) de 2007, el 22% de los hogares inmigrantes del país enviaban remesas a sus países de origen, mientras el 35% de los hogares costarricenses con algún miembro en el extranjero recibían transferencias internacionales.

En esta encuesta se revelan problemas en el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos. Los inmigrantes nicaragüenses se caracterizan por un menor nivel educativo en comparación con la población nacional, aunque es más elevado que el promedio de su país de origen. Las actividades económicas que en Costa Rica se han convertido en factores de atracción de migrantes demandan, por lo general, una fuerza de trabajo poco calificada o cuyos niveles de calificación, como ocurre con algunas actividades de la construcción y la manufactura, se obtienen en el lugar de trabajo. De forma concomitante con los niveles educativos de la población inmigrante nicaragüense, la asistencia a la educación presenta una brecha muy significativa en comparación con la población costarricense en todos los grupos de edad, pero sobre todo en la población preescolar y en los adolescentes y jóvenes.

El acceso al seguro social es menor en la población inmigrante nicaragüense que en la población nacional.

En otro aspecto de este campo de la política pública, las políticas de seguridad han tendido a establecer una correlación entre el aumento de la inmigración y el aumento de la inseguridad ciudadana, del crimen organizado y de los delitos relacionados con el tráfico de personas y de

³⁰⁶ *Idem.*

drogas. Esta idea se refuerza a partir del manejo de estimaciones sobre el número de inmigrantes y la idea de la invasión, que el Ministro de Seguridad Pública ha reiterado en diversas ocasiones, como en la declaración siguiente: “Fácilmente podemos decir que alrededor de un 20% de la población que vive en territorio nacional es población extranjera, y de ese porcentaje, la mitad está ilegal. Esto equivale a que en Alemania tuvieran unos 20 millones de turcos y en España vivieran unos 18 millones de marroquíes. Los alemanes hacen un gran problema con la migración turca, y no pasa de un millón de turcos en una población de casi 90 millones”.³⁰⁷

1.11.6. EL SALVADOR

El Salvador cuenta con una población de 5,744,113 habitantes, de los cuales 2,719,371 son hombres y 3,024,742 mujeres. 41,072 personas de zona urbana nunca asistieron a la escuela (de ellas, 16,502 son hombres y 24,570 mujeres) y 44, 471 de la zona rural (20,247 hombres y 24,224 mujeres) en lo cual se sigue observando la brecha de género prevaleciente.³⁰⁸

El Salvador es una de las naciones más pequeñas de América Latina. Con una extensión territorial de 21,000 kilómetros cuadrados, es considerado uno de los países de mayor densidad poblacional en toda la región.

La diáspora salvadoreña es una de las más numerosas de la región. Según datos de 1992, el número de salvadoreños residiendo fuera de su país ascendía a 533,454, de los cuales 465,433 (el 87%) residía en los EUA. El número de personas nacidas en El Salvador casi se duplicó al alcanzar los 817,336 en el año 2000. Los principales países de destino, después de los EUA, incluyen a Canadá, Guatemala, Costa Rica y México.³⁰⁹ Conforme al último Censo de 2007, de los casi 6 millones de habitantes, se añaden 2 millones y medio de nacidos en el país que han emigrado al exterior, fundamentalmente hacia EUA.

Las remesas captadas por los hogares urbanos presentan un crecimiento significativo, al pasar de 7.5 millones de dólares en 1992 a 69.74 millones de dólares en el 2006.³¹⁰

³⁰⁷ Fernando Berrocal, *Semanario Universidad*, 29 de mayo de 2006.

³⁰⁸ VI Censo de Población y V de Vivienda 2007, <http://www.censos.gob.sv/util/datos/Resultados%20VI%20Censo%20de%20Población%20V%20de%20Vivienda%202007.pdf> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁰⁹ Datos Dirección General de Estadística y Censos, obtenidos en: CELADE-División de Población, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Investigación de la Migración Internacional en Latinoamérica (IMILA)*, <http://www.eclac.cl/migracion/imila/> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

³¹⁰ *Encuesta de Población y Vivienda 2008*, [PUBLICACION%20ENIG%20MAYO2008.PDF](http://www.censos.gob.sv/util/datos/Resultados%20ENIG%20MAYO2008.PDF) (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

El desempleo en El Salvador es del 6% en los adultos, pero la tasa de desempleo juvenil es mucho más alta porque asciende al 12%. La principal causa por la que emigran los jóvenes al exterior es por las malas remuneraciones que pagan, mientras que el desempleo se ubica en segundo factor.

Hasta el 2006 el 62% de los jóvenes estaban desempleados o subempleados, de estos el 12% son desempleados y el 40% son subempleados, es decir, seis de cada diez jóvenes están subempleados.³¹¹

1.11.7. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La población de los EUA, para agosto de 2011, se estima en 312,046,599 habitantes.³¹²

Los EUA siguen siendo el principal país destino de los migrantes de todo el mundo, con 42.8 millones de migrantes en 2010 --alrededor del 23% más que en 2000--, es decir, reciben a una quinta parte del total de migrantes, que representan el 13.5% de la población.

Los migrantes de América Latina y el Caribe representan actualmente el 53% del total de la población nacida en el extranjero que habita en este territorio. Los mexicanos constituyen el 30% del total de la población de migrantes que vive en EUA. Los asiáticos son el segundo grupo más numeroso, con más de 10 millones de personas --un 27% del total de la población de migrantes, integrada por casi 2 millones de chinos, 1,7 millones de filipinos y 1,6 millones de indios--.³¹³

Se estima que el 30% de la población de los EUA nacida en el extranjero se encuentra en situación irregular; las mujeres constituyen por lo menos el 40% de esa población.³¹⁴

El Departamento de Seguridad Interna de los EUA estimaba que la población de migrantes irregulares sumaba 10,750,000 de personas en enero de 2009. En el año fiscal 2007-2008, un total de 358,886 personas fueron deportadas (un aumento de alrededor de 40,000 deportaciones con respecto a las cifras de 2006-2007). La gran mayoría de migrantes irregulares en los EUA procede de América Latina: tan sólo los mexicanos representaban el 62% de la población de

³¹⁰ <http://www.pnud.org/sv/2007/content/view/71/160/> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011). *Ingresos y Gastos de los Hogares 2005-2006*, <http://www.censos.gov.sv/util/datos/PUBLICACION%20ENIG%20MAYO2008.PDF> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

³¹¹ <http://www.pnud.org/sv/2007/content/view/71/160/> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

³¹² <http://www.census.gov/> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

³¹³ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*, cit., pp. 120, 154 y ss.

³¹⁴ *Idem*.

inmigrantes no autorizados con 6,650,000 migrantes mexicanos en situación irregular en los EUA.³¹⁵

Por otra parte, los EUA son, con creces, la mayor fuente de remesas del mundo, habiéndose registrado la cifra de 47,200 millones de dólares por concepto de envío de remesas en 2008, lo que representa el 17% de la corriente total de remesas en todo el mundo. Sin embargo, la participación de los EUA en la corriente de envío de remesas ha disminuido: en 2000, era el lugar de procedencia del 28% de las remesas a escala mundial.

Tras el terremoto en Haití, en enero de 2010, el Gobierno norteamericano concedió el estatuto de protección temporal a los haitianos que se encontraban en el país, lo que impide su deportación y les ofrece la posibilidad de trabajar. Los nacionales de Honduras, Nicaragua y El Salvador ya se benefician de ese estatuto.

Por otro lado, las repercusiones de la recesión han afectado grandemente la situación laboral de los inmigrantes latinoamericanos en los EUA. En particular, la tasa de desempleo de los inmigrantes mexicanos y centroamericanos (11.4% en junio de 2009) es mayor que la tasa de desempleo de los nacionales (9.5%) y 2.6 veces superior a la tasa registrada en 2007 (4.4%). La vulnerabilidad de los migrantes a los efectos de la recesión obedece a su excesiva concentración en sectores como la construcción (13% de los trabajadores migrantes) y la manufactura, que fueron los más afectados por la recesión; entre enero de 2007 y los primeros meses de 2009 se produjo la pérdida de 1.1 millones de puestos de trabajo en la construcción.³¹⁶

Cuando se habla de EUA hay que reflexionar sobre los efectos de la migración en el enriquecimiento de las culturas receptoras.

No existe una definición universalmente aceptada de cultura.³¹⁷ En primer término, se podría decir que la cultura es una construcción social, dinámica y que está inmersa en constantes procesos de cambio, evolución y adaptación a los choques externos; se refiere tanto a valores, costumbres y tradiciones compartidas por una comunidad, como a patrones de comportamiento y a los significados que dicha comunidad atribuye a la realidad.³¹⁸

³¹⁵ *Ibidem*, p. 125.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 162.

³¹⁷ Aviña Zavala, Camila, "La migración como factor de enriquecimiento cultural", en *Bien Común*, Año XIII, Número 155, noviembre 2007, p. 43.

³¹⁸ *Idem*.

De acuerdo con Richard Pells, la cultura norteamericana es un ejemplo de enriquecimiento cultural debido a la acción de influencias extranjeras. Contrario a la idea del “imperialismo cultural”, Pells afirma que el éxito y el impacto mundial de la cultura norteamericana se basan en que, al ser un país de inmigrantes desde sus orígenes, la cultura estadounidense ha recibido, a través de las migraciones, influencias extranjeras de todo tipo, académicas, artísticas, intelectuales, que se reflejan en todas las formas de cultura popular: música, cine, literatura, televisión, etcétera. El autor concluye su artículo “¿Existe el McMundo?” afirmando que la cultura estadounidense no ha pretendido transformar al mundo en una réplica de ese país, por el contrario, “la dependencia de los Estados Unidos respecto a las culturas extranjeras nos ha convertido en una réplica del mundo”.³¹⁹

Por lo anterior, hay que abandonar la concepción totalitaria y homogeneizadora de la cultura, y buscar mecanismos que faciliten la inserción social y eviten la marginación de los migrantes. En primera instancia es necesario el reconocimiento de la diversidad cultural y el respeto de los derechos humanos en la diferencia o por encima de las diferencias.³²⁰ Se requiere por tanto garantizar la igualdad en la diversidad.

1.11.8. MÉXICO

México se caracteriza por ser un país de origen, tránsito y destino migratorio. En el país residen 492,617 personas nacidas en el extranjero. Entre 2005 y 2010 el número de personas mexicanas que migraron al exterior ascendió a 1,112,273, de las cuales el 90% vive en EUA.³²¹ Y se estima que 400 mil personas se encuentran en tránsito por México --e incursionaron sin documentación-- según el Censo de Población y Vivienda 2010. Aunque claramente existe un subregistro en esta cifra.³²²

Del 11 de julio al 28 de septiembre de 2011 se realizó por octavo año consecutivo el Programa de Repatriación Voluntaria al Interior México-EUA. Este año se trasladaron a aproximadamente

³¹⁹ Pells, Richard, “Existe el McMundo?”, en *Istor*. Año III, Número 11, Invierno, 2002, p.83-93; Aviña Zavala, Camila, “La migración...”, *op. cit.*, p. 45.

³²⁰ Aviña Zavala, Camila, “La migración...”, *op. cit.*, p. 45.

³²¹ *Censo Nacional de Población y Vivienda 2010*, <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo14&s=est&c=27506> (fecha de consulta: 10 de abril de 2011).

³²² Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes*, Jorge Bustamante, Misión a México (9 a 15 de marzo de 2008), 11º periodo de sesiones, A/HR/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009, párr. 23.

nueve mil mexicanos, mediante un vuelo diario de Tucson a la Ciudad de México y después en autobuses hasta sus lugares de origen. Desde su versión inicial hace ocho años, más de 125 mil migrantes han regresado a sus comunidades de origen a través de este programa, que opera durante la temporada de verano en la zona desértica entre Sonora y Arizona, según informó la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Gobernación. Este esquema se inscribe en el marco del Memorándum de Entendimiento sobre la Repatriación Segura, Ordenada, Digna y Humana de Nacionales Mexicanos, firmado por los gobiernos de México y Estados Unidos en febrero de 2004. En el Programa de este año, el 85 por ciento de los mexicanos participantes fueron del género masculino y el 15 por ciento del género femenino. Las entidades a que recibieron a un mayor número de personas fueron Puebla, Oaxaca, Guerrero, Guerrero, Chiapas y Michoacán.³²³

La realidad mexicana actual introduce nuevas complejidades al fenómeno migratorio.

Hay que precisar que aunque el Estado tiene el derecho y la obligación de proteger su propia seguridad, utilizando la fuerza si es necesario, cualquier acción que decida implementar debe ejercerse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad como los derechos humanos.³²⁴ La función primordial del Estado es proteger los derechos en todos los contextos y en todas las circunstancias.³²⁵

Por lo que “si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales”.³²⁶

³²³ http://www.sre.gob.mx/csocal/contenido/comunicados/2011/sep/cp_353.html (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011).

³²⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150, párr. 70; *Caso Neira Alegría y otros*, sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C No. 20, párr. 75; y *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5, párr. 162.

³²⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Lori Berenson Mejía*, sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 119, párr. 91; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 52, párr. 89; *Caso Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 124; *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 99, párr. 86; y *Caso del Caracazo*, sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), Serie C No. 95, párr. 127.

³²⁶ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 99, párr. 111; *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70, párrs. 143 y 174; y *Caso Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C No. 68, párr. 69.

Ninguna de las afirmaciones que aquí se hagan debe entenderse como oposición a la tarea del Estado de garantizar la seguridad ciudadana³²⁷ --sin duda, una obligación estatal válida, legítima y necesaria--. Sin embargo, hay que aceptar que existen, se han presentado y se seguirán presentando --lamentablemente-- reacciones que pretenden combatir a la criminalidad organizada³²⁸ y ponen en riesgo la observancia de los derechos humanos en México. En este sentido se potencia la falsa disyuntiva entre seguridad y derechos humanos.

La seguridad nacional es encomendada a las fuerzas armadas. Y la seguridad ciudadana a las policías. La Corte Interamericana ha determinado que “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar el enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales;”³²⁹ es decir, las fuerzas armadas no están capacitadas para realizar labores de seguridad ciudadana y por ello no deben “patrullar” las calles. Vinculada a la migración, esta presencia ha generado una serie de abusos y violaciones a los derechos humanos perpetradas por miembros de las fuerzas armadas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, ComisiónIDH o Comisión Interamericana) reiteró, a finales de septiembre de 2011, su preocupación ante la participación de las fuerzas armadas en tareas profesionales que, por su naturaleza, corresponden exclusivamente a las fuerzas policiales. En reiteradas ocasiones, la Comisión ha señalado que, dado que las

³²⁷ Desde la perspectiva de los derechos humanos y del Estado democrático de Derecho, el concepto de seguridad ciudadana “es el más adecuado para el abordaje de los problemas de criminalidad y violencia en lugar de los conceptos de ‘seguridad pública’, ‘seguridad humana’ seguridad interior’ u ‘orden público’ que hacen referencia a la seguridad construida desde el Estado o a la misma seguridad del Estado.” La seguridad ciudadana se funda en la protección de las y los ciudadanos antes que en la del Estado; en la satisfacción objetiva de condiciones de vida adecuadas; así como en la institucionalización del diálogo como herramienta para la solución de conflictos interpersonales o sociales. Este concepto se contraponen a la perspectiva tradicional de seguridad pública, pues rebasa la esfera de la actuación policial y postula la participación de los actores sociales, privilegiando a la sociedad civil, para afianzar los niveles de gobernabilidad y reconstruir el tejido social. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 2009, párr. 21.

³²⁸ Se ha dicho que “los poderes judiciales de los países latinoamericanos han debido enfrentar el desafío de judicializar las distintas manifestaciones de criminalidad organizada que se presentan en la región. En medio de la crisis social provocada por los programas de ajuste económico, los sistemas penales han estado asumiendo la investigación y el juzgamiento de múltiples manifestaciones de criminalidad que, por su trascendencia, generan un alto riesgo para la institucionalidad democrática: el tráfico de drogas, el terrorismo, la corrupción política y las violaciones de los derechos humanos”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2007, pp. 21-23.

³²⁹ *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 150, párr. 78.

fuerzas armadas carecen del entrenamiento adecuado para el control de la seguridad ciudadana, corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos combatir la inseguridad, la delincuencia y la violencia en el ámbito interno.³³⁰

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, CNDH) ha reflejado constantes, ofensivas y flagrantes violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares.³³¹ 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.³³² A estas expresiones se han sumado Comisiones de derechos humanos locales.³³³

Por otra parte en México se han producido una serie de secuestros individuales y masivos de migrantes; lo cual evidencia las deficiencias de la protección de las personas migrantes y los gravísimos problemas estructurales e institucionales que prevalecen en el país. Así, durante 2009, fueron secuestrados 20 mil personas migrantes y en 2010 el número ascendió a 11,333 personas migrantes secuestradas.³³⁴

³³⁰ Comunicado de prensa 105/11, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/105-11sp.htm> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2011).

³³¹ 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, 29/2009, 50/2009, 18/2010, 32/2010, 64/2010 y 23/2011.

³³² 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.

³³³ Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (Boletines de Prensa 340/2010, 373/2010, 379/2010, 409/2010, 410/2010, 23/2011, 30/2011, 64/2011, 79/2011, 163/2011, 164/2011, 198/2011, 269/2011, 270/2011, 122/2011, 114/2011, <http://www.cdhdh.org.mx/index.php/boletines?start=70>). También véase la página de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, <http://www.pdhbc.org/comunicacion.html> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011).

³³⁴ Recientemente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señaló que durante 2010, fueron secuestrados 11,333 personas migrantes indocumentadas. http://www.cndh.org.mx/InfEspecialSecuestroMigrantes_3.pdf (fecha de consulta: 30 de marzo de 2011).

En agosto de 2010, en Tamaulipas, México, se encontraron 72 cadáveres de migrantes indocumentados.³³⁵ Esta situación es indignante, inconcebible y exige una actuación inmediata del Estado. En este sentido se pronunció la ComisiónIDH, que expresó su más profunda preocupación por la matanza de inmigrantes ocurrida en México y urgió al Estado a adoptar medidas urgentes para investigar y hacer justicia, así como para proteger a los migrantes en tránsito en el país y garantizar el respeto a sus derechos humanos.³³⁶

La grave situación que viven los migrantes centroamericanos en México fue observada desde 1982 por Méndez Silva.³³⁷

Lamentablemente hasta el término de esta investigación --agosto 2011-- no se ha producido una acción contundente del Estado mexicano para la prevención de estos hechos. La emisión de la nueva ley de migración es solo un escaso paso --cuyo sentido aún no es fácil definir: retroceso o progreso-- ya que aún permanece lejos de su aplicación.

En 2006, las autoridades mexicanas interpellaron y deportaron 179 mil extranjeros en tránsito hacia los EUA (94% provenientes de América Central). Este mismo año, las patrullas fronterizas de los EUA, las Border Patrols, deportaron 858 mil extranjeros hacia su país entre los cuales habían 514 mil mexicanos, además los servicios de inmigración detuvieron y deportaron unos 50 mil migrantes originarios de otros países de América Central.³³⁸

Se estima que más de 4 mil migrantes han muerto atravesando el “muro” (material y virtual) que separa México de EUA en el transcurso de los últimos 12 años, o sea 15 veces más que el número de personas muertas atravesando el muro de Berlín en sus 28 años de existencia. Desde el establecimiento de nuevas medidas de control de la frontera por las autoridades norteamericanas, a partir de 2001, el número de muertos ha aumentado dramáticamente para alcanzar la cifra de 473 para el 2005, de los cuales 260 murieron en el desierto de Arizona.³³⁹

³³⁵ <http://proyctomigrante.org/26/72-migrantes-muertos-encontrados-en-una-fosa/>; <http://www.eluniversal.com.mx/estados/77633.html>; <http://www.eluniversal.com.mx/notas/704017.html> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011).

³³⁶ Comunicado de Prensa 86/10 de 27 de agosto de 2010. <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/86-10sp.htm> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011).

³³⁷ Méndez Silva, Ricardo, *The international protection of migrant workers*, Israel Yearbook on Human Rights, Faculty of Law, Tel Aviv University, Tel Aviv, 1982.

³³⁸ Estados Unidos – México. Muros, Abusos y Muertos en las fronteras. Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos, Marzo 2008 - N°488/3, http://www.is3s.com/ceidas/images/stories/ceidas/documentos/grupos_vulnerables/migracion/pdf/01EU_Mex_frontera_fidh_2008.pdf (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010).

³³⁹ *Idem*.

La estrategia consistente en desplazar los lugares de ingreso hacia zonas peligrosas ha funcionado bien pero su resultado no ha sido disuadir el paso de las fronteras sino aumentar el precio humano dramáticamente: el cruce obligatorio de regiones desérticas o montañosas, en condiciones climáticas extremas, se ha convertido para muchos inmigrantes en una “condena a muerte”, y para todos en una experiencia física y psicológica desastrosa. El Gobierno norteamericano reconoce que el número de migrantes muertos al atravesar la frontera se ha duplicado entre 1995 y 2005, y que este aumento es imputable a las condiciones de cruce de las zonas inhospitalarias del sur de Arizona. Entre 2004 y 2007, el número de muertos registrado oficialmente es alrededor de 225 por año.³⁴⁰ Las organizaciones humanitarias en el terreno piensan que estas cifras subestiman la realidad y que por lo menos habría tres veces más muertos porque muchos cuerpos no son encontrados. Además, civiles norteamericanos “vigilan” las fronteras de forma armada y privan arbitrariamente de la vida a los migrantes. El Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la resolución 2005/47 del 10 de abril de 2005, la cual introdujo por primera vez en el escenario jurídico internacional el tema de los grupos civiles, de particulares que toman la ley fronteriza en sus manos.³⁴¹

En la última década la pobreza no ha dejado de aumentar en las zonas rurales y semiurbanas de los países de la región. De los 35 millones de habitantes de los pequeños países de América Central, 19 millones son considerados pobres; de los cuales 8 millones son extremadamente pobres, es decir disponen de menos de un dólar por día. La agravación de su pobreza es estructural, aun cuando accidentes climáticos coyunturales como los huracanes Mitch y Stan agravaron la situación.

El Tratado sobre Libre Comercio entre los tres países, EUA, Canadá y México (NAFTA por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 1994, ha aumentado aún más, según algunas estadísticas, las desigualdades iniciales entre las economías de México y de EUA y ha contribuido a crear nuevas desigualdades al interior de México. Se estima que entre 1994 y 2004, 1.3 millones de campesinos mexicanos han abandonado sus tierras debido al ingreso masivo de trigo y de maíz

³⁴⁰ *Idem.*

³⁴¹ A este respecto *cfr.* Melgar Adalid, Mario, “Los derechos humanos de los emigrantes mexicanos en los Estados Unidos, una resolución desconocida de la ONU” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2008, t. I, pp. 25-38. La resolución puede verse en <http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,UNCHR,,429c53ba4,0.html> (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2010). También véanse las resoluciones 2004/53, 59/154, 44/144.

proveniente de EUA a precios subvencionados. Muchos de ellos han integrado los rangos de los migrantes hacia el Norte. La firma en el 2006 del tratado de libre comercio entre los EUA y los otros países de América Central (CAFTA), países en los cuales las disimetrías económicas y sociales son aún más acentuadas que México, presagia consecuencias igualmente nefastas para los más pobres y por ende presiones migratorias aún más fuertes que las actuales si los Gobiernos de los países involucrados no establecen alternativas de desarrollo sustentable interno que permitan a sus conciudadanos vivir dignamente en su país y tener otras posibilidades y no sólo la de partir.³⁴²

Estas economías, vulnerables y frágiles, son muy dependientes de las remesas, los envíos de dinero de los migrantes que trabajan en EUA y que permiten a millones de familias no caer en la extrema miseria. El agotamiento de esta fuente de ingresos sería catastrófico a corto plazo. Por ejemplo, los trabajadores mexicanos en EUA han enviado a sus familias más de 20 mil millones de dólares en 2006 (a comparar con 6.5 mil millones enviados en el 2000). Las autoridades mexicanas estiman que “en las zonas rurales México, un hogar de cada 10 depende de los envíos de dinero de los parientes emigrados.”³⁴³

El mercado de trabajo norteamericano, para adaptarse a las reglas de la competencia globalizada necesita una mano de obra flexible que acepte empleos precarios con niveles de remuneración y de protección social mínimos y en condiciones penosas muy por debajo de las normas vigentes para los ciudadanos norteamericanos. Los trabajadores migrantes poco o no calificados provenientes de México o de América Central constituyen desde hace muchos años un “ejército de reserva” para estos tipos de empleo que actualmente se encuentran en sectores cada vez más diversificados (construcción, servicios, comercios, manufacturas, agroalimenticio, agricultura) y repartidos en muchas regiones del país.

En agosto de 2011, la UNAM presentó los “Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia”³⁴⁴ documento que, a su vez, fue resultado del Foro Seguridad y Justicia en Democracia, que se celebró del 6 al 10 de junio del mismo año.

³⁴² *Idem.*

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ El documento completo puede verse en <http://www.juridicas.unam.mx/> (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011).

En esta propuesta, la UNAM plantea un apartado en específico denominado “La política de seguridad en las fronteras (punto 4.9)” en el cual se refiere que, en el lapso de dos semestres, se han identificado cerca de 20 mil secuestros contra migrantes, cantidad que contrasta con las dos sentencias condenatorias dictadas por estos delitos.³⁴⁵

La UNAM precisa que la “política de seguridad en este rubro se ha caracterizado, cada vez con más intensidad, por la indebida confusión entre inseguridad pública y la migración irregular. Las instituciones responsables del control migratorio se apoyan ahora en las instancias de seguridad pública y las fuerzas armadas para ejecutar controles migratorios a lo largo de todo el territorio, bajo el argumento de proteger a los migrantes que atraviesan el país. Estos mecanismos tienen un efecto muy difícil de medir sobre el flujo migratorio, pero claramente no están teniendo resultado sobre la protección de la integridad física de las personas”. La afirmación de la UNAM es determinante y clara. En el sentido que se ha precisado en esta investigación, una cosa es la seguridad pública y otra cosa es la seguridad nacional; además se debe visualizar el tema migratorio como una prioridad de la agenda de desarrollo y no como parte de la agenda de seguridad; sólo así se logrará combatir las problemáticas estructurales que originan el fenómeno.

La UNAM también sostiene que:

Es innegable que los controles de las fronteras norte y sur siempre pueden fortalecerse para garantizar cada vez con mayor eficacia el ingreso y salida de personas y bienes del territorio mexicano se hagan con apego a la ley. Dicho esto, el primer punto de acción en la agenda de la frontera sur es ofrecer una comprensión del fenómeno migratorio como un hecho complejo que plantea múltiples retos para los países de origen, tránsito y destino, además de un factor de seguridad. *La política de seguridad en la frontera sur debe reflejar el valor de proteger la vida y la dignidad de las personas que transitan por el territorio nacional. Como en otros ángulos de la política de seguridad, la criminalización de la pobreza no ha traído más seguridad. Todas las personas deben ser sujetas de derechos en tanto se encuentran en el territorio nacional y merecen el amparo y la protección de la ley. La impunidad frente a delitos cometidos contra numerosos migrantes debe cesar. El régimen interamericano para la protección de la migración, que México ha promovido en forma activa, es vinculante no sólo para la protección de nuestros nacionales en el exterior, sino para nuestras autoridades frente a todos los extranjeros. Existen avances recientes en la nueva Ley de Migración, pero aún permanece el riesgo de que la agenda de seguridad acapare completamente la conducción de la política en la frontera sur.*³⁴⁶

³⁴⁵ La propuesta indica que “sólo por citar un ejemplo, la masacre de 72 migrantes centroamericanos en 2010 y el posterior hallazgo de 193 cuerpos en fosas clandestinas en el municipio de San Fernando, Tamaulipas, han sido motivo de reacciones internacionales muy puntuales para demandar la atención directa de la crisis humanitaria que enfrentamos en este rubro”. *Idem.*

³⁴⁶ *Idem.* Énfasis propio.

Así, concluye la UNAM, la política de seguridad en la frontera sur debe: a) Facilitar la expedición de una visa de tránsito para migrantes que cruzan hacia la frontera norte; b) Fortalecer los mecanismos de protección hacia las personas que migran por México rumbo a EUA; y c) estrechar la cooperación en los mecanismos ya existentes en materia de inteligencia.

Y en lo que se refiere a la frontera norte, es necesario: a) Que la colaboración internacional se produzca en un marco de mutuo entendimiento sobre las expectativas y necesidades de seguridad de cada una de las partes. En este rubro, el control del tráfico de armas por la frontera norte es prioritario; b) Se requiere definir la posición de las fuerzas armadas en tareas de seguridad. Hay que “ofrecer claridad sobre los límites en el tiempo y el alcance de las funciones de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública”.³⁴⁷

La Relatoría para México y la Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana han reiterado su profunda preocupación por la grave situación de seguridad que viven los migrantes, tanto extranjeros como mexicanos, en su tránsito por México. La información recibida en su visita a México --realizada entre el 26 y el 30 de septiembre de 2011-- revela graves problemas de inseguridad de los migrantes. Durante su tránsito por territorio mexicano, los migrantes son víctimas de asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales. Asimismo, los migrantes extranjeros son víctimas de discriminación. Como se ha expresado, la aprobación de la nueva Ley de Migración, si es reglamentada e implementada adecuadamente, podría constituir un primer paso hacia la resolución de algunos de estos problemas, pero también generará nuevos desafíos que sólo podrán ser resueltos a través de la coordinación internacional con otros Estados, especialmente los que están geográficamente cerca de México. Para ello, la Relatoría exhorta a que en la elaboración del reglamento de dicha ley, sean consultados todos los sectores del Estado y, muy especialmente, las organizaciones de la sociedad civil.

La frontera sur de México: el ejemplo de Chiapas

La casi totalidad de los indocumentados que atraviesan la frontera sur de México son centroamericanos quienes, buscando mejores oportunidades de vida para ellos y sus familias

³⁴⁷ *Idem.*

cifran sus expectativas en llegar hacia EUA, país que se les “ha vendido” como la meta a alcanzar para resolver sus problemas. Así miles de centroamericanos se aventuran a viajar desde sus países rumbo al norte. Los más pobres se desplazan a pie o agarrados a camiones y trenes. Otros, después de haber vendido casa, carro y a veces de haber pedido prestamos a familiares o a los bancos, viajan en los medios de transporte que les consiguen los llamados “coyotes” o “polleros”. Estas personas se dedican al traslado de migrantes de Centroamérica a EUA y en la actualidad muchos conforman redes integradas, tanto por centroamericanos como por mexicanos, que también se involucran en otras acciones delictivas en contra de las personas a quienes pretenden prestar un servicio. El traslado de migrantes es un negocio muy lucrativo, los migrantes pagan entre US\$7,000 y US\$14,000 por persona para llegar al otro lado de la frontera con EUA.³⁴⁸

Antes del huracán Stan que destruyó la vía ferroviaria, el tren hacia el norte de México partía desde Tapachula a aproximadamente 40 kilómetros de Tecún Umán, hoy lo hace desde Arriaga. Esto ha vuelto más difícil la travesía hacia EUA para los migrantes porque tienen que movilizarse desde la frontera de México con Guatemala hasta Arriaga. Una vez que llegan a Arriaga, son centenares de migrantes, hombres, mujeres y niños que se agarran al exterior de los trenes de carga que van de Arriaga a Ixtepec para luego tomar otros trenes hacia diferentes puntos de la frontera norte. Los migrantes sufren múltiples violaciones a sus derechos en este trayecto.³⁴⁹

Además de lo anterior, existe migración circular o temporal que desde Centroamérica llega a México para fines específicos en determinada época del año, colecta de café por ejemplo.

2. DEL DERECHO AMERICANO EN MATERIA MIGRATORIA

En este apartado se abordarán las disposiciones constitucionales y legales referidas a extranjería y migración en los 7 países sujetos a estudio. Será en el capítulo cuarto donde se analizarán estas normativas en el marco de la actividad de los órganos de justicia constitucional.

³⁴⁸ *Idem.*

³⁴⁹ *Idem.*

2.1. ARGENTINA

El artículo 20 de la Constitución Nacional de 1994 determina que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

La Ley de Migraciones No 25.871 fue sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada el 20 de enero de 2004. En ella se determinan diversos aspectos que se referirán a continuación.

Reconoce que el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (artículo 4).

Establece además que “el Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones” pero condiciona esta obligación estatal al requisito de regularidad: “siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes” (artículo 5°).

El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (artículo 6°).

En referencia particular a migrantes indocumentados se determina que “en ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria” (artículo 7). Además “no podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera (que) sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento

respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria” (artículo 8).

La ley dispone que no podrá proporcionarse alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encuentren residiendo irregularmente en el país. Asimismo “ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente”. Pero aclara que estas disposiciones “no eximirá(n) al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria” (artículos 55 y 56).

Quienes den alojamiento a título oneroso a migrantes serán sancionados solidariamente con una multa cuyo monto ascenderá a veinte Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero al que se proporcione alojamiento. Y quienes den trabajo a migrantes irregulares serán sancionados solidariamente con una multa cuyo monto ascenderá a cincuenta Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero, carente de habilitación migratoria para trabajar, al que se proporcione trabajo u ocupación remunerada (artículo 59).

El monto de la sanción a imponer será de cien Salarios Mínimo Vital y Móvil cuando se proporcione trabajo u ocupación remunerada a extranjeros no emancipados o menores de catorce años. Y la reincidencia se considerará agravante de la infracción y elevará el monto de la multa impuesta hasta en un 50%.³⁵⁰

También se prevé la obligación que tiene “quien contrate o convenga con extranjeros que residan irregularmente en el país, la adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o la constitución o integración de sociedades civiles

³⁵⁰ La Dirección Nacional de Migraciones mediando petición del infractor que acredite falta de medios suficientes podrá excepcionalmente, mediante disposición fundada, disponer para el caso concreto una disminución del monto de la multa a imponer o autorizar su pago en cuotas. A tal efecto se merituará la capacidad económica del infractor y la posible reincidencia que pudiera registrar en la materia. En ningún caso la multa que se imponga será inferior a dos Salarios Mínimos Vital y Móvil.

o comerciales” de comunicar fehacientemente estos hechos a la autoridad migratoria (artículo 57).³⁵¹

Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión (artículo 61).

Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente. La expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido el migrante de conformidad con la legislación nacional, incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiere corresponder (artículos 66 y 67).

El tráfico de personas está penado de la siguiente forma “será reprimido con prisión o reclusión de uno a seis años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina”. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio (artículo 116).

Y “será reprimido con prisión o reclusión de uno a seis años el que promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio (artículo 117).

La ley también prevé la reunificación familiar --entre el migrante y sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes-- (artículo 10).

Además maneja un concepto amplio de discriminación que incluye a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales para la determinación de los actos u omisiones discriminatorios.³⁵²

³⁵¹ Pero los actos celebrados con los requisitos formales inherentes a los mismos, aún cuando no se cumplieren con la exigencia del artículo anterior, serán considerados válidos (artículo 58).

Por Decreto 616/2010 publicado en Boletín Oficial 06 de mayo de 2010 se emitió la reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 y sus modificatorias.³⁵³

2.2. COLOMBIA

La Constitución indica que “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (artículo 4). El Estado colombiano “reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” (artículo 5).

Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital (artículo 100).

A través de la Ley N° 968 de 13 de julio de 2005 se aprueba el "Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador", firmado en Bogotá, el 24 de agosto de 2000.

En el Decreto N° 3.970 14/10/2008 de 14 de octubre de 2008 se dictan disposiciones sobre regularización de extranjeros y se determina que los extranjeros que hubieren ingresado al país antes del 1 de abril de 2008 y se encuentre en permanencia irregular, podrá regularizar su situación migratoria. Además existen una serie de Decretos que han regulado diversos aspectos vinculados a la migración³⁵⁴ y trata de personas.³⁵⁵

³⁵² Artículo 13. A los efectos de la presente ley se considerarán discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁵³ <http://www.gema.com.ar/decreto616.html> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁵⁴ Decreto N° 4000 27/12/2004 visas: nuevas normas sobre expedición de visas, control de extranjeros y migración ; Decreto N° 607 05/04/2002 por el cual se dictan disposiciones para la expedición de documentos de viaje; Decreto N° 2107 de 08/10/2001 por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control y regularización de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración; Decreto N° 218 del 15/02/2000 por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad; Decreto N° 2.191 de 3/9/1997 por el cual se

2.3. COSTA RICA

La Constitución de Costa Rica prevé que “los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales” (artículo 19).³⁵⁶

La Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 vigente fue publicada en la Gaceta 170 de 1 de septiembre de 2009 --en vigor 6 meses posteriores--.³⁵⁷ Lamentablemente la ley declara que la materia migratoria es de interés público para la seguridad pública (artículo 2), es decir se sigue visualizando a la migración como un tema de seguridad y no de desarrollo.

La mencionada ley crea la Policía Especial de Migración, como un cuerpo de control y vigilancia del movimiento migratorio. Las funciones de la Policía Especial incluyen: inspeccionar hoteles y otros sitios de alojamiento de personas; investigar el estatus migratorio de los trabajadores extranjeros mediante el ingreso a lugares de trabajo; visitar lugares de diversión o espectáculos públicos con fines de control migratorio; colaborar en el embarque y desembarque de personas en los puertos de entrada; solicitar la identificación de las personas extranjeras; interrogar y recibir declaración de presuntos inmigrantes indocumentados y detenerlos por el tiempo estrictamente

crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones; Ley N° 679 de 03/08/2001 -Expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución; Decreto N° 4.319 de 30 de noviembre de 2006 - Por el cual se establece la organización y el funcionamiento de la cuenta especial creada para la lucha contra la trata de personas <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6788> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁵⁶ <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/leyes/constitucion%20politica%20texto.html> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁵⁷ Artículo 1.- La presente Ley regula el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas extranjeras al territorio de la República, con fundamento en lo establecido en la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales debidamente suscritos, ratificados y vigentes en Costa Rica, con especial referencia a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, define los requisitos de egreso de las personas costarricenses. Las personas costarricenses tienen derecho *a no migrar*. Para ello, el Estado procurará el crecimiento económico y el desarrollo social equilibrado en las distintas regiones del país, evitando que haya zonas expulsoras de población. Énfasis propio.

necesario; y controlar que las personas extranjeras respeten las condiciones de su cédula o visa, realizando las actividades que les están autorizadas.³⁵⁸

La ley establece una serie de derechos³⁵⁹ y obligaciones³⁶⁰ para las personas extranjeras.

³⁵⁸ Artículo 5. La Policía Profesional de Migración y Extranjería será un cuerpo policial especializado de la Fuerza Pública; estará adscrito a la Dirección General de Migración y Extranjería y será regido por la Ley general de policía, N.º 7410, de 26 de mayo de 1994, y sus reformas. Este cuerpo policial tendrá competencia específica para controlar y vigilar el ingreso de personas al territorio nacional, o el egreso de él, así como la permanencia y las actividades que en el territorio nacional llevan a cabo las personas extranjeras, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento.

³⁵⁹ Artículo 31. Las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidos para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que esta establezca. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente: 1) Toda persona extranjera tendrá derecho de acceso a la justicia, al respeto de las garantías del debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta; 2) Las personas extranjeras que cuenten con autorización para permanecer en el país podrán circular libremente por el territorio nacional, por el tiempo que defina la autorización; 3) Las personas extranjeras estarán sujetas a los requisitos fijados en esta Ley, su Reglamento y en otras normas jurídicas aplicables, para ingresar al país, permanecer en él o egresar de él; 4) Las personas extranjeras podrán ser compelidas a abandonar el país, cuando sean sujetas a sanciones administrativas, según lo dispuesto en la presente Ley o cuando así lo disponga la autoridad judicial; 5) Las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y las disposiciones contempladas en la presente Ley. Para la aplicación de la legislación migratoria, este derecho podrá ser limitado bajo los siguientes supuestos y condiciones de carácter excepcional, siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa: a) *Aprehensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas, para efectos de verificar su condición migratoria.* Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el director general. Confirmada la infracción migratoria y al descartarse otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar el procedimiento de deportación; b) Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera, por parte del consulado de su país de origen, la *detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales* y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General; c) En caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las *condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad.* 6) Las personas extranjeras tendrán acceso al sistema de seguridad social costarricense, de acuerdo con la legislación vigente y su categoría migratoria. Asimismo, tendrán el deber de contribuir con la sostenibilidad del sistema de seguridad social y de contribuir con los gastos públicos; 7) Toda persona extranjera que se encuentre sometida al control y los procedimientos migratorios deberá ser *informada de las razones de su aprehensión, ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular*, acceso a un abogado por cuenta propia; además, *deberá contar con un intérprete, en caso de que sea necesario, así como el pleno acceso al expediente administrativo.* En caso de aprehensión, tendrá derecho a que se le garantice un trato digno y adecuado, tomando en cuenta las especificidades en razón de género, edad, discapacidad y otros; 8) Toda persona extranjera tiene derecho a *buscar y recibir asilo* en el territorio nacional, en razón de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el país; 9) Ningún extranjero solicitante de refugio o que se le haya otorgado dicha condición, podrá ser expulsado, deportado o rechazado a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida esté en riesgo; 10) Toda persona extranjera autorizada a permanecer legalmente en el país tiene derecho a integrarse plenamente a la sociedad costarricense. Énfasis propio.

³⁶⁰ Artículo 32. Las personas físicas de nacionalidad extranjera que se encuentren en el país, estarán sujetas al pago de las mismas cargas tributarias o de seguridad social que las costarricenses, según las normas jurídicas aplicables en esas materias. Además, estarán obligadas a realizar los depósitos exigidos por la presente Ley. Artículo 33. Las personas extranjeras estarán sujetas a las disposiciones establecidas en la presente Ley, su Reglamento y, en general, al ordenamiento jurídico vigente, así como a las siguientes obligaciones: 1)...; 2)...; 3) ...Toda *estancia irregular* en territorio costarricense hará que las personas extranjeras deban cancelar una *multa migratoria equivalente a cien*

Todas las personas, independientemente de que tengan autorización para ingresar o permanecer en Costa Rica, pueden acudir a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante recursos de amparo y *habeas corpus* para mantener o restablecer sus derechos constitucionales y otros derechos fundamentales. Estos recursos han sido utilizados y representan una herramienta útil para evaluar la protección de las garantías judiciales por la Dirección General de Migración y Extranjería y, en su defecto, por el más alto tribunal del país.

Todas las personas que ingresen a Costa Rica deberán someterse a un control migratorio. Solamente es posible ingresar al territorio por los puestos habilitados para ello. Al momento de hacer el control de ingreso, las autoridades migratorias podrán negar el ingreso a la persona que no presente la documentación necesaria o se encuentre en alguna de las causales de inadmisión. Estas causales son: estar afectado por enfermedad infecto-contagiosa transmisible, ser reconocido internacionalmente como traficante de drogas o persona que se lucra de la prostitución, haber sido condenado o procesado por delito común con pena superior a un año, haber sido deportado o expulsado --a menos que la autoridad competente autorice su reingreso--, y tener antecedentes que hagan presumir que esa persona pondrá en riesgo la seguridad nacional, el orden público, o el estilo de vida.

Causales adicionales incluyen: cuando sea sorprendido intentando eludir el control migratorio o ingresando por un lugar que no esté habilitado para ello; cuando haya sido deportado o expulsado y no tenga permiso de reingreso; y cuando su nombre se encuentre en la lista de personas no deseables de la Dirección General. La decisión de negar el ingreso se denomina rechazo y contra la misma no caben recursos administrativos o judiciales. Las personas que son rechazadas deben ser reembarcadas al medio de transporte en el que llegaron, o ser conducidas a su país de embarque u origen o a un tercer país.

dólares moneda de los Estados Unidos de América (US\$100,00), por cada mes de estancia irregular en el país o, en su defecto, se les prohibirá el ingreso por un plazo equivalente al triple del tiempo de su permanencia irregular; 4) *Las personas extranjeras usuarias de los servicios migratorios y a las que se les haya concedido un estatus legal en Costa Rica*, pagarán un monto adicional de *veinticinco dólares* moneda de los Estados Unidos de América (US\$25), en el momento en que se otorgue dicha regularización, así como cada vez que se dé su renovación de permanencia en el país. Lo recaudado por tal concepto se destinará al Fondo Social de Migración creado en la presente Ley; 5) ... Quedarán exentos de estos pagos, las personas menores de edad, refugiadas, asiladas, apátridas, personas mayores de edad con discapacidad y trabajadores transfronterizos, así como turistas. La Dirección de Migración y Extranjería, con base en criterios emitidos por el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos y el IMAS, *podrá exonerar a las personas extranjeras de dicho pago*, cuando la condición socioeconómica así lo justifique. Además, podrá hacerlo, mediante resolución fundada, cuando por medios razonables se determine dicha *situación de vulnerabilidad social*. Énfasis propio.

Se considera que una persona extranjera que haya ingresado por un lugar no habilitado sin someterse al control migratorio, o que no cumpla las condiciones de ingreso y permanencia de las distintas categorías migratorias, ha ingresado al país de manera irregular y que su permanencia en el territorio nacional no está autorizada.

Las personas físicas o los representantes de las personas jurídicas, públicas o privadas, que proporcionen trabajo u ocupación a personas extranjeras no habilitadas, para que ejerzan actividades laborales en el país o realicen actividades diferentes de las autorizadas, serán sancionadas por la Dirección General con una multa que oscilará entre dos y hasta doce veces el monto de un salario base. Dicha multa se integrará al Fondo Especial de Migración establecido por la Ley, y su monto será determinado según la gravedad de los hechos y el número de personas extranjeras a las que se les otorgue trabajo en condición irregular (artículo 177).

Las personas físicas o los representantes de las personas jurídicas que proporcionen dolosamente alojamiento a las personas extranjeras que no cuenten con permanencia legal en el país, podrán ser sancionadas por la Dirección General, mediante resolución fundada, con una multa que oscile entre uno y hasta cinco veces el monto de un salario base. De dicha sanción quedarán exentos quienes proporcionen alojamiento a personas extranjeras en condición irregular, por razones estrictamente humanitarias y sin fines de lucro (artículo 182).

Cuando se determina la ilegalidad del ingreso o permanencia de una persona extranjera en Costa Rica, la Dirección General puede: llamar al afectado a que regularice su situación migratoria; conminarlo a que abandone el país en un plazo determinado; ordenar su deportación; o solicitar que se ordene su expulsión.

La deportación,³⁶¹ a cargo de la Policía Especial de Migración, es el acto mediante el cual se pone fuera de la frontera del territorio nacional a la persona extranjera que se encuentre en una de las siguientes situaciones: haya ingresado al país clandestinamente o sin cumplir las normas

³⁶¹ Artículo 183. Entiéndese (sic) por deportación, el acto ordenado por la Dirección General para poner, fuera del territorio nacional, a la persona extranjera que se encuentre en cualquiera de las siguientes situaciones: 1) Cuando haya ingresado clandestinamente al país o sin cumplir las normas que reglamenten su ingreso o permanencia; 2) Cuando haya obtenido el ingreso al país o su permanencia en él, por medio de declaraciones o la presentación de visas o documentos que hayan sido declarados falsos o alterados; 3) Cuando permanezca en el país, una vez vencido el plazo autorizado; 4) Cuando haya sido conminada a abandonar el país y no lo haga en el plazo dispuesto por la Dirección General.

Artículo 184. En los casos citados, la Dirección General ordenará la deportación de la persona extranjera a su país de origen o a un tercer país que lo admita.

Artículo 185. La persona extranjera deportada no podrá reingresar al país por el término de cinco años.

migratorias; haya ingresado o permanezca en el país a partir de declaraciones o documentos falsos; permanezca en el país una vez vencido el plazo autorizado o cancelada su residencia; o cuando siendo no residente se le cancele la autorización para permanecer en el país y no abandone el país en el plazo otorgado para ello. Las personas extranjeras deben ser deportadas a su país de origen o a un tercer país.

La expulsión³⁶² es la orden del Ministro de Gobernación³⁶³ dirigida a una persona extranjera residente para que abandone el país en un plazo determinado. Las razones para ordenar la expulsión son: que el gobierno considere que la presencia de esa persona es nociva o que sus actividades ponen en riesgo la seguridad nacional, la tranquilidad o el orden público, independientemente de su estatus migratorio; que esa persona haya sido condenada a pena de prisión superior a tres años; y que la persona haya obtenido el estatus de asilado o refugiado y no cumpla con las condiciones pactadas para dicho estatus migratorio. El procedimiento para la expulsión es el siguiente. La Dirección General de Migración y Extranjería solicita al Departamento Legal del Ministerio de Gobernación que presente los cargos; el extranjero es notificado y tiene de tres a cinco días para presentar descargos. El Departamento Legal valora los cargos y el Ministro dicta la resolución respectiva. La resolución que ordena la expulsión se notifica personalmente y es apelable en las 24 horas siguientes ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Mientras se resuelve el recurso respectivo, se suspende la orden de expulsión. El ministro puede solicitar que se detenga a la persona extranjera cuya expulsión se haya ordenado cuando, en razón de sus antecedentes personales, se presume que intentará eludir la orden.

³⁶² Artículo 186. La expulsión es la orden emanada del Ministerio de Gobernación y Policía, en resolución razonada, por medio de la cual la persona extranjera que goce de permanencia legal, bajo cualquier categoría migratoria, deberá abandonar el territorio nacional, en el plazo fijado para tal efecto, cuando se considere que sus actividades comprometen la paz, la seguridad pública, la tranquilidad o el orden público.

³⁶³ Artículo 25. Créase el Tribunal Administrativo Migratorio como órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Lo resuelto por el Tribunal agotará la vía administrativa. El Tribunal Administrativo Migratorio tendrá sede en San José y competencia en todo el territorio nacional.

Artículo 26. El Tribunal Administrativo Migratorio estará integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, quienes actuarán en caso de ausencia, impedimento, recusación o excusa de los propietarios.

Artículo 29. El Tribunal Administrativo Migratorio será el órgano competente para conocer y resolver los recursos de apelación planteados contra las resoluciones finales dictadas por la Dirección General de Migración y Extranjería, en materia migratoria, y contra las resoluciones finales dictadas por la Comisión de Visas Restringidas y Refugio, en materia de refugio.

2.4. ECUADOR

La Constitución ecuatoriana determina que “las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos³⁶⁴ y deberes que las ecuatorianas” (artículo 9).

El artículo 66.14 dispone que las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Además, prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros ya que los procesos migratorios deberán ser singularizados.

El derecho a la asistencia consular se consagra en el artículo 77.5.³⁶⁵

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur; y exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos (artículos 416.6 y 416.7).

La Ley de Migración de 2005 prevé que no serán elegibles para obtener visas y deberán ser excluidos al solicitar su admisión en el país, los extranjeros sujetos al fuero territorial que en cualquier tiempo hayan aconsejado, asistido o cooperado para que un extranjero ingrese o pretenda ingresar irregularmente al país (artículo 9, fracción VI).

³⁶⁴ Artículo 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos; 2. Participar en los asuntos de interés público; 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa; 4. Ser consultados; 5. Fiscalizar los actos del poder público; 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional; 8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable.

³⁶⁵ El artículo dispone: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país”.

El Ministro de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades por conducto del Servicio de Migración de la Policía Nacional procederá a deportar³⁶⁶ a todo extranjero sujeto al fuero territorial que permaneciere en el país habiendo ingresado a él sin sujetarse a la inspección migratoria de los agentes de policía del Servicio de Migración o por un lugar u horario no reglamentarios (artículo 19, fracción I).

En el artículo 37, fracciones III y IV se dispone que “constituyen delitos que serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de cuatrocientos a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América” los siguientes: III. La persona que por cuenta propia o ajena, aconseje, transporte o introduzca furtivamente o con fraude a extranjeros al territorio nacional o les conceda trabajo con violación de las normas legales y reglamentarias de extranjería; y, IV. Quienes por sí o por interpuesta persona, proporcionaren documentación de viaje a favor de ecuatorianos que pretendan permanecer y trabajar en otro país, con fraude u omitiendo la autorización específica de salida del país que con dicho objeto concede el Servicio de Migración de la Policía Nacional, serán reprimidos con reclusión menor ordinaria de tres a seis años, siempre que dicha conducta no constituya el delito de falsificación u otro mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto para el efecto en el Capítulo III del Título IV del Código Penal.

³⁶⁶ “Art. 23.- El Intendente General de Policía a quien le compete el ejercicio de la acción de deportación de extranjeros, iniciará el procedimiento de oficio; en base del informe expreso del agente de policía del servicio de migración; de la respectiva notificación del Fiscal, Juez o Tribunal; del Director del Centro de Rehabilitación Social o del Director General de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Art. 24.- Si el extranjero sujeto a la acción de deportación estuviere detenido, el Intendente General de Policía previamente al (sic) iniciar el procedimiento, solicitará al Juez de lo Penal competente la adopción de las medidas cautelares aplicables del Código de Procedimiento Penal.

Art. 25.- El Intendente General de Policía actuante, dispondrá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la iniciación de la acción de deportación, que concurran a su presencia, el representante del Ministerio Público designado, el extranjero y su defensor de oficio, si no tuviere un defensor particular, en la fecha y hora que fijará en la respectiva citación que no podrá exceder del plazo de veinticuatro horas adicionales, para llevar a efecto la audiencia en que se resolverá la deportación.

Art. 26.- En la audiencia se exhibirán los documentos, evidencias y demás pruebas atinentes a las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamente la acción; y la declaración y alegatos del extranjero que se opongan a la misma. El Intendente General de Policía expedirá su resolución dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la realización de la precitada audiencia, ordenando o negando la deportación.

Art. 27.- El Secretario de la Intendencia General de Policía, hará constar en un acta todo el relato del desenvolvimiento de la audiencia que, suscrita por el Intendente y el Secretario actuantes, será anexada al respectivo expediente.

Art. 28.- La resolución del Intendente General de Policía que niega la deportación, deberá ser obligatoriamente elevada en consulta administrativa al Ministro de Gobierno, dentro de los tres días siguientes a la fecha de su emisión, adjuntándose el expediente del caso”.

El 25 de enero de 2011 se presentó el proyecto de Ley Orgánica de Protección e Igualdad de Derechos de los Migrantes Ecuatorianos Residentes en el Exterior y sus Familiares que considera que el migrante en el exterior tiene los mismos derechos y obligaciones que el ecuatoriano residente en el territorio nacional.

2.5. EL SALVADOR

La Constitución salvadoreña determina que los extranjeros, desde el instante en que llegaren al territorio de la República, estarán estrictamente obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes, y adquirirán derecho a ser protegidos por ellas (artículo 96).

La Ley de Extranjería, Decreto Legislativo 299 publicado el 20 de febrero de 1986, indica que “los extranjeros dentro del territorio nacional, gozarán de las garantías individuales al igual que las nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes secundarias del país” (artículo 3).

Por tanto, “los extranjeros desde el instante que ingresen al territorio nacional, están obligados a respetar la Constitución, las leyes secundarias y a las autoridades de la República; adquiriendo el derecho a ser protegidos por ellas” (artículo 4).³⁶⁷

2.6. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En virtud de que EUA sigue siendo el país receptor por excelencia del mundo pero en particular de América, se hará una breve referencia a su historia legislativa en materia migratoria.

2.6.1. *PRIMEROS ORDENAMIENTOS MIGRATORIOS*

La primera ley de extranjería aprobada por el Congreso fue la Ley de Extranjeros y Sedición de 1797 que autorizó la expulsión de inmigrantes considerados peligrosos o subversivos.

³⁶⁷ <http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ef438004d40bd5dd862564520073ab15/ddd3578100cd4e4a0625644f006a4dc6?OpenDocument> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

Como punto de referencia de la relación migratoria entre México-EUA, fue en 1853 cuando se fijaron los límites actuales de la frontera entre estos dos países.³⁶⁸

En 1882 el Congreso aprobó la Ley de Exclusión China. En el periodo comprendido entre este año y 1917 se legislaron impuestos a los inmigrantes, que se aplicaban al momento de arribar; además se expandió la lista de categorías de extranjeros no deseables.

En 1885, el Congreso promulgó la primera Ley sobre Contratación de Trabajo, que prohibía la admisión de mano de obra barata reclutada por empleadores norteamericanos.

2.6.2. LEYES DE INMIGRACIÓN Y CONVENIOS DE BRACEROS

La primera Ley de Inmigración fue adoptada en 1917, la cual prohibió la admisión de analfabetas, de personas de constitución psicopática inaceptable, de alcohólicos, vagos o cualquier persona que pudiera ser o convertirse en una carga pública; además, restringió la migración proveniente de una gran zona asiática. Después de la entrada en vigor de esta ley, el Departamento de Trabajo norteamericano se valió de una excepción para que durante 1917 y 1918, se admitiera temporalmente, como trabajadores no inmigrantes, a decenas de miles de mexicanos (por lo que esta época se conoció como el primer programa de braceros).³⁶⁹

En 1921 se aprobó la primera Ley de Cuotas que limitó cuantitativamente la inmigración, restringiendo el número de visas. Años más tarde se promulga la Ley de Cuotas de 1924, la cual reduce en mayor grado el número de visas a países europeos del sur y oriente. En este mismo año se creó la Patrulla Fronteriza de Inmigración (después de 1940 cambiaría el nombre a Servicio de Inmigración y Naturalización y se trasladaría del Departamento de Trabajo al de Justicia).

Posteriormente, durante los años 1942-1964 entre México y EUA existió un acuerdo de braceros,³⁷⁰ el cual le permitió a EUA mantener sus actividades productivas mientras participaba

³⁶⁸ Y las primeras garitas de migración para controlar el cruce de personas en este límite se establecieron en 1894.

³⁶⁹ García y Griego, Manuel, *México y Estados Unidos de América frente a la migración de los indocumentados*, Porrúa, México, 1990, pp. 59 y ss. En este primer programa surgieron problemas debido al enlistamiento y envío a la Primera Guerra Mundial de mexicanos que estaban trabajando en territorio estadounidense. Para profundizar en este primer programa véase Alanís Enciso, Fernando Saúl, *El primer programa bracero y el gobierno de México 1917-1918*, El Colegio de San Luis, San Luis Potosí, 1999.

³⁷⁰ Jorge Bustamante sostiene que dichos acuerdos bilaterales, en la práctica fueron mecanismos de perpetuación de las condiciones de explotación de todos los trabajadores migratorios, debido a las condiciones de asimetría de poder entre patrones y trabajadores migratorios. Cfr. Bustamante, Jorge, "Comentarios de la migración en Norteamérica" en De Olloqui, José Juan, *Estudios entorno a la migración*, UNAM, México, 2001, p. 22.

en la segunda guerra mundial.³⁷¹ Así, 23 de julio de 1942 se celebró el *Convenio sobre la contratación de trabajadores mexicanos para ser empleados en labores agrícolas en Estados Unidos*,³⁷² el cual fue firmado por Comisionados mexicanos³⁷³ y americanos.³⁷⁴ El convenio entró en vigor el 4 de agosto de 1942 y aunque con algunas enmiendas, duró 22 años. El Convenio Bracero fue concluido unilateralmente por parte de EUA y terminó oficialmente el 30

³⁷¹ Las diferencias entre el primer programa de braceros y el segundo radicarón, que en el primero no participó el gobierno mexicano y las visas permitían no sólo la admisión de los trabajadores, sino también de sus familias acompañantes. Después de la segunda guerra, el enfrentamiento estadounidense con Corea hizo que el gobierno de EUA se viera obligado a reforzar el programa de braceros, muestra de esto es que el Congreso de ese país aprobó una ley que institucionalizó el programa de braceros para trabajar en empleos agrícolas, llamada Ley Pública 78, la cual fue adicionada a la de Agricultura de 1949. Véase Gastélum Gaxiola, María de los Ángeles, *Migración de trabajadores mexicanos indocumentados a los Estados Unidos*, UNAM, México, 1991, pp. 155 y ss.

³⁷² Dicho convenio regulaba los siguientes aspectos: principios fundamentales (por ejemplo, que los mexicanos que sean contratados para trabajar en los EUA no podrían ser empleados en ningún servicio militar), contratos (que se redactarían en español), admisión (que el trabajador reuniera las condiciones físicas necesarias), transporte (los gastos de transporte, alimentación y hospedaje desde los lugares de origen hasta los de destino y regreso estarían a cargo del empleador), trabajo y salario (los salarios serían los mismos que los de trabajadores similares, al igual que las condiciones de habitación, servicios sanitarios y atención médica; se prohibía el trabajo de menores de 14 años; los trabajadores admitidos podían constituir agrupaciones y los cónsules mexicanos debían de proteger a sus trabajadores), fondo de ahorro (la Agencia del Gobierno de EUA, tendría la responsabilidad de la guarda de las cantidades aportadas por los trabajadores mexicanos para la Formación de su Fondo de Ahorro Campesino, hasta que fueran transferidos al Banco de Crédito Agrícola de México, el que contraerá las responsabilidades del Depósito, guarda y aplicación, o en su defecto devolución de dichas cantidades), cantidades de trabajadores requeridos y prevenciones generales. Para conocer el texto completo del convenio véase <http://www.farmworkers.org/convenio.html> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2010). Cfr. también la opinión de Ernesto Galarza, funcionario consular mexicano en Washington en esa época, sobre las causas que dieron origen al convenio de braceros, en <http://www.farmworkers.org/razonepb.html> (fecha de consulta: 19 de agosto de 2010). Por otro lado, la entrega de los fondos ahorrados por los ex trabajadores agrícolas ha sido, por decir lo menos, complicada. En mayo de 2005 el Congreso de la Unión aprobó la Ley que Crea el Fideicomiso que Administrará el Fondo de Apoyo Social para Ex Trabajadores Migratorios Mexicanos; el fideicomiso beneficiaría a los braceros o a sus cónyuges o hijos, pero uno de los requisitos para acceder a los recursos era inscribirse en un padrón que estuvo abierto a solicitudes hasta el 10 de marzo de 2006. En mayo de 2006 la Secretaría de Gobernación mexicana, dio a conocer el nombre de los 1,937 beneficiados por el Fondo de Apoyo Social para ex Trabajadores Migratorios Mexicanos (1942-1964), cada uno de los cuales recibiría la cantidad de 38 mil pesos y para dicho efecto contaban con un plazo de 120 días naturales. La inconformidad contra esta situación llegó a la Primera Sala de la Suprema Corte, que falló contra el artículo sexto, fracción primera, de la Ley referida el cual condicionaba el derecho al pago a la inscripción en el padrón que fue levantado por la Secretaría de Gobernación. A raíz de esto, en 2007 se abrió una nueva etapa para el registro de familiares de ex braceros que no pudieron inscribirse en el Fideicomiso de Apoyo Social a ex Trabajadores Migratorios Mexicanos. <http://www.el-universal.com.mx/notas/457815.html> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2009). Para 2007, la Cámara de Diputados sólo autorizó 300 millones de pesos para este fideicomiso.

<http://www.reforma.com/nacional/articulo/767668/default.asp?PlazaConsulta=reforma&DirCobertura=> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2010), *La Jornada*, año 22, número 7811, 24 de mayo de 2006, p. 25. Véase el Amparo en Revisión 263/2007 en http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/60FC1742-D2DF-43CF-8379-E9DDA26C2A50/0/AR_263_2007.pdf (fecha de consulta: 19 de mayo de 2010).

³⁷³ Ernesto Hidalgo, Oficial Mayor, actuando en representación de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Abraham J. Navas, representante de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

³⁷⁴ Joseph F. McGurk, Consejero de la Embajada de EUA en México, John Walker, Sub-Administrador de la *Farm Security Administration*, del Departamento de Agricultura de los EUA y David Mecker, Sub-Director de la Oficina de Relaciones Agrícolas de Guerra, en el Departamento de Agricultura de los EUA.

de mayo de 1963, pero los trabajadores agrícolas siguieron ingresando a los EUA hasta 1964, poco después fueron expulsados.

El 27 de junio de 1952 se promulgó la Ley de Inmigración y Nacionalidad,³⁷⁵ llamada Ley Mc Carran-Walter, que modificó la distribución de visas para incrementar la inmigración de personas altamente calificadas o preparadas.

Fue la Ley de Inmigración y Nacionalización del 3 de octubre de 1965, la que abolió el sistema de cuotas sobre el origen nacional que había estado vigente desde la Ley de Cuotas de 1924.³⁷⁶

El 4 de agosto de 1977, el Presidente Carter envió una propuesta al Congreso que se refería a los inmigrantes irregulares.³⁷⁷

Posteriormente, Romano L. Mazzoli y Allan K. Simpson presentaron un proyecto de ley, el 10 de marzo de 1982, sobre controles de migración y empleo de extranjeros.³⁷⁸

2.6.3. LEY SIMPSON-RODINO

La Ley de Reforma y Control de Inmigración (*The Immigration Reform and Control Act*) del 6 de noviembre de 1986, también fue llamada Ley Simpson-Rodino ya que fueron los legisladores Allan K. Simpson, senador republicano y Peter W. Rodino Jr., diputado demócrata, quienes encabezaron los Comités de las Cámara de Diputados y Senadores, que se encargaron de redactarla.

Si bien, históricamente el gobierno norteamericano ha desarrollado campañas antiinmigrantes como *la repatriación de 1929-1930*, *la operación espalda mojada* en 1953-1954 y la terminación unilateral del Programa de Braceros en 1964, la legislación migratoria estadounidense había

³⁷⁵ Esta ley, hasta antes de la reforma introducida por la Ley Simpson-Rodino en 1987, estableció durante 34 años que en EUA se considerara delito entrar a su territorio sin documentos, pero que no se considerará delito la contratación por parte del patrón; el cual tenía la facultad de contratar al migrante irregular o denunciarlo ante el Servicio de Inmigración y Nacionalidad. Gastélum Gaxiola, María de los Ángeles, *Migración...*, *op. cit.*, p. 164.

³⁷⁶ En 1974 el senador Edward Kennedy, demócrata por Massachussets, presentó al Congreso una iniciativa de ley, en la que se asentaban severas sanciones para los patrones que contrataran a migrantes irregulares; mientras que a los extranjeros ilegales que hubieran residido permanentemente en los EUA los tres últimos años se les otorgaría amnistía. Esta iniciativa de ley no fue aprobada. *Ibidem*, pp. 167-169.

³⁷⁷ En la cual pidió que se concediera la calidad de inmigrante residente a todos los inmigrantes no documentados que hubieran residido continuamente en EUA desde antes del 1º de enero de 1970 y la propuesta de *border enforcement*, o control de frontera, la cual trataba de restringir la inmigración. Esta propuesta tampoco fue aprobada. *Ibidem*, p. 172.

³⁷⁸ Esta iniciativa establecía nuevas cuotas de inmigrantes. Muchas críticas y el contexto mundial hicieron que no fuera aprobada. *Ibidem*, pp. 217-232.

permanecido sin modificaciones sustanciales desde 1952 hasta las reformas introducidas por la Ley Simpson-Rodino en 1986.

Esta ley tipificó como delito el que una persona o entidad contratara, solicitara o recomendara a un extranjero para que se empleara en los EUA, sabiendo que éste no tenía autorización; además impuso penas civiles y penales (prisión por no más de 6 meses) a los empleadores reincidentes que, a sabiendas de su condición migratoria, contrataran a extranjeros irregulares. A pesar de las sanciones a patronos, los trabajadores seguían en situación de desventaja.

Así, mientras la sanción para el patrono ocurría únicamente si un inspector del Servicio de Inmigración y Naturalización (en adelante, INS) se presentaba en la empresa, el trabajador tenía la obligación de presentarse en el INS y demostrar lo prácticamente indemostrable: su permanencia ininterrumpida en territorio americano desde antes del 1 de enero de 1982.³⁷⁹

El 4 de mayo de 1987 se abrió el plazo para que los indocumentados que hubieren residido en los EUA desde el 1° de enero de 1982, presentaran solicitudes de legalización, dicho plazo se cerró el 3 de mayo de 1988. Del 1° de junio al 30 de noviembre de 1990 se les otorgó a los trabajadores agrícolas legalizados la calidad de inmigrante.

El título II de esta Ley se refirió a la legalización, o sea, la regularización, de los inmigrantes indocumentados. Además fortaleció al INS e incluyó un programa de trabajadores temporales.

El Título VI sección 601 de esta Ley creó la Comisión para el estudio de la migración internacional y el desarrollo económico cooperativo, la cual tenía la función de visitar México y otros países del hemisferio occidental para realizar consultas con los respectivos gobiernos y analizar las causas que originan el flujo migratorio procurando encontrar soluciones. Esta Comisión debía rendir un informe al Presidente de los EUA, dentro de tres años, además debía de presentar recomendaciones sobre probables programas de comercio e inversión a efecto de disminuir la migración ilegal a ese país.³⁸⁰

³⁷⁹ Cfr. Álvarez Gómez, Josefina y Staelens Guillot, Patrick, "Indocumentados. Las perfecciones de una ley aparentemente imperfecta", *Vínculo Jurídico*, México, núm. 1, enero-marzo 1990, <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webvrvj/rev1-7.htm> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2010).

³⁸⁰ El 4 de mayo de 1987 se abre el plazo para que los indocumentados que hubieren residido en los EUA desde el 1° de enero de 1982, presentaran solicitudes de legalización, dicho plazo se cerró el 3 de mayo de 1988 y del 1° de junio al 30 de noviembre de 1990 se les otorgó a los trabajadores agrícolas legalizados la calidad de inmigrante. Esta ley en su Título VI sección 601 creó la Comisión para el estudio de la migración internacional y el desarrollo económico cooperativo, la cual tenía la función de visitar México y otros países del hemisferio occidental, para realizar consultas con los respectivos gobiernos para analizar las causas que originan el flujo migratorio y encontrar soluciones. Esta Comisión debía rendir un informe al presidente de los EUA, dentro de tres años, además debía de

2.6.4. PROPUESTA 187 DEL ESTADO DE CALIFORNIA

El 8 de noviembre de 1994 se da la aprobación plebiscitaria, por las casi dos terceras partes del electorado, de la Propuesta 187 del estado de California, calificada por Jorge Bustamante como la ley más racista y antimexicana en la historia de las relaciones bilaterales entre México y EUA,³⁸¹ en la cual se apoyo la reelección de Pete Wilson.³⁸² Esta ley no fue puesta en práctica³⁸³ porque una juez federal Mariana R. Pfaelzer, expidió una orden de suspensión el 14 de diciembre de 1994, pero no por violación a derechos de migrantes sino porque la Constitución de EUA prohíbe que los estados produzcan leyes en materia de inmigración, en virtud de la cláusula de supremacía por la cual sólo la Federación puede legislar en esa materia.

Únicamente para dar una muestra del contenido de este proyecto, en su sección primera denominada “Hallazgos y declaraciones” el pueblo de California declaró que “ha sufrido y está sufriendo problemas económicos causados por la presencia de los extranjeros ilegales (*sic*) en este estado. Que el pueblo de California ha sufrido y está sufriendo una herida personal y un daño causado por la conducta criminal de los extranjeros ilegales (*sic*) en este estado”.³⁸⁴

En contraste con los razonamientos de esta propuesta, una investigación auspiciada por el Departamento de Trabajo del gobierno federal de los EUA concluyó informando: “En efecto, los trabajadores migratorios, tan necesarios para el éxito del sistema de producción agrícola tan de

presentar recomendaciones sobre probables programas de comercio e inversión a efecto de disminuir la migración ilegal a ese país. Véase Gastélum Gaxiola, María de los Ángeles, *Migración...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

³⁸¹ Bustamante, Jorge, “Comentarios de la migración...”, *op. cit.* p. 25

³⁸² Esta ley tuvo como objetivos: frenar la inmigración indocumentada e impedir el acceso de los migrantes a los beneficios de los programas asistenciales tanto de los indocumentados como de los que ya habían obtenido su residencia legal. Estableció la obligación para todos los empleadores del gobierno estatal de denunciar a la policía a cualquier persona que les pareciera sospechosa de ser un extranjero ilegal, estableciendo una criminalización *a priori* de todo aquél que pareciera mexicano, siendo el color de la piel el criterio para que los empleadores denunciaran a las personas que se encontraran bajo ese perfil racial.

³⁸³ Un interesante estudio sobre esta propuesta se encuentra en Méndez Silva, Ricardo, “La iniciativa 187 del Estado de California, Estados Unidos de América, sobre migrantes indocumentados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año XXVIII, número 82, enero-abril 1995, pp. 385-395. Méndez Silva señala que en “San Francisco, el Juez Stuart Pollack emitió una orden para prohibir temporalmente la aplicación de la propuesta en lo concerniente a educación. Así mismo, otro juez federal de los Ángeles suspendió temporalmente la aplicación de toda la ley con excepción de las partes relacionadas con el uso y fabricación de documentos falsos”, *cfr. Ibidem*, p. 392.

³⁸⁴ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 95-99.

uso intensivo de mano de obra en EUA subsidian a este sistema de producción a partir de una condición de extrema pobreza de ellos y de sus familias”.³⁸⁵

2.6.5. LEY DE INMIGRACIÓN DE 1996 Y OTRAS LEYES

La propuesta 187 del Estado de California, sirvió de modelo para la ley de 1996.³⁸⁶ La Ley Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad del Inmigrante del 30 de septiembre de 1996 (*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act*) extendió las operaciones del INS para hacer cumplir las leyes, elimina los derechos básicos de acceso a los procesos y derechos legales para los inmigrantes y reduce las oportunidades de éstos para legalizar su situación migratoria.

La reforma a la Ley de Inmigración de 1996 extendió la autoridad del INS para detener y deportar inmigrantes sin tomar en cuenta su estatus migratorio.

La Ley de Reconciliación de la Responsabilidad Personal y la Oportunidad de Trabajo de 1996 (*Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*), popularmente conocida como la reforma del bienestar o "*welfare reform*", acabó con muchas formas de ayuda médica y financiera en efectivo para la mayoría de los inmigrantes legales y otros individuos de bajos ingresos. Los beneficios del Ingreso de Seguridad Suplementario (SSI) fueron restablecidos después, pero solamente para aquellos inmigrantes que entraron en el país antes del 22 de agosto de 1996, el día en que la ley entró en vigor.

Así, el panorama legislativo cambió drásticamente en 1996, al ser promulgadas la Ley Contra el Terrorismo y de Pena de Muerte Efectiva ("*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*") así como la Ley de Inmigración Ilegal y Responsabilidad del Inmigrante --ya referida-- concebidas como "medidas disuasorias para los terroristas". Una de las disposiciones más controvertidas de esta última es la que consiste en ampliar las categorías de actividad delictiva ("*aggravated felony*") en virtud de las cuales se puede expulsar a los migrantes, documentados o indocumentados. Según esta ley, delitos menores como el hurto pueden justificar la deportación de un individuo, después de cumplir sentencia, aunque se trate de un residente casado con un

³⁸⁵ *Ibidem*. La tradición antimigrante del gobierno de California volvió a surgir en diciembre de 2003, cuando el gobernador electo de California, Arnold Schwarzeneger, solicitó al Congreso del Estado la abrogación de la Ley SB 60, que autorizaba a los indocumentados para manejar.

³⁸⁶ <http://uscis.gov/graphics/publicaffairs/factsheets/965.htm> (fecha de consulta: 8 de enero de 2006).

ciudadano estadounidense y que tenga hijos de nacionalidad estadounidense. Esto contraviene a todas las normas internacionales de derechos humanos que defienden el derecho a la vida familiar (art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), derechos del niño (Convención sobre los Derechos del Niño), así como el principio *non bis in ídem* (art. 14 del Pacto *supra* citado). Muy grave también, es la supresión de toda discrecionalidad de los jueces de inmigración imposibilitando la aplicación de consideraciones de equidad. Otras disposiciones crean la expulsión sumaria ("*expedited removal*"). Esto último es un procedimiento por el cual un migrante sin papeles que haya sido capturado por la Protección de Aduanas y Fronteras será expulsado inmediatamente del país, sin que su situación pueda ser examinada por un juez y sin acceso a un abogado.

En la era inaugurada por el 11 de septiembre, la ley llamada *Patriot Act* de 2001 ha levantado serios problemas de orden constitucional y de derechos humanos. El *Patriot Act* concede nuevas competencias al Fiscal General del Estado que puede así "certificar" y "detener" por tiempo indefinido a extranjeros considerados como terroristas, competencia que se amplía al poder ejecutivo, no siendo relevante que exista una decisión judicial contraria. Las normas y excepciones que se aplican a la deportación han adquirido carácter retroactivo, en casos de "terrorismo". Esta ley discrimina a los no nacionales al emplear el término ciudadano y no el de persona, negando así a estos primeros las garantías procesales.

Se presentó también un proyecto de ley para regularizar el estatus de permanencia de alumnos sobresalientes para que pudieran seguir estudiando la universidad y, una vez que obtengan un título universitario y cumplan con otros requisitos, opten por la residencia permanente en EUA. A esta iniciativa se le conoce como *Dream Act* y fue presentada en septiembre de 2003 por los senadores Orrin Hatch (republicano) y Richard Durbin (demócrata).

2.6.6. LEYES Y RESTRICCIONES

La iniciativa HR-3447 conocida como Ley Sensenbrenner, fue aprobada el 16 de diciembre de 2005 por la Cámara de Representantes de EUA, buscaba criminalizar a migrantes que ingresaran a su territorio sin documentos.³⁸⁷

El llamado “proyecto de ley de Sensenbrenner” (HR 4437), que la cámara baja aprobó en diciembre de 2005, contenía disposiciones muy preocupantes, como, por ejemplo, la tipificación de un nuevo delito federal: “la presencia ilegítima”, una ampliación del delito de “trata de extranjeros” que habría conllevado sanciones penales para las organizaciones de servicios sociales, de refugiados, congregaciones religiosas y voluntarios de asociaciones humanitarias que ayudan a migrantes indocumentados. Asimismo, este proyecto de ley preveía seguir minando el concepto de debido proceso en los procesos de expulsión al despojar a los migrantes del acceso a un tribunal o a una apelación de la decisión de expulsión. También estipulaba la detención obligatoria de todos los extranjeros detectados en las fronteras, así como la conversión retroactiva de delitos menores, como el hecho de conducir un vehículo en estado de ebriedad, en circunstancias agravantes que justificarían la expulsión obligatoria de los migrantes, documentados o no. La Cámara de Representantes no consiguió que el Senado aprobase estas severas medidas.

Mientras que el 25 de mayo de 2006 el Senado estadounidense aprobó el proyecto de Ley S2611.³⁸⁸ A mediados de 2006 el Presidente Bush autorizó el envío de tropas de la guardia nacional a la frontera con México.

El 26 de octubre de 2006 el Presidente Bush firmó la Ley del Cerco Seguro (*Secure Fence Act*)³⁸⁹ que previó la construcción de un muro de alrededor de 700 millas (1,100 kilómetros), además

³⁸⁷ Bustamante, Jorge, *Migración indocumentada de México a Estados Unidos; la dialéctica de la vulnerabilidad y de los derechos humanos*, ponencia en el Simposio Internacional sobre “La vulnerabilidad de los migrantes internacionales”, Monterrey, 3 y 4 de noviembre de 2006. <http://www.comitenorte.org.mx/simposio/ponencias/jorgeb.pdf> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2010). México, que ha reaccionado en contra de la criminalización de migrantes indocumentados en EUA, tardó mucho tiempo en despenalizar la migración irregular en su territorio.

³⁸⁸ Dicho proyecto contiene medidas de legalización, un programa de trabajo temporal, mayor extensión del muro fronterizo, incrementar 14 mil agentes más a la Patrulla Fronteriza y el envío de tropas de la Guardia Nacional a la frontera.

³⁸⁹ Véase el texto completo de la ley en http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_bills&docid=f:h6061enr.txt.pdf (fecha de consulta: 10 de mayo de 2009).

autorizó al Departamento de Seguridad Interna a aumentar el uso de iluminación, cámaras, satélites y aeronaves no tripuladas a lo largo de la frontera México-EUA.

El 14 de mayo de 2009 se presentó el proyecto de Ley de Oportunidad de Trabajo Agrícola.³⁹⁰

En cuanto a la estrategia de protección de las fronteras, el Congreso estadounidense ha permitido que la militarización vaya aumentando progresivamente. La Ley de Refuerzo de la Seguridad en las Fronteras (Enhanced Border Security Act) y la Ley de Reforma de los Visas de Entrada (Visa Entry Reform Act) del 2002 aumentaron el presupuesto asignado a los guardías y a la seguridad fronterizas. A finales del 2006, el Congreso de EUA aprobó la Ley de Cerco de Seguridad (the Secure Fence Act), autorizando así la construcción de unas 700 millas adicionales (1,125 kilómetros) de muro entre EUA y México. La Ley Apropiaciones del Departamento de Seguridad Interna (the Department of Homeland Security Appropriations Act), 2008 (H. R. 2638) fue aprobada por la Cámara de Diputados y por el Senado, respectivamente en junio y julio de 2007. Esta ley prevé para los Border Patrol el reclutamiento y entrenamiento de unos 23,000 agentes a tiempo completo y pide a la U.S. Customs and Border Protection: “instalar barreras de vehículos, 700 millas de cerca, 105 radares y torres fotográficas a lo largo de al menos 300 millas de frontera”.

2.6.7. LEY SB1070 DE ARIZONA

La Ley de Arizona SB1070 de 2010 --*Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act*--, dispone que será un delito menor estatal que un extranjero esté en Arizona sin llevar consigo los documentos de registro requeridos por la ley federal. La ley también aumenta la aplicación estatal y local de las leyes federales de inmigración y toma medidas duras contra los que albergan, contratan y transportan los extranjeros indocumentados. El párrafo sobre la intención de la legislación dice que encarna una doctrina de “desgaste mediante la aplicación de la ley” (*attrition through enforcement*).³⁹¹

³⁹⁰ <http://www.jornada.unam.mx/2009/05/15/index.php?section=economia&article=031n4eco> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2010).

³⁹¹ La ley completa se puede consultar en <http://www.azleg.gov/legtext/49leg/2r/bills/sb1070s.pdf> y su análisis en http://www.barriozona.com/analisis_propuesta_de_ley_sb_10_aclu_arizona.html (fecha de consulta: 15 de junio de 2011). La Comisión IDH expresó su preocupación por la Ley de Arizona, el 28 de abril de 2010: Comunicado de prensa 47/10, <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/47-10sp.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011). Un interesante estudio al respecto se encuentra en Melgar Adalid, Mario, “La Suprema Corte de Estados Unidos ante el fenómeno migratorio”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio 2011, número 24, pp. 109-139.

La ley fue firmada por la gobernadora Jan Brewer el 23 de abril de 2010. Entró en vigor -- parcialmente-- el 29 de julio de 2010, noventa días después del final de la sesión legislativa.

Después de una semana de su firma, la ley fue modificada por el proyecto de ley de la Cámara de Arizona, HB 2162.³⁹²

Se interpusieron impugnaciones sobre su constitucionalidad y su conformidad con las leyes de derechos civiles, entre ellas una por el Departamento de Justicia de los EUA, que también solicitó un mandamiento judicial contra la aplicación de la ley. Como se dijo, la ley entró en vigor el 29 de julio de 2010 pero el 28 de julio de 2010, 24 horas antes de su entrada en vigor, la jueza Susan Bolton, en Phoenix, ordenó la suspensión de las cláusulas más polémicas de la norma³⁹³ bajo el argumento de que "perjudican a extranjeros legalmente residentes en Estados Unidos, incluso a ciudadanos norteamericanos, puesto que su libertad se ve afectada mientras su estatus es comprobado".³⁹⁴ Entre sus disposiciones más polémicas se encuentran: la ley "requiere" (no sólo permite) a la policía comprobar el estatus migratorio de cualquier persona retenida por la comisión de cualquier falta o delito --tan simple como una infracción del tráfico o la violación de una ordenanza municipal-- que resulte sospechosa, a criterio del agente involucrado, de posible entrada indocumentada. La policía puede, de acuerdo a esa ley, mantener bajo custodia al sospechoso durante el tiempo que se requiera para hacer esa comprobación.

Bolton, paralizó también otros tres artículos polémicos, como el que acelera los procesos de deportación o el que convierte en delito el hecho de no portar papeles, y dejó vigentes únicamente aquellos que no son motivo de controversia, como el que castiga a las personas que recojan inmigrantes indocumentados en la calle para llevarlos a trabajar o el que crea mecanismos de reclamación en el caso de que alguien se sienta víctima de discriminación racial.

Hay que recordar que el Gobierno de Barack Obama recurrió la ley ante los tribunales por considerar que el Estado de Arizona no tiene competencia constitucional para legislar sobre una materia, como la inmigración, reservada en exclusiva a las autoridades federales.

³⁹² http://www.azleg.gov/FormatDocument.asp?inDoc=/legtext/49leg/2r/bills/hb2162c.htm&Session_ID=93 (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁹³ <http://edition.cnn.com/2010/US/07/28/arizona.immigration.law/index.html?hpt=T2#fbid=ks6MB9eBkcD> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

³⁹⁴ http://www.elpais.com/articulo/espana/juzgado/EE/UU/suspende/articulos/polemicos/ley/Arizona/elpepuesp/20100728elpepunac_31/Tes (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

2.6.8. LEY HB56 DE ALABAMA

La Ley HB56 fue promulgada el 9 de junio de 2011.

La legislación criminaliza la migración y se considera como una de las más severas en contra de la migración irregular.

Conforme a la ley si una persona es detenida por un policía, éste le podrá preguntar por su situación migratoria y arrestarlo si no se cuenta con documentos que prueben su estancia legal.

Las personas también podrán ser arrestadas si está manejando sin licencia de conducir. Los indocumentados que sean arrestados en Alabama no podrán salir bajo fianza.

En cuestiones de trabajo determina:

- a) A partir del 1º de abril de 2012, los patrones estarán obligados a comprobar la situación legal de sus empleados; y
- b) Será delito subirse a un carro estacionado en la vía pública al ser contratado en la calle. También será delito que los carros se paren en la calle obstaculizando el tráfico al contratar trabajadores.

En cuestiones de educación:

- a) Exige a las escuelas que verifiquen el estatus migratorio de los estudiantes extranjeros y sus padres al momento de solicitar la inscripción a determinado programas de estudio; y
- b) Si una persona está indocumentada no podrá inscribirse a las universidades públicas del estado. Únicamente aquellos extranjeros que sean residentes permanentes o cuenten con una visa de no inmigrante podrán inscribirse.

La ley convierte en delito:

- a) Transportar, ocultar u hospedar a personas a sabiendas de que están indocumentadas, incluso si se trata de su familia;
- b) Fomentar que personas indocumentadas lleguen a Alabama;
- c) Subirse a un carro estacionado en la vía pública al ser contratado en la calle; y
- d) Que los carros se paren en la calle obstaculizando el tráfico al contratar trabajadores.³⁹⁵

La Comisión Interamericana expresó que la Ley HB56 de Alabama establece, entre otros aspectos, que cuando un policía u otro agente de seguridad estatal detenga o arreste a una

³⁹⁵ La ley completa puede verse en <http://latindispatch.com/2011/06/09/text-of-alabama-immigration-law-hb-56/> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

persona, o la pare ante una infracción o sospecha de infracción, el agente deberá hacer un intento razonable para verificar la ciudadanía y situación migratoria respecto de aquellas personas sobre quienes exista una “sospecha razonable” que son extranjeros que se encuentran de forma indocumentada o irregular en EUA. La ley no define “sospecha razonable”, lo cual puede conllevar a la utilización de perfiles raciales por parte de la policía o de otros agentes del Estado. Asimismo, la ley obliga a los centros públicos de enseñanza primaria y secundaria a determinar si el estudiante es extranjero o hijo de extranjero sin autorización legal para estar en EUA. Adicionalmente, la nueva legislación establece que ninguna corte del Estado de Alabama considerará válido o hará exigibles los términos de un contrato entre una parte y un extranjero que no cuente con una autorización legal para estar en EUA, si la parte concernida tenía conocimiento de esta situación. La ley penaliza además actividades relacionadas con migrantes indocumentados tales como transportarlos, darles alojamiento o alquilarles vivienda, así como el hecho de que los migrantes irregulares trabajen, pidan trabajo, o realicen trámites en agencias gubernamentales, tales como solicitar licencias de identificación o para conducir, licencias para negocios, o placas para vehículos.³⁹⁶

Tal como ya lo manifestó la Comisión IDH al referirse a la Ley SB1070 de Arizona, existe un alto riesgo de discriminación en la implementación de la Ley HB56. Otro aspecto inquietante es la criminalización de la presencia de migrantes irregulares o indocumentados. Tal como lo ha afirmado la Comisión IDH anteriormente, la detención de migrantes debe ser utilizada como un mecanismo excepcional, y los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que se basen en la presunción de libertad. Asimismo, la penalización del transporte o alojamiento de migrantes podría obstaculizar de forma indebida las labores de asistencia y protección de las defensoras y defensores de los derechos humanos de las personas migrantes.

El Derecho internacional reconoce que los países pueden establecer mecanismos para controlar el ingreso y la salida de extranjeros de su territorio, tal y como ya se ha asentado. Asimismo, indica que las acciones en este sentido deben realizarse dentro del pleno respeto a los derechos de las personas afectadas, y que la observancia de principios fundamentales como la no discriminación

³⁹⁶ Comunicado de Prensa 63/11, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/63-11sp.htm> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2011).

y los derechos a la libertad e integridad personal no pueden subordinarse a la implementación de los objetivos de las políticas públicas.

La Comisión IDH consideró preocupantes las Leyes HB56 de Alabama y SB1070 de Arizona, así como otras leyes similares que han sido promulgadas en los estados de Utah, Indiana y Georgia, y conmina a las autoridades de EUA a utilizar los mecanismos legales que tenga a su alcance para modificar estas leyes y ajustarlas a los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los migrantes.

El 1 de agosto de 2011 el gobierno federal de EUA presentó demanda contra Alabama por la emisión de la ley.

El 3 de agosto la jueza federal Sharon Blackburn decidió que las 3 demandas presentadas en contra de la ley (una por el gobierno federal, otra por una coalición de grupos de derechos civiles y la última por líderes religiosos de Alabama) se consolidarían en un solo caso. Asimismo determinó que se escucharían los argumentos de los demandantes el 4 de agosto.

La ley tendría que entrar en vigor, en su mayor parte,³⁹⁷ el 1 de septiembre de 2011. La ley fue suspendida temporalmente por orden judicial el 29 de agosto de 2011. La jueza Sharon Lovelace Blackburn, el 28 de septiembre de 2011, debería determinar si son constitucionales las disposiciones más controvertidas de la HB56. En dicha fecha la jueza determinó que secciones claves de la ley no debían de suspenderse, por lo cual entraron en vigor, entre ellas la de permitir a la policía detener a personas sospechosas de estar en el país irregularmente.³⁹⁸

El 30 de septiembre de 2011, al entrar en vigor de la ley HB56 de Alabama, se reportó que las escuelas públicas verificarán la ciudadanía de los alumnos de nuevo ingreso, en cumplimiento con la legislación, pero permitirán la inscripción incluso si los padres no presentan la documentación pertinente.

El superintendente interino de enseñanza local Larry Craven precisó que los sistemas escolares solicitarán a los padres las partidas de nacimiento de los hijos cuando éstos sean inscritos de

³⁹⁷ La ley fue firmada por el Gobernador del Estado de Alabama el 9 de junio de 2011. Algunas disposiciones entraron en vigor de forma inmediata y otras lo harán en forma escalonada entre el 1 de septiembre de 2011 y el 1 de abril de 2012.

³⁹⁸ La Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana lamentó esta situación y refrendó su compromiso con la defensa de los derechos de los nacionales mexicanos en EUA. *Cfr.* http://www.sre.gob.mx/csocial/contenido/comunicados/2011/sep/cp_352.html y <http://www.eluniversal.com.mx/notas/797141.html> (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011).

primera vez. Si carecen del acta de nacimiento, se les pedirá documentación adicional y que firmen una declaración en la que manifiesten la residencia legal de su hijo.³⁹⁹

Las leyes antiinmigrantes de Arizona, Utah, Indiana y Georgia están suspendidas por orden de jueces federales, ante demandas de que se declaren anticonstitucionales por ocuparse de la inmigración, un asunto reservado al gobierno federal.

La sexta ley, la de Carolina del Sur, promulgada el 27 de junio, continúa sin ser suspendida, pero no se descarta que se presenten demandas en su contra para impedir que entre en vigor el 1 de enero de 2012.

La HB56 se ha convertido en la primera ley antiinmigrante estatal que es puesta en vigor, de seis que han sido promulgadas en igual número de entidades a lo largo de los últimos 18 meses, incluyendo la SB1070 de Arizona y otras en Utah, Indiana, Georgia y Carolina del Sur.

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, José Miguel Insulza, lamentó la dureza que la ley de inmigración HB 56 y afirmó que Leyes como ésta “apuntan a reprimir artificialmente procesos que son naturales y exacerbaban sentimientos de discriminación y xenofobia hacia los inmigrantes”. Además sostuvo que “lo más sorprendente es que la HB 56 le niega el acceso a la educación no solo a los niños hispanos, sino también a los niños americanos cuyos padres se encuentran en una situación migratoria irregular”. Tal y como se ha afirmado en esta investigación, el Secretario enfatizó que “la experiencia nos demuestra hasta ahora que buscar solución al problema de la inmigración irregular mediante medidas de carácter restrictivo y punitivo nunca ha sido eficaz”.⁴⁰⁰

En otra tesitura, Samuel Huntington ha establecido que la migración indocumentada que ingresa al territorio de EUA constituye un reto formidable, ya que es un preocupante recordatorio de la porosidad de las fronteras estadounidenses. Y desde una perspectiva pesimista --por no decir xenófoba-- considera que la inmigración latina, y particularmente la mexicana, representa para su país el riesgo de fracturarse en dos: un país que continuaría la traición anglo-protestante que

³⁹⁹ Como una novedad, cifras del censo del 2010 revelaron que el crecimiento de la población blanca en EU se debió a una razón inesperada: que muchos hispanos se declararon blancos en el recuento oficial. El cambio se debe a que en el último censo, “hispano” aparece como grupo étnico, y no como raza. El resultado fue un incremento del 6% en los estadounidenses blancos, según el conteo del censo. Así, ahora los blancos representan el 72% de la población estadounidense y casi la mitad del crecimiento demográfico desde el 2000. <http://www.eluniversal.com.mx/internacional/74520.html> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011).

⁴⁰⁰ Comunicado de prensa C-863/11, http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-863/11 (fecha de consulta: 3 de octubre de 2011).

constituye la cultura fundamental; y “otro” de cultura hispánica, con una fuerte connotación mexicana. Esta división, de acuerdo con Huntington, sellaría el fin de la historia y del poder de EUA.⁴⁰¹

Sin embargo, Huntington no ha considerado que la migración le sirve a EUA para un doble propósito: por un lado, la oferta de mano de obra indocumentada (que es barata y explotable por los empleadores) permite que la economía de ese país opere a un nivel de competitividad relevante en la economía mundial. Su crecimiento económico depende, en gran medida, de esta oferta de trabajo explotable, para competir con los grandes mercados emergentes del tercer milenio, particularmente con China. Y por otro lado, la migración hacia EUA sirve como liberador de las presiones inflacionarias internas que enfrenta el sistema ya que al contar con una oferta prácticamente inagotable de trabajadores dispuestos a desempeñar los trabajos menos remunerados y en las condiciones más exigentes, el sistema económico evita que haya escasez de mano de obra en los sectores no calificados.⁴⁰²

Estudios realizados por *The Board of Trustees of the Federal Old Age and Survivors Insurance and Disability Insurance Trust Funds* muestran que de no abrirse el mercado laboral estadounidense a la mano de obra extranjera, el daño a su economía sería importante, ya que el costo por el pago de pensiones de esta generación sería elevado y, para el año 2050, habría apenas 1.3 trabajadores (contribuyentes) por cada pensionado, con lo cual se violentaría el equilibrio que debe existir entre estos factores.⁴⁰³

El servicio de estudios económicos del consorcio financiero español BBVA en EUA elaboró el reporte *Inmigración: teoría y evidencia*, el cual indicó que “no se sustenta la hipótesis respecto a que los inmigrantes quitan empleos a los nacidos en EUA; (lo anterior) se confirma si se considera que al menos durante los últimos 16 años la inmigración ha aumentado de forma más intensa en los periodos en los cuales la tasa de desempleo en EUA ha disminuido”, por lo que el estudio revela que la inmigración guarda una relación positiva con el ciclo económico de EUA,

⁴⁰¹ Huntington, Samuel, “The hispanic challenge” en *Foreign Policy*, March/ April, 2004, http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=2524 (fecha de consulta: 20 de agosto de 2010). Huntington, Samuel, “The especial case of mexican immigration: Why Mexico is a problem” en *The American Enterprise Institute Online*, december 2000; citado por García Delgado, Carlos, “El acuerdo migratorio México- Estados Unidos. Postura nacional de largo plazo” en *Los retos para la política exterior de México en la actual coyuntura*, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2004, p. 137.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 138.

⁴⁰³ http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-35017339_ITM (fecha de consulta: 20 de mayo de 2010).

lo cual sugiere que el principal determinante es la demanda de mano de obra en ese país.⁴⁰⁴ La teoría económica es concluyente al señalar que la inmigración tiene un efecto neto positivo para el país receptor. BBVA refirió que el estudio más completo realizado hasta ahora sobre el impacto de la inmigración en la población, la economía y las finanzas públicas de EUA, que fue solicitado por el Congreso de ese país en 1997, concluye que hay una ganancia neta anual de entre mil y diez mil millones de dólares entre riqueza generada e impuestos pagados por los migrantes y el costo relacionado con el uso que hacen de los servicios públicos.⁴⁰⁵

La situación planteada por los trabajadores migratorios entre México y EUA es compleja y ha sido estudiada ampliamente.⁴⁰⁶ Asimismo, la naturaleza del flujo migratorio, las características de los migrantes y la situación que enfrentan ha cambiado.

Por otro lado, la insistencia en el levantamiento de un muro lleva a pensar en la verdadera intención de éste, es decir, se sabe que con los muros existentes sólo se ha conseguido crear nuevas rutas que traen consigo mayores muertes de migrantes o la mayor utilización de los “polleros” provocando el crecimiento del tráfico de personas por zonas de alto riesgo; por lo que surge la pregunta ¿para qué reiterar una medida cuyos resultados se conocen y se sabe a ciencia cierta que son ineficientes?

Además, los muros no detienen a la migración. Se ha comprobado fácticamente que un migrante puede saltar el muro primario y el secundario en la frontera con EUA en un minuto, lo que nos

⁴⁰⁴ Véase el informe completo en http://serviciodeestudios.bbva.com/TLBB/fbin/AMEE_060605_AlertasEEUU_124_tcm208-65081.pdf (fecha de consulta: 12 de julio de 2010).

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ Véase Méndez Silva, Ricardo, *The international protection of migrant workers*, Tel Aviv, Israel Yearbook on Human Rights, Faculty of Law, Tel Aviv University, 1982. Jorge Bustamante ha desarrollado un trabajo fundamental en materia migratoria. Al referirse a la contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía señala que, por un lado se encuentra la definición que el Estado hace, generalmente en su Constitución, sobre quien es un nacional y quien es extranjero. Pero cuando esta diferenciación es personificada por nacionales y extranjeros al entrar en una relación social, se convierte en criterio de desigualdad. Esta desigualdad o asimetría de poder, por lo general se ve sancionada por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad de los migrantes. 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”. Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional...*, *op. cit.*, y Bustamante, Jorge, *El marco jurídico de la migración y derechos humanos de los migrantes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003. El mismo autor nos habla también la existencia de una vulnerabilidad cultural la que define como “el conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural”. *Cfr.* Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123- 156.

conduce a pensar que, la verdadera finalidad de los muros fronterizos es la de operar como filtros, esto es, como mecanismos de selectividad: sólo los más fuertes, hábiles y sanos para trabajar pueden cruzar la frontera y llegar a EUA, los demás mueren en el intento.

En lo que concierne a México, la migración de sus nacionales también le beneficia económicamente. Según Datos del Banco Mundial, en términos de volumen absoluto, durante 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) y El Salvador (820,000).⁴⁰⁷ Sin embargo, actualmente las remesas han tenido un saldo negativo; es decir, ha disminuido frente a la recesión norteamericana y mundial.

Pero independientemente de cualquier consideración económica lo cierto es que las remesas ya no pueden seguir considerándose como una panacea; las remesas tienen consecuencias positivas para el crecimiento y la lucha contra la pobreza, pero en ningún caso pueden servir de sustituto para políticas de desarrollo sólidas.⁴⁰⁸

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”.⁴⁰⁹

2.7. MÉXICO

Los artículos 1 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determinan que los extranjeros tienen los derechos y garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la Constitución.

⁴⁰⁷ http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/FACT_SHEET_Remesas_2008_Span.pdf (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2010).

⁴⁰⁸ 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 (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2010).

⁴⁰⁹ <http://go.worldbank.org/MYT3NZ1XM0> y http://siteresources.worldbank.org/EXTLACOFFICEOFCE/Resources/870892-1139877599088/virtuous_circles_ch1-es.pdf (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2010).

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 PCTIM. A nivel interno, las normatividades que regulan estos aspectos en la actualidad son, primordialmente, la Ley General de Población (LGP) de 1974, la Ley de Nacionalidad de 1998⁴¹⁰ y la Ley de Migración de 2011.

Aunado a los ordenamientos antes mencionados, México ha celebrado una serie de Acuerdos binacionales en la materia, incluyendo acuerdos de trabajo agrícola temporal⁴¹¹ y en su momento Convenios de Braceros, ya referidos.

⁴¹⁰ 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 PCTIM. 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 (INM). De acuerdo con las estadísticas del INM, 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. Mientras que el Servicio de Inmigración y Naturalización de EUA señaló que, cada año, aproximadamente 150 mil mexicanos cruzan irregularmente la frontera. 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. 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) e Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/cap.5c.htm> (fecha de consulta: 20 de abril de 2010).

⁴¹¹ México tiene con Canadá un Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales que se rige por un memorándum de entendimiento firmado en 1974. El Programa inició con el envío de 203 trabajadores en 1974, cuya cantidad fue ascendiendo año con año hasta llegar durante la temporada 2008 a 15,743 trabajadores. Su estancia máxima en Canadá es de 8 meses. Sólo se contratan trabajadores cuando el agricultor demuestra que no ha podido conseguir trabajadores locales, además debe de pagar el mismo salario que pagaría a un trabajador canadiense que realice ese trabajo y otorgar al trabajador temporal todas las prestaciones en materia de seguridad social. En la Provincia de Manitoba el número de trabajadores fue de 315 para el 2008. Véase <http://www.consulmex.com/esp/programadetrabajadoresagricolas.asp> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2010). En lo que concierne a la relación entre México y EUA, en el marco del Tratado de Entendimiento sobre Protección de Nacionales México-EUA de 1996, se firmó el Memorando de Entendimiento sobre Protección Consular de nacionales de México y de EUA el 6 de mayo de 1996. También existe el Memorando de Entendimiento sobre Cooperación en contra de la Violencia Fronteriza suscrito por los dos gobiernos en 1999, del cual derivó un Plan avalado por los mismos en junio de 2001; éste ha sido utilizado como justificación por parte de las autoridades de los EUA para utilizar balas de goma en contra de quienes cruzan ilegalmente la frontera, situación que ha provocado un serio cuestionamiento hacia el gobierno mexicano. El 10 de agosto de 2004 el gobierno mexicano emitió un

La LGP vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (en adelante, DOF) el 7 de enero de 1974.

Respecto a la migración regular, la LGP establecía las calidades migratorias que podía tener un extranjero en México, las cuales son: No inmigrante, Inmigrante e Inmigrado. El primero sólo se interna en el país temporalmente⁴¹² (artículo 42); el segundo es el que se interna pero con el propósito de radicar en nuestro país⁴¹³ (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). Así, un extranjero puede ingresar legalmente a México únicamente a través de estas tres calidades migratorias.

La LGP ha tenido once reformas.⁴¹⁴ Por su trascendencia se hará especial referencia a la reforma a la LGP de 21 de julio de 2008 por la cual se despenaliza a la migración irregular.

comunicado en el que señala su postura al respecto, Comunicado de prensa número 170 de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

⁴¹² 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.

⁴¹³ Las características de los inmigrantes son: rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiar, artista, deportista y asimilado.

⁴¹⁴ En la reforma del 31 de diciembre de 1974, se establece que la mujer o el hombre que se casen con extranjero no perderán su nacionalidad por ese hecho (artículo 4). Con la reforma del 3 de enero de 1975 se cambia la denominación del Jefe del Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización por el de Secretario de la Reforma Agraria. El 31 de diciembre de 1979, se reforman los artículos 59 y 70 para establecer que los extranjeros pagarán los derechos que determinen las disposiciones fiscales correspondientes. La reforma de 31 de diciembre de 1981 versa sobre el cambio de calidad o característica migratoria. El 17 julio de 1990 se dan las siguientes reformas: a) agrega a la calidad de inmigrante, la característica de “artistas y deportistas”, así como la obligación de ciertos extranjeros de inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros; b) regula también la posibilidad de los extranjeros, excepto los transmigrantes, de adquirir bienes inmuebles y urbanos, salvo las restricciones del artículo 27 constitucional; c) en el artículo 7 indica la obligación de la Secretaría de Gobernación, en ejercicio de sus funciones, de velar por el respeto a los derechos humanos; d) se incorpora, a través de la fracción VI del artículo 42, la característica migratoria de Refugiado; y, e) se reforma el artículo 67 que establece la obligación que tienen las autoridades, notarios y corredores de exigir a los extranjeros que tramiten asuntos ante ellos, que comprueben su legal estancia (este artículo ha tenido una interpretación interesante por parte del Poder Judicial de la Federación, a la cual se hará referencia posteriormente). Por reforma de 26 de diciembre de 1990 se adiciona el artículo 124 que dispone que los ingresos que se obtengan de las multas por infracción a la LGP se destinarán a la formación de fondos para el otorgamiento de estímulos y recompensas por productividad y cumplimiento del personal que realice funciones de servicios migratorios. La reforma de 22 de julio de 1992 versa sobre el Registro Nacional de Población, el Registro Nacional de Ciudadanos y la Cédula de Identidad Ciudadana. Con la reforma del 8 de noviembre de 1996 se adiciona un Capítulo IX “Procedimiento Migratorio” y un Capítulo X “Del procedimiento de verificación y vigilancia”; además se establece que en caso de disolución de matrimonio o incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del cónyuge extranjero puede cancelarse su calidad migratoria, salvo que haya adquirido la calidad de inmigrado. El 4 de enero de 1999, al expedirse la Ley de la Policía Federal Preventiva, se reforma la LGP para establecer que el personal de los servicios de migración dependientes de la Secretaría de Gobernación y la Policía Federal Preventiva tiene prioridad, con excepción del servicio de sanidad, para inspeccionar la entrada o salida de personas en cualquier forma que lo hagan, ya sea en transportes nacionales o extranjeros, marítimos, aéreos

2.7.1. LA REFORMA DE 21 DE JULIO DE 2008: LA DESPENALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR EN MÉXICO

La LGP 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”.⁴¹⁵ 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”.⁴¹⁶ Ni en los debates ni dictámenes de las Cámaras de Diputados o de Senadores, se hizo referencia o crítica a este precepto.⁴¹⁷ Dicho artículo se preservó íntegramente en la LGP de 7 de enero de 1974 y en ninguna de las primeras nueve reformas se eliminó la penalización de los migrantes irregulares; solamente en el Decreto publicado en el DOF el 22 de julio de 1992, el artículo 103 que preveía la sanción penal para la migración indocumentada, se recorrió para convertirse en el artículo 123, sin que la redacción fuera modificada.

La previsión del artículo 123 que criminalizaba a migrantes irregulares era una muestra clara de la incongruencia del Estado mexicano, de la inconsistencia de su actuación nacional e internacional y de su falta de compromiso con los derechos humanos.

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.

o terrestres, en las costas, puertos, fronteras y aeropuertos de la República; y, con excepción de los servicios de sanidad, todo lo relativo a inspección dentro del territorio del país, de personas en tránsito por aire, mar y tierra, cuando tenga carácter internacional, queda a cargo de la Policía Federal Preventiva. Por reforma de 17 de abril de 2009 referente al Consejo Nacional de Población, se establece que cuando el Consejo lo considere procedente, podrá invitar a los titulares de las comisiones legislativas correspondientes del Congreso de la Unión, quienes participarán con voz pero sin voto (artículo 6). <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgp.htm> (fecha de consulta: 07 de febrero de 2010).

⁴¹⁵ Último párrafo de la exposición de motivos de la iniciativa. *Proceso Legislativo de la Ley General de Población*, México, XLIX Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1973, p. 19.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁴¹⁷ La preocupación de los legisladores de aquella época radicaba en el crecimiento demográfico. *Ibidem, passim*.

Cabe destacar que el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (en adelante, 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 reforma⁴¹⁸ 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.

2.7.2. LEY DE MIGRACIÓN DE 2011

El 24 de febrero de 2011 se aprobó en la Cámara de Senadores el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Migración y ésta derogaría diversos artículos de la LGP.⁴¹⁹ La minuta fue turnada a la Cámara de Diputados y aprobada⁴²⁰ por ésta el 29 de abril de 2011.⁴²¹ La ley⁴²² se publicó en el DOF de 25 de mayo de 2011.

⁴¹⁸ 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”, en *Criminalia*, México, Año LXXIV, núm. 2, mayo-agosto 2008, pp. 109-147.

⁴¹⁹ El artículo 2 transitorio del *Decreto por el que expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo*, determina que “las reformas a la Ley General de Población entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, excepto las derogaciones a las fracciones VII y VIII del artículo 3o. y a los artículos 7 a 75 (aquí está incluido el referido artículo 42 de la Ley General de Población), que entrarán en vigor hasta que se encuentre vigente el Reglamento de la Ley de Migración”, el cual tendrá que emitirse por el Ejecutivo federal dentro del término de ciento ochenta días contados a partir de la entrada en vigor de la ley.

⁴²⁰ Por unanimidad de 432 votos.

⁴²¹ Véase *Gaceta Parlamentaria*, No. 3251-III, 29 de abril de 2011 y *versión estenográfica* de la sesión de esta fecha en <http://cronica.diputados.gob.mx/> (fecha de consulta: 10 de junio de 2011).

⁴²² Como parte del Decreto por el que se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo.

No entraremos aquí a analizar el proyecto ni a detectar sus inconsistencias; sólo mencionaremos algunos rubros que pueden ser relevantes para la temática que nos ocupa.

Así, existen algunas cuestiones que preocupan o al menos generan dudas. Se mencionarán dos:

1) El artículo 96 de la ley indica que “las autoridades colaborarán con el Instituto para el ejercicio de sus funciones, cuando éste así lo solicite sin que ello implique que puedan realizar de forma independiente funciones de control, verificación y revisión migratoria”; este artículo plantea una interrogante ¿de qué autoridades hablamos?, ¿se refiere a todas las autoridades? A fin de dar respuesta se puede realizar una interpretación sistemática del ordenamiento y para ello se recurre a los artículos 81 y 82. El artículo 81 indica “son acciones de control migratorio, la revisión de documentación de personas que pretendan internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines. En dichas acciones, la Policía Federal actuará en auxilio y coordinación con el Instituto”; mientras que el artículo 82 dispone “el personal del Instituto tiene prioridad, con excepción del servicio de sanidad, para inspeccionar la entrada o salida de personas en cualquier forma en que lo hagan, ya sea en medios de transporte nacionales o extranjeros, marítimos, aéreos o terrestres, en los puertos, fronteras y aeropuertos”. Así, se concluye que “las autoridades” a las que se refiere el artículo 96 son las de sanidad y la Policía Federal; por tanto, quedan excluidas autoridades militares que hasta la emisión de la ley desarrollan acciones de control y verificación migratoria. La Corte Interamericana ha determinado “que los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas (...) puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”.⁴²³

2) El artículo 70 de la ley determina que “los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente”. El concepto parece por demás limitado. En el voto del Juez García Ramírez en el *Caso Tibi*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, se dijo que “el debido proceso (...) es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y

⁴²³ *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, cit., párr. 78.

se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial*. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso”.⁴²⁴

El propio Dictamen afirma: “A través de esta iniciativa, las más de treinta calidades y características migratorias que actualmente contempla la LGP, agrupadas en las calidades de no-inmigrante, inmigrante e inmigrado, son sustituidas por tres grandes grupos de condiciones de estancia: Visitante, Residente Temporal y Residente Permanente, especificando en cada caso si cuenta o no con permiso de trabajo, lo que permite distinguir claramente la temporalidad y la actividad que vienen a desempeñar los extranjeros en México”.

2.7.3. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Finalmente, el 10 de junio de 2011 se publicó en el DOF la reforma constitucional en materia de derechos humanos. El artículo 1º constitucional debe irradiar toda la actuación pública de México por ello es relevante para efectos de esta investigación.

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA	NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL
<p>Artículo 1. 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.</p>	<p>Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos <i>todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección</i>, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, <i>salvo</i> en los casos y <i>bajo</i> las condiciones que <i>esta Constitución</i> establece.</p>

⁴²⁴ García, Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Universidad de Guanajuato, Guadalajara, 2005, p. 293.

<p>Está prohibida la esclavitud...</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>	<p><i>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</i></p> <p><i>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</i></p> <p>Está prohibida la esclavitud...</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>
---	---

Ahora bien, uno de los artículos vinculados directamente a los derechos de los extranjeros en México es la previsión contenida en el artículo 33.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES

1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNO: COMPLEJIDADES DE UNA RELACIÓN EVIDENTE

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.⁴²⁵ 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 obligaciones⁴²⁶ ante la comunidad internacional. Por la infracción a estas obligaciones se les puede fincar responsabilidad.

La Corte IDH 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.⁴²⁷

⁴²⁵ Véase 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, párrs. 27-30; y, caso *Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrs. 42-45, en los cuales retoma las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Irlanda vs Reino Unido* y *Soering vs Reino Unido*.

⁴²⁶ 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. Así, los Estados contraen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de que son parte.

⁴²⁷ Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto...*, *cit.*, párr. 29.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, 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*”.⁴²⁸

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”.⁴²⁹

Tanto la Corte IDH⁴³⁰ como el TEDH⁴³¹ 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.

La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos se puede situar en cuatro diversas posiciones con respecto a la Constitución y las leyes ordinarias: a) supraconstitucional; b) constitucional; c) supralegal; y d) legal.⁴³²

a) Supraconstitucional

La supraconstitucionalidad de los tratados, implica que éstos tienen preeminencia sobre las normas de derecho interno, incluyendo a la Constitución del propio Estado. Este tipo de jerarquía permite que un tratado pueda derogar disposiciones contenidas en la Constitución, o bien que previo a la aprobación de un tratado internacional se realicen las reformas pertinentes a aquélla, asimismo, implica que las disposiciones contenidas en los tratados tengan preferencia aplicativa sobre cualquier disposición jurídica, incluyendo a las constitucionales.

⁴²⁸ Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, 1985, p. 413.

⁴²⁹ Sentencia de 26 de enero de 1989, párr. 87.

⁴³⁰ 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.

⁴³¹ Véase Casos *Tyrer vs. Reino Unido* de 1978, *Marckx vs. Bélgica* de 1979, *Loizidou vs. Turquía* de 1995, entre otros.

⁴³² Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Colección FUNDAP, Derecho, Administración y Política, México, 2003, pp. 43-66.

Es pertinente señalar que en este estudio se justifica la existencia de la jerarquía supraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, en aquellos casos en que la aplicación de las normas contenidas en los instrumentos internacionales resulte más benéfica para la persona, es decir, con base en el principio *pro persona* -- que incluso salva la discusión decimonónica sobre jerarquía normativa--.

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sirve de fundamento para sostener la primacía de los tratados internacionales, ya que dispone que “los Estados Partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y lo contrario podría originar responsabilidad internacional del Estado.

Así, cuando los tratados no se puedan aplicar en el orden interno por ser contrarios a la Constitución hay que tener en cuenta que “está situación es irrelevante para el Derecho Internacional, y el Estado es responsable por la no aplicación de esa obligación internacional”.⁴³³

Por ello cuando una disposición contenida en un tratado es contraria al derecho interno de un Estado Parte, éste debe formular las reservas correspondientes a fin de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado. Sin embargo, los tratados no admiten reservas cuando éstas son incompatibles con el objeto y fin del tratado.

Ahora bien, existe una hipótesis bajo la cual no se puede responsabilizar al Estado por no observar un tratado de derechos humanos y se da --siguiendo al principio *pro persona*, como se dijo-- en el supuesto de que los derechos contemplados en la Constitución fueran más amplios que los contenidos en el tratado internacional, en cuyo caso se deberá aplicar la normativa que beneficie más a la persona.

Un claro ejemplo de este sistema, es el de Guatemala --la jerarquía prevaleciente en los 7 países sujetos a estudio serán abordados posteriormente--.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su artículo 46 la preeminencia del Derecho Internacional: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.⁴³⁴

⁴³³ Seara, Modesto, *Derecho internacional público*, 16ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 350.

⁴³⁴ La jurisprudencia respecto a este artículo puede consultarse en Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, p. 99, sentencia: 19-10-90; Gaceta No. 43, expediente No. 131-95, p. 47, sentencia: 12-03-97; Gaceta No. 60, expediente No. 872-00, p. 362, sentencia: 28-06-01; Gaceta No. 58, expediente No. 30-00, p. 141, sentencia: 31-10-00; Gaceta

b) Constitucional

Se dice que un tratado internacional, tiene jerarquía constitucional cuando sus disposiciones se encuentran en el mismo nivel de las normas constitucionales, en consecuencia adquieren la supremacía y la rigidez propia de la Constitución.

Ante el reto de transformar la retórica de los derechos humanos en acción, la experiencia internacional ha demostrado que elevar a rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos fortalece los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales y además debería ofrecer otros beneficios como los siguientes:⁴³⁵

- i. Vinculación de todo el ordenamiento jurídico a los derechos contenidos en los tratados.
- ii. Nulidad de los actos del poder público que violen los derechos contenidos en los tratados.
- iii. Incorporación de los tratados al Bloque de Constitucionalidad.
- iv. Establecimiento de responsabilidad a las autoridades que violen los derechos contenidos en los tratados.
- v. Los jueces deben arreglarse a lo que establece la Constitución y los tratados internacionales al momento de aplicar el derecho.
- vi. Exigibilidad del principio “*pro persona*” o de la cláusula del individuo más favorecido.
- vii. Operatividad inmediata de los tratados.
- viii. Rigidez constitucional.
- ix. Aplicación de la jurisprudencia internacional.
- x. Protección de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, a través de los medios de control constitucional.
- xi. Procedencia del amparo contra violaciones a los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.
- xii. La denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos, sólo podrá hacerse por los mecanismos previstos en la propia Constitución para su reforma.

No. 37, expediente No. 199-95, p. 9, resolución: 18-05-95; y, Gaceta No. 62, expediente No. 57-01, sentencia: 19-11-01. http://www.tse.org.gt/descargas/Constitucion_Politica_de_la_Republica_de_Guatemala.pdf (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

⁴³⁵ Ayala Corao, Carlos, *La Jerarquía...*, *op. cit.*, pp. 67-139.

xiii. Reconocimiento de la Dinámica Constitucional.⁴³⁶

Los antecedentes de esta corriente se encuentran plasmados en las Constituciones de Portugal y España de 1976 y 1978 respectivamente, en las que se ingreso por primera vez, el principio de interpretar e integrar las normas constitucionales y legales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴³⁷

c) Supralegal

Se dice que un tratado es supralegal cuando éste se sitúa en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a todas las demás leyes. En este sistema, las normas de Derecho internacional tienen un valor superior a las normas de derecho interno, aunque no pueden modificar la Constitución. Es decir, los tratados prevalecen, en este caso, sobre las leyes nacionales”.⁴³⁸

Así, diversas Constituciones reconocen la supremacía del Derecho internacional convencional, respecto a los preceptos internos, pero no en relación con los constitucionales.⁴³⁹

d) Legal

Conforme a este sistema, se les otorga a los tratados internacionales el mismo nivel que a la ley interna ordinaria.

En este punto hay que hacer una precisión. A pesar de que pareciera que la relación entre derecho internacional y derecho interno está claramente definida y por tanto la interacción es fácil y con fronteras limitadas, la realidad muestra lo contrario.

El Derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo a Thomas Buergenthal, se entiende como las “normas relativas a la protección de los individuos y los grupos contra las violaciones

⁴³⁶ “El principio de derecho internacional sobre la progresividad de los derechos humanos ahora también de rango constitucional, debe tener en cuenta que los estándares que emanan de los tratados y su jurisprudencia internacional, constituyen un parámetro mínimo, es decir, un piso pero nunca un techo para la protección de la persona humana”. Ayala Corao, Carlos, *La Jerarquía...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁴³⁷ Manili, Pablo Luis. “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 372-376.

⁴³⁸ Ayala Corao, Carlos M. “La Jerarquía Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁴³⁹ Carpizo, Jorge, “Tendencias...”, *op. cit.*, p. 20.

gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente y también al fomento de estos derechos”.⁴⁴⁰

El reconocimiento de la Derecho internacional generalmente se produce en los textos constitucionales pero, en algunas ocasiones, no se hace con la claridad deseada. Ante esta situación los órganos de justicia constitucional tienen que interpretar las disposiciones de la Ley Fundamental.

El contexto para que el Derecho internacional de los derechos humanos se reconozca plenamente a nivel interno como parte integrante del orden jurídico nacional --es decir, como lo que enfrenta diversos obstáculos, sobre todo los que la realidad impone al goce y ejercicio de los derechos. Los entornos de pobreza, desigualdad y delincuencia organizada introducen variables innegables en el estudio de los derechos humanos, en general y, en particular, de los derechos humanos de migrantes irregulares. Las normas internacionales y constitucionales sobre derechos no pueden considerarse obstáculos para la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, pues por el contrario, son las mejores herramientas con las que cuenta el Estado para enfrentar con legitimidad a estos delitos. “La difusión de la *cultura del miedo* desde ámbitos estatales constituye... una desafortunada regresión para la vigencia y goce de los derechos humanos”.⁴⁴¹

En la actualidad, y aunque se aprecia una apertura hacia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁴² existen algunas “tensiones” entre el orden internacional y el nacional en América.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se han planteado casos de denuncia de la Convención Americana y, también, de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH. En materia de denuncia, el 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago comunicó al Secretario General de la Organización de Estados

⁴⁴⁰ Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, Barcelona, 1996, p. 31; Cadet, Jean, *La protección regional de los derechos humanos. Comparado*, Porrúa, México, 2006, p. 1.

⁴⁴¹ Osuna Patiño, Néstor, “La libertad en tiempos adversos. Los derechos fundamentales y los Estados de excepción. Experiencia del Constitucionalismo Colombiano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 100

Americanos (en adelante, OEA) su resolución de denuncia la Convención Americana, de conformidad con el artículo 78 de la Convención.⁴⁴³

En junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia de Perú, declaró inejecutable la sentencia de reparaciones de la CorteIDH, en el caso *Loayza Tamayo*, de noviembre de 1988. A raíz de dicho caso y del caso *Castillo Petruzzi y otros*, en julio de 1999, el Congreso Peruano aprobó por 60 votos a favor un proyecto impulsado por el ex presidente Fujimori, mediante el cual se decide el retiro con efecto inmediato del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH. En enero de 2001, el Congreso de Perú adoptó la resolución legislativa 27.401, que pide restablecer, para Perú, a plenitud la competencia contenciosa de la Corte.

Con la llegada al poder de Hugo Chávez, se sancionó la Constitución Venezolana de 1999, la cual impulsó un cambio fundamental en materia de derechos humanos a través de la consagración de diversas disposiciones tales como: la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos (artículo 23), la adopción de medidas de acción positiva (artículo 21), la existencia de derechos no enumerados (artículo 22), el amparo por el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 27), la investigación y sanción de los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades (artículo 29), la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables (artículo 30), entre otros.

Al consagrar la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos estipuló:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

⁴⁴³ [http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad y Tobago](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad%20y%20Tobago): (fecha de consulta: 02 de diciembre de 2010).

Pablo Luis Manili⁴⁴⁴ afirma que lamentablemente la recepción vanguardista del Derecho internacional hecha por la Constitución, no tuvo un fiel reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Venezuela ha amenazado con denunciar la Convención Americana, después de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró --el 18 de diciembre de 2008, Expediente No. 08-1572-- inejecutable una sentencia de la CorteIDH a favor de tres ex jueces. En efecto, el máximo Tribunal Venezolano expresó que “esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana, del 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa”.⁴⁴⁵

Además, más sorprendente aún en este caso, la Sala Constitucional venezolana solicitó al gobierno que denuncie la Convención Americana, al expresar que “con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana, con el fallo objeto de la presente decisión”.

⁴⁴⁴ “Ha habido una notoria insistencia de la Sala sobre tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual en principio está muy bien, pero pareciera que a veces en Venezuela se le quisiera dar ahora más importancia a esos tratados que a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, en Venezuela ya muchos están creyendo, incluso muy distinguidos abogados penalistas, que hay una supraconstitucionalidad de tales tratados sobre la Constitución. No hay tal: la Sala Constitucional ha decidido que esos tratados son aplicables por mandato de la Constitución. No puede ser supraconstitucional sino constitucional porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables... Pero esos tratados son aplicables en cuanto a lo que a la sustancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados... forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución, pero en caso que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución.” Manili, Pablo Luis. “La recepción del Derecho Internacional...”, *op. cit.*, p. 389.

⁴⁴⁵ <http://www.scribd.com/doc/10450842/Sala-Constitucional> (fecha de consulta: 02 de diciembre de 2010).

Resulta muy esclarecedor, el voto disidente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien muestra las contradicciones de la sentencia arriba referida, al señalar que

con especial énfasis, por último, se aparta quien disiente de la solicitud al Ejecutivo Nacional de que proceda a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos “en función de la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”. Más allá de que no se comparte la existencia de una evidente usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana, se hace un flaco servicio al Estado cuando se le coloca en incumplimiento con sus obligaciones nacionales (artículos 30 y 31 de la Constitución) e internacionales (artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en materia tan sensible como los derechos humanos que, paradójicamente, gozan de una protección ejemplar en nuestra Constitución, cuyo texto se reduce a eso, sólo un texto, cuando se le desconoce. Por otra parte, resulta cuestionable que la sentencia reconozca la vigencia de la Convención y su rango constitucional dentro del derecho interno; la diferencia entre ese tratado y los informes, opiniones y decisiones que se dicten con ocasión de su aplicación; que declare que “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en el mismo veredicto, los mismos sentenciadores estimen que debe denunciarse la Convención a causa de un supuesto exceso, no del acuerdo multilateral en sí, sino de un acto distinto.⁴⁴⁶

En la región americana son veintiún países los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. La Constitución peruana de 1993, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Hasta ahora es la única Constitución latinoamericana que contiene un precepto de tal naturaleza --aunque quizás la explicitación no es necesaria ya que el sistema opera con el solo reconocimiento de la competencia contenciosa del país en cuestión--. Como se mencionó fue este Estado el que, en 1999, desconoció unilateralmente y con efecto inmediato la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana.⁴⁴⁷

Como se ha reflejado el diálogo entre jurisdicciones, en términos generales, en América, no ha sido ni es sencillo. Sin embargo, en el capítulo quinto, se reconocerán los avances, disyuntivas e incertidumbres que se han producido en los siete países estudiados.

A continuación se establecerá el nivel jerárquico que las Constituciones de los siete países sujetos a estudio otorgan al Derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁴⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos..., *op. cit.*, pp. 101-104.

⁴⁴⁷ Carpizo, Jorge, “Tendencias..., *op. cit.*, p.21.

La Constitución Nacional de la República de Argentina (1994), en el tema que nos ocupa, determina:

Artículo 75. Corresponde al Congreso: [...]

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La Constitución Política de la República de Colombia (1991, con reformas hasta el 2005) dispone, en su artículo 93, que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Constitución de Costa Rica determina: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (artículo 7°).

La Nueva Constitución Política de la República de Ecuador (2008) indica:

Artículo 11. [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Artículo 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales

de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Artículo 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

La norma fundamental de El Salvador consagra:

Artículo 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Artículo 145.- No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.

Artículo 146.- No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero.

Lo anterior no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacional.

Artículo 147.- Para la ratificación de todo tratado o pacto por el cual se someta a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites de la República, será necesario el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos.

Cualquier tratado o convención que celebre el Órgano Ejecutivo referente al territorio nacional requerirá también el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos.

El texto supremo de los EUA sostiene “esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado” (artículo 6.2).

En México, de forma semejante a su símil americano, el artículo 133 preceptúa: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Sin embargo, como se vió, a raíz de la reforma constitucional de 2011, el artículo 1º dispone:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección**, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁴⁴⁸

En este contenido se incorpora la jerarquía constitucional de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y el principio *pro persona*.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RELATIVOS DIRECTAMENTE A MIGRANTES

2.1. SOFT LAW

En este apartado nos referiremos únicamente a los principales instrumentos internacionales “no vinculantes” o *soft law* --“derecho blando”-- vigentes en el marco americano. La expresión *soft law* ha sido criticada por su ambigüedad y redundancia, además de que puede llegar a tener un contenido difuso.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Las palabras resaltadas muestran el texto que la reforma de 2011 introduce, en comparación con el texto previamente vigente.

⁴⁴⁹ Para profundizar sobre estos aspectos, *cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-

Aquí se entenderá por *soft law* al conjunto de instrumentos internacionales --que comprenden reglas, principios, directrices, observaciones, etcétera-- que no son considerados directamente obligatorios para los países --bajo una visión jurídica estricta-- pero a los que, al menos, sí se les ha reconocido un carácter orientador. En este apartado se abordarán aquellos vinculados a derechos de migrantes.

2.1.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fue adoptada por la Resolución de la Asamblea General (AG) de la ONU el 10 de diciembre de 1948, la cual consta de 30 artículos, en su preámbulo se considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho”. Entre los derechos que reconoce están: igualdad y libertad sin distinción (artículos 1 y 2); derecho a la vida, libertad y seguridad (artículo 3); prohibición de la esclavitud, servidumbre, tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículos 4 y 5); reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona (artículo 6); igualdad ante la ley (artículo 7); derecho a un recurso efectivo ante tribunales federales, que amparen a la persona contra violaciones a sus derechos (artículo 8); derecho de audiencia, debido proceso legal y presunción de inocencia (artículos 9, 10 y 11); inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia (artículo 12); derecho de libre tránsito, residencia y derecho de asilo (artículos 13 y 14); derecho a la nacionalidad y al matrimonio (artículos 15 y 16); derecho a la propiedad (artículo 17); libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de opinión, de expresión, de reunión y de asociación pacífica (artículos 18, 19 y 20); derecho de participación gubernamental y de acceso a las funciones públicas (artículo 21); derecho a la seguridad social, al trabajo, a condiciones equitativas de empleo, al descanso, a vacaciones y a un nivel de vida adecuado que le asegure su bienestar y el de su familia (artículos 22, 23, 24 y 25); derecho a la educación gratuita y obligatoria, derecho a la cultura (artículos 26 y 27); limitaciones a los derechos humanos (artículo 29); y se prohíbe la supresión de derechos y libertades (artículo 30).

549. “Generalmente el ámbito del *soft law* se analiza en oposición al denominado *hard law*, entendiendo éste como aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en responsabilidad internacional”. *Ibidem*, p. 528.

2.1.2. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana,⁴⁵⁰ mediante resolución XXX, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948. Por lo que es anterior a la Declaración Universal, mostrando la preocupación de los Estados americanos por preservar los derechos fundamentales de todos los habitantes del continente.

La presente Declaración se constituye por XXXVIII artículos. En su Considerando se asegura: “...Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre, unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional...”

Lo trascendente de esta declaración es que consagra derechos de primera (vida, libertad, igualdad, seguridad jurídica, entre otros) y de segunda generación (educación, cultura, seguridad social, entre otros). Pero además de consignar derechos, establece deberes en sus artículos XXIX a XXXVIII, entre los que están los deberes ante la sociedad, para con los padres e hijos, de instrucción, de sufragio, de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la nación, de asistencia y seguridad social, de pagar impuestos, de trabajo y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

Algunas instancias se han pronunciado porque la Declaración es fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA⁴⁵¹ y por tanto no es una norma de *soft law*.

⁴⁵⁰ La Novena Conferencia se realizó del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. Fue la Novena Conferencia de la serie iniciada en 1889- 1890 en Washington. Debía celebrarse en 1943, 5 años después de la celebrada en Lima en 1938. Asistieron Delegaciones de los siguientes países: Colombia, Cuba, Panamá, E. U. A., Uruguay, Guatemala, Brasil, Venezuela, México (Jaime Torres Bodet, Roberto Córdova, Luis Quintanilla, Jose Ma. Ortiz Tirado, Pablo Campos Ortiz, Antonio Carrillo Flores, Eduardo Villaseñor, José Gorostiza, Gabriel Ramos Millán, José López Bermúdez, Ernesto Enríquez, Mario de la Cueva, Manuel Sánchez Cuen, Francisco A. Ursúa), Nicaragua, Chile, Ecuador, Paraguay, Honduras, Perú, Argentina, Costa Rica, Haití, República Dominicana, Bolivia y El Salvador. Así como representaciones de las Naciones Unidas y de la Unión Panamericana (Director General: Alberto Lleras Camargo). En esta conferencia se aprobaron los siguientes instrumentos: Carta de la OEA, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), Convenio Económico de Bogotá, Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer y Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer.

⁴⁵¹ Cfr. *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*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, párr. 45. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a junio de 2005), Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 7 n. 11.

2.2. TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Todos los tratados internacionales⁴⁵² que contienen normas de derechos humanos se relacionan claramente con las personas migrantes (en su calidad de seres humanos), sin embargo existen un conjunto de instrumentos que de manera más concreta pueden estar referidos a este grupo de personas y, finalmente, existen un conjunto de tratados específicos directamente dirigidos a la protección de los migrantes. Serán éstos últimos los que se abordarán en este apartado, no sin antes hacer una breve referencia a algunos instrumentos que pertenecen al segundo grupo.

Entre los instrumentos internacionales que se relacionan de forma un tanto más concreta con la protección de migrantes se encuentran: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;⁴⁵³ Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes;⁴⁵⁴ Convención sobre los Derechos del Niño;⁴⁵⁵ Convención Internacional contra Todas las formas de Discriminación contra la Mujer;⁴⁵⁶ el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil;⁴⁵⁷ Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en el empleo y ocupación⁴⁵⁸ y Convenio 29 sobre el trabajo forzoso.⁴⁵⁹

En el marco regional, el instrumento fundador y regulador del sistema interamericano de derechos humanos es la Convención Americana en la materia, por tal motivo se abordará a continuación.

⁴⁵² Es decir, acuerdos o compromisos internacionales creados por voluntad de los Estados y que se someten a la ratificación de los países y, en su caso, vinculan a los Estado parte.

⁴⁵³ Ratificado por: Argentina (2 de octubre de 1968); Colombia (2 de septiembre 1981); Costa Rica (16 de junio de 1967), Ecuador (22 de septiembre 1966); El Salvador (30 de noviembre de 1979); EUA (21 de octubre de 1994); y México (20 de febrero de 1975).

⁴⁵⁴ Ratificaciones: Argentina (24 de septiembre de 1986); Colombia (8 de diciembre de 1987); Costa Rica (11 de noviembre de 1993); Ecuador (30 de marzo de 1988); El Salvador (17 de junio de 1966); EUA (21 de octubre de 1994); y México (23 de junio de 1986).

⁴⁵⁵ Ratificaciones: Argentina (4 de diciembre de 1990); Colombia (28 de enero de 1991); Costa Rica (21 de agosto de 1990); Ecuador (23 de marzo de 1990); El Salvador (10 de julio de 1990); EUA (16 de febrero de 1995); y México (21 de septiembre de 1990).

⁴⁵⁶ Ratificaciones: Argentina (15 de julio de 1985); Colombia (19 de enero de 1982); Costa Rica (4 de abril de 1986); Ecuador (9 de noviembre de 1981); El Salvador (19 de agosto de 1981); EUA (17 de julio de 1980); y México (23 de marzo de 1981).

⁴⁵⁷ Ratificaciones: Argentina (05 de febrero de 2001); Colombia (28 de enero de 2005); Costa Rica (10 de septiembre de 2001); Ecuador (19 de septiembre de 2000); El Salvador (12 de octubre de 2000); EUA (2 de diciembre de 1999); y México (30 de junio de 2000).

⁴⁵⁸ Ratificaciones: Argentina (18 de junio de 1968); Colombia (04 de marzo de 1969); Costa Rica (01de marzo de 1962); Ecuador (10 de julio de 1962); El Salvador (15 de junio de 1995); y México (11 de septiembre de 1961).

⁴⁵⁹ Ratificaciones: Argentina (14 de marzo de 1950); Colombia (04 de marzo de 1969); Costa Rica (02 de junio de 1960); Ecuador (06 de julio de 1954); El Salvador (15 de junio de 1995); y México (12 de mayo de 1934).

2.2.1. CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES

La Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF) es un instrumento sumamente relevante en materia migratoria por lo que 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 de los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre ellos, lo relacionado con la unidad y reunificación familiar (artículo 44). En la Parte III de la CIPTMF se mencionan los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (es decir, en este apartado no hace distinción entre migrantes regulares e irregulares), entre los que se encuentran los derechos a la vida, integridad física, libertad (conciencia, pensamiento, religión).

Posteriormente, se regulan los derechos del migrante detenido y las garantías del debido proceso legal (artículos 16 al 19).

Se establece también el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares 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). Y “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), este aspecto es sumamente importante y debe de incorporarse en la legislación migratoria de los Estados.

La CIPTMF reconoce 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, entre otros, ha sido defendido pero también vulnerado por el Estado mexicano,⁴⁶⁰ tal y como se verá más adelante.

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 otras condiciones de trabajo” (artículo 25.1).

⁴⁶⁰ Véase, entre otras, las recomendaciones 24/2005 y 23/2006 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en donde el Estado mexicano no proporcionó el derecho a la información sobre la asistencia consular a migrantes indocumentados en nuestro país.

La CIPTMF consagra el derecho de sindicación de los trabajadores migratorios (artículo 26.1). Lo anterior se violentó completamente en la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman* que se mencionará *infra*.

Además, 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. Y prescribe 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 algunos Estados, cuando los hospitales y centros de salud públicos se niegan a recibir y atender a migrantes irregulares accidentados y heridos.

Los anteriores aspectos no dejan de ser controvertidos en Estados donde ni siquiera se les brinda asistencia médica de urgencia a los migrantes, mucho menos seguridad social; o en aquellos en donde un amplio sector de la población nacional no tiene acceso ni a la atención médica ni a la seguridad social.

Por lo que es claro que, en no pocas ocasiones, los derechos consagrados en este instrumento son violentados por países que han ratificado la Convención así como por muchos otros que aún no lo han hecho.

La disposición enunciada por el artículo 31.1 reviste de trascendencia cuando, en esta era de la globalidad, se habla constantemente de multiculturalismo y *ciudadanía global* o *ciudadano del mundo*.⁴⁶¹ El artículo menciona que los Estados Parte 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. En este sentido, Wayne Cornelius observa la existencia de distintos modelos de integración.⁴⁶²

⁴⁶¹ Ianni, Octavio, *La sociedad global*, 5ª ed., Siglo XXI, México, 2007, p. 31.

⁴⁶² Estos modelos son: 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 modelo; y, c) El de separación o 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. *Cfr.* Cornelius, Wayne, *et. al.* (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 20. 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

En el artículo 68.2 versa sobre la posibilidad de sancionar a empleadores de trabajadores irregulares.⁴⁶³

En su Parte IV, la CIPTMF consagra derechos adicionales para los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular (del artículo 36 al 56).

México fue un activo participante en la elaboración de la CIPTMF,⁴⁶⁴ además de ser el primer país en firmarla el 22 de mayo de 1991; sin embargo, tardó algún tiempo en ratificarla ya que fue hasta el 8 de marzo de 1999 cuando lo hizo. Aunado a esto, para entrar en vigor la Convención requería de 20 ratificaciones, este requisito se cumplió el 14 de marzo de 2003, con el depósito de los instrumentos de ratificación de Guatemala y El Salvador.

Argentina ratificó la CIPTMF el 23 de febrero de 2007; Colombia el 24 de mayo de 1995; Ecuador el 5 de febrero de 2002 y El Salvador 14 de marzo de 2003. EUA y Costa Rica aún no la han firmado ni ratificado.

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.

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 sólo haya de ser realizado por los migrantes”. 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. Todorov habla de la desculturación (degradación de la cultura de origen), aculturación (adquisición progresiva de una nueva cultura) y transculturación (adquisición de un nuevo código sin pérdida del antiguo), *cfr.* Todorov, Tzvetan, *El hombre desplazado*, trad. Juana Salabert, Taurus, México, 2008, pp. 26 y 27.

⁴⁶³ 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”.

⁴⁶⁴ Para conocer el proceso de creación de la CIPTMF y el papel que tuvo México en el mismo, véase Secretaría de Relaciones Exteriores, *México y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, http://www.sre.gob.mx/oi/zB01f_Migrat_01.htm (fecha de consulta: 20 de mayo de 2010).

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

A pesar de lo anterior, se ha dicho “que el tratamiento que otorga la Convención a los trabajadores indocumentados es profundamente ambivalente”.⁴⁶⁵ A pesar de ello, y por ser el único instrumento internacional que versa sobre derechos de migrantes --incluyendo a migrantes irregulares--, es urgente su ratificación por el conjunto de países a fin de lograr un régimen uniforme a nivel mundial en esta materia.

Se cerrará este apartado con las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon: “Insto a los numerosos Estados que aún no han ratificado la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares a que lo hagan. Exhorto también a las partes en la Convención a que redoblen sus esfuerzos por ayudar a hacer efectivos los derechos garantizados en ella. La situación irregular de muchos migrantes internacionales no debe privarlos de su humanidad ni de sus derechos. Reafirmemos juntos el principio fundamental de la Declaración Universal de Derechos Humanos: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁴⁶⁶

2.2.1.1. COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

En el artículo 72 de la CIPTMF 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.⁴⁶⁷

El Comité es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus

⁴⁶⁵ “Mientras los Estados contratantes deben asegurar un estándar mínimo de trato a los inmigrantes irregulares, los derechos otorgados a éstos no tienen necesariamente el mismo alcance que los que deben asegurarse a los inmigrantes legales admitidos. Los Estados están, por tanto, autorizados a discriminar a los inmigrantes indocumentados en muchos aspectos decisivos, desde los derechos a la unidad familiar y a la libertad de movimiento hasta los derechos a la seguridad social, al empleo y a la protección sindical”. De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica...*, *op. cit.*, p. 367.

⁴⁶⁶ http://www.un.org/es/events/migrantsday/sg_message_2010.shtml (fecha de consulta: 10 de febrero de 2011).

⁴⁶⁷ El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CIPTMF por sus Estados Parte. 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.

familiares por sus Estados Partes. Este Comité celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004. Está integrado por 44 Estados Parte.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos de referencia. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión a la Convención, y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".

El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares que afirman que sus derechos consagrados en la Convención han sido violados una vez que diez Estados Partes hayan aceptado este procedimiento de conformidad con el artículo 77 de la Convención.

El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra un período de sesiones al año.⁴⁶⁸ El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas. A continuación se abordarán las actividades del Comité en torno a los países sujetos a estudio que han presentado informes periódicos, a los que siguen informes alternativos de la sociedad civil y que concluyen con las observaciones y recomendaciones finales del Comité.

MÉXICO

México presentó su Primer Informe ante este Comité 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 México⁴⁶⁹ (de 8 de diciembre de 2006) se mencionó, entre otros aspectos, la necesidad de implementar acciones para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de trabajadores migrantes (particularmente mujeres y menores) en el territorio nacional, modificar la legislación y políticas públicas, así como capacitar en materia de derechos humanos a los servidores públicos que puedan tener contacto con migrantes.

⁴⁶⁸ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

⁴⁶⁹ Las observaciones del Comité pueden verse en http://www.inmujeres.gob.mx/dgpe/migracion/res/Anexo_36.pdf (fecha de consulta: 23 de enero de 2011).

México presentó su segundo informe periódico el 14 de enero de 2010, mismo que fue analizado en el 14º periodo de sesiones el 4 y 5 de abril de 2011.⁴⁷⁰

En él se sostuvieron aspectos interesantes. Para efectos de este estudio, se mencionarán algunos de ellos:

- a) Mientras que la tasa de crecimiento de la población migrante mexicana en los EUA se ha estabilizado e incluso disminuye desde 2006, el número total de estos alcanzó la cifra de 12.7 millones, el 55% de ellos personas migrantes indocumentadas. Las personas de nacionalidad mexicana constituyen el grupo migrante más numeroso de los EUA, con casi un tercio de todos los inmigrantes y se encuentran cada vez más integrados a ese país.
- b) Un fenómeno que acompaña la migración indocumentada es la existencia de vastas redes organizadas de tráfico de indocumentados.
- c) Entre los posibles factores en la disminución de la migración indocumentada mexicana a los EUA en los últimos años, estimada actualmente en alrededor de 315,000 personas al año, se encuentran los factores económicos, como la desaceleración de la economía estadounidense desde 2006, así como las medidas restrictivas por parte de distintas autoridades estadounidenses (legislación, construcción de muros en la frontera, redadas, criminalización y deportación de miles de mexicanos, etc.), para detener la migración indocumentada.
- d) El número de deportaciones de los EUA a México entre 2006 y 2008 rebasó las 500,000 anuales.
- e) No hay estimaciones fiables acerca del flujo de personas migrantes indocumentadas que entran a México por la frontera sur, proveniente en su mayoría de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua. Estimaciones del año 2004 indican que pueden ascender a más de 400,000 personas anualmente; sin embargo, el flujo migratorio ha descendido en los años recientes, por lo que esta proporción ha disminuido. Un indicador de referencia es el número de personas migrantes retenidas por el Instituto Nacional de Migración en los últimos tres años, que se ha reducido de 226,539 en 2005 a 88,679 en 2008. Estas corrientes incluyen un número creciente de mujeres y niños de ambos sexos y menores no acompañados.

⁴⁷⁰ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws14.htm> (fecha de consulta: 10 de julio de 2011).

- f) El contexto actual en el que se producen las migraciones, hace visible el papel protagónico que asumen las mujeres como personas migrantes. Las mujeres representan el 49% de la población migrante a nivel mundial y el 50.4% en América Latina.
- g) El Instituto Nacional de Migración señala que las mujeres migrantes detenidas en México y deportadas del país constituyen aproximadamente el 20% de las corrientes anuales. Si bien la mayoría de esas mujeres provienen de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador), alrededor del 5% proviene de otros países de América Latina y del mundo.
- h) La población nacida en México residente en EUA durante 2007 fue de 11,895,675 personas; 6,676,852 hombres y 5,227,813 mujeres.
- i) El número de niños y adolescentes migrantes extranjeros repatriados por México en 2008 ascendió a 19,644.

El informe de México también refiere que el 31 de marzo de 2008 se llevó a cabo la inauguración del Programa de Repatriación Humana (PRH) y se puso en marcha la fase piloto en Tijuana (Baja California), en donde se recibe aproximadamente el 40% del total de repatriados de los EUA. En tanto que la segunda fase inició el 23 de septiembre de 2008 en Ciudad Juárez; el 5 de marzo de 2009 se inauguró la tercera fase en Nogales (Sonora).

La instrumentación del PRH es coordinada por el Instituto Nacional de Migración y, según se dijo por el Estado mexicano, “su propósito fundamental es procurar mejores condiciones de repatriación a los connacionales devueltos por la Patrulla Fronteriza estadounidense y garantizarles al menos siete aspectos básicos: a) Alimento; b) Cobijo; c) Atención médica en casos de emergencia; d) Comunicación con sus seres queridos; e) Ofertas de trabajo temporal; f) Capacitación y certificación de competencias laborales; g) Transporte gratuito a sus estados de origen”.

La información sobre el total de personas repatriadas y la aceptación del programa fue:

Tijuana (Baja California)

Información del 31 de marzo al 31 de diciembre de 2008

Repatriados desde que se inició el programa: 151,374

Personas que han deseado acogerse al programa: 6,852

Repatriados del 1º al 31 de enero de 2009: 15,213

Personas que han deseado acogerse al programa: 3,239

Repatriados del 1º de enero al 28 de febrero de 2009: 31,586

Personas que han deseado acogerse al programa: 8,567

Repatriados del 1º de enero al 31 de marzo de 2009: 53,850

Personas que han deseado acogerse al programa: 15,587

Ciudad Juárez (Chihuahua)

Información del 23 de septiembre al 31 de diciembre de 2008

Repatriados desde que inició el programa: 13,169

Personas que han deseado acogerse al programa: 8,173

Repatriados del 1° al 31 de enero de 2009: 4,039

Personas que han deseado acogerse al programa: 3,374

Repatriados del 1° de enero al 28 de febrero de 2009: 4,218

Personas que han deseado acogerse al programa: 3,679

Repatriados del 1° de enero al 31 de marzo de 2009: 3,525

Personas que han deseado acogerse al programa: 4,150

Nogales (Sonora)

Información del 5 de marzo al 31 de marzo de 2009

Repatriados desde que inició el programa: 20,147

Personas que han deseado acogerse al programa: 6,485

Por otra parte se sostuvo, según datos oficiales, que el número de migrantes mexicanos fallecidos --y asesinados-- en la frontera con EUA en su intento de internarse sin documentos es:

AÑO	NÚMERO DE MIGRANTES FALLECIDOS
2004	369
2005	443
2006	426
2007	407
2008	344
2009	169
TOTAL	2, 149

Las cifras por demás parecen irreales --por no decir, irrisorias--, sobre todo cuando se reconoce el grave subregistro de hechos que acontecen en la frontera norte de México en torno al fenómeno migratorio.

Además, y en lo que se refiere a la frontera sur, el Informe refiere que a partir del 13 de marzo de 2008 se implementó la Forma Migratoria de Trabajador Fronterizo (FMTRF), que tiene como objetivo brindar facilidades de internación a los nacionales guatemaltecos y beliceños que pretenden desempeñarse como trabajadores fronterizos temporales en Chiapas, Quintana Roo, Tabasco y Campeche.

La FMTRF tiene vigencia de un año, permite a los titulares de la misma trabajar en todos los sectores de la economía de la región, siempre y cuando tengan una oferta de trabajo de un empleador mexicano (sector agrícola, construcción, comercio, servicio doméstico y otros);

adquirir valores de renta fija o variable, cualquier bien mueble; así como realizar depósitos bancarios e internar a su cónyuge e hijos como dependientes económicos, previo cumplimiento de las disposiciones aplicables.

La FMTF, se asegura en el Informe, garantiza la documentación de trabajadores temporales extranjeros y sus familias, fortaleciendo así sus derechos humanos y laborales, asimismo, ha promovido la internación legal de trabajadores que laboran en diferentes sectores de la producción como la industria, la construcción y los servicios; a diferencia de la FMVA que únicamente beneficiaba a trabajadores agrícolas. El número de FMTF expedidas en el período de enero a junio de 2009 fue de 13,070.

A partir de noviembre de 2008, entró en vigor el programa de regularización migratoria que estuvo vigente durante 30 meses. Dicho programa tiene como objetivo establecer los criterios conforme a los cuales los extranjeros de cualquier nacionalidad que se encuentren de manera irregular en territorio nacional y manifiesten su interés en residir en el mismo, puedan promover la obtención de su documentación migratoria en la calidad de inmigrante con las características de profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiares, artistas o deportistas o en la característica de asimilado.

Con el programa se han regularizado 1,200 extranjeros desde noviembre de 2008 hasta julio de 2009, beneficiando principalmente a ciudadanos de Guatemala, Honduras y El Salvador, que suman el 72% de quienes han legalizado su estancia en México. El programa estará vigente hasta el 12 de mayo de 2011.

Fueron sujetos beneficiarios de este programa los extranjeros que hayan ingresado a territorio nacional antes del 1° de enero de 2007 que tengan un trabajo lícito; los que sean cónyuges de persona mexicana o de persona extranjera legalmente establecida en México; y quienes tengan parentesco consanguíneo en primer grado con persona mexicana o extranjera legalmente establecida en el país.

Desde 1974 se desarrolla el Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales México-Canadá (PTAT), en el que participan actualmente nueve provincias canadienses: Alberta, Columbia Británica, Isla Príncipe Eduardo, Manitota, New Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, Québec y Saskatchewan. En el primer semestre de 2009 se ha asignado a 12,311 trabajadores agrícolas mexicanos para prestar servicios en granjas canadienses.

El 7 de octubre de 2009, se publicó en el DOF el "Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración", el cual tiene como propósito normar las actividades en las estaciones migratorias a fin de consolidarlas como instrumentos eficaces que permitan garantizar la seguridad y la convivencia armónica, así como la estancia temporal a los extranjeros en tanto se resuelve su situación migratoria o se ejecuta la misma. El acuerdo entró en vigor el 8 de octubre de 2009.

Asimismo, se informó que el Instituto Nacional de Migración implementó la circular CRM/189/2007 que tiene por objeto que toda persona, sin importar si cuenta con regular estancia, tenga acceso a la justicia. Para tal efecto, toda persona de origen extranjero que haya sido víctima de un delito o que desee iniciar una denuncia a fin de acceder a la justicia, podrá solicitar su regularización.

A pesar de lo anterior, cabe destacar que del total de quejas presentadas ante la CNDH en el período de 2006 a 2008, 22 derivaron en recomendaciones, toda vez que la CNDH acreditó la violación a los derechos humanos de las y los migrantes, al derecho a la legalidad y a la seguridad jurídica y trato cruel y/o degradante, entre otros.

A la par de este informe periódico, se presentaron informes alternativos sobre la situación de los derechos humanos de los migrantes en México.

Así, se presentó el *Informe al Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares sobre diversas cuestiones relativas a los derechos humanos de las personas migrantes en tránsito por México*, fechado el 22 de febrero de 2011.⁴⁷¹ En el se sostuvo que el "Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias" (párrafo 157 del informe presentado por el gobierno mexicano) contiene avances respecto a las condiciones de los centros de retención para migrantes, sin embargo, también contiene disposiciones que obstruyen el acceso a la información por parte de la sociedad civil respecto al funcionamiento de las Estaciones Migratorias y que limitan la defensa legal de los detenidos.

⁴⁷¹ Presentado por el Comité de Derechos Humanos de Tabasco A.C., I(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C., Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración A.C., Instituto para las Mujeres en la Migración A.C., Servicio Jesuita a Migrantes México A.C., Servicios Educativos del Bajío A.C., Sin Fronteras, I.A.P., Universidad Iberoamericana Torreón.

También recordaron que recurrir a la apariencia de las personas que se desplazan por el territorio mexicano como criterio para solicitar que éstas comprueben su legal estancia en el país no es razonable. Como lo señaló el Comité de Derechos Humanos de la ONU, “las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos (controles) no deben ser tomados en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país.”⁴⁷²

Finalmente, se sostuvo que “la situación de violencia generalizada por la que atraviesa México y la violencia que ejercen civiles y autoridades contra las personas migrantes en particular, enmarcadas por el binomio de impunidad y corrupción, exigen a México hacer una revisión de sus obligaciones internacionales, tomar acciones tendientes a cumplirlas a cabalidad y evaluarlas de manera constante para verificar su cumplimiento, de tal forma que cada vez se constituyan más elementos que permitan a las personas en territorio mexicano, independientemente de su situación migratoria, vivir en pleno goce de sus derechos humanos”.

También se presentó *Secuestros a Personas Migrantes en Tránsito por México* --documento entregado al Comité el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano--.⁴⁷³ En él se señala que, aunado a la violencia estructural que en este momento vive el país, en el flujo de las personas migrantes se han documentado numerosos actos de corrupción que facilitan la penetración del crimen organizado en las estructuras de las instituciones migratorias y policíacas, y por ende, se cometen los delitos de secuestro, tortura, abuso sexual y trata de personas en total impunidad. Las personas en situación de irregularidad no pueden acudir a las autoridades para denunciar el delito de secuestro u otros abusos graves por temor a ser deportadas, por el temor fundado de que las autoridades están coludidas con los grupos criminales, porque saben que en la gran mayoría de las ocasiones hay nula procuración de justicia y por identificar a las autoridades como agentes que vulneran sus derechos.

Los secuestros de migrantes son una problemática en aumento que está siendo documentada por varias Casas del Migrante y Albergues ubicados a lo largo de la ruta migratoria, Centros de Derechos Humanos, organizaciones de la sociedad civil y por las Comisiones estatales y Nacional de los Derechos Humanos. Este último organismo ha documentado en su primer

⁴⁷² Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009), Dictamen. CCPR/C/96/D/1493/2006.

⁴⁷³ Presentado por Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Centro de Derechos Humanos del Migrante Beato Juan Bautista Scalabrini, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh), Centro Diocesano de Derechos Humanos Fray Juan de Larios, Saltillo, Dimensión de la Pastoral de la Movilidad Humana Frontera Con Justicia, A.C., Humanidad Sin Fronteras, A.C., Servicio Jesuita a Migrantes México.

Informe Especial sobre el tema una cifra de 9,758 personas migrantes secuestradas en el periodo de septiembre de 2008 a febrero de 2009; es decir, más de 1,600 secuestrados al mes. Para el periodo entre abril y septiembre de 2010, la cifra se había incrementado a 11,333 en sólo seis meses.

Según el *modus operandi* documentado, las organizaciones delictivas y diferentes grupos criminales ligados con estructuras del narcotráfico, privan de su libertad a las personas migrantes con el propósito principal de extorsionarlas y obtener un rescate, sea éste en dinero o en especie. Actualmente, existen sobrevivientes del secuestro que han narrado haber sido privados de su libertad para realizar trabajos forzados y actividades ilegales relacionadas con el tráfico de drogas; incluso, algunos han sido secuestrados para ser entrenados como sicarios. Si la víctima o sus familiares no pueden pagar, la persona secuestrada puede sufrir tortura, mutilación y amputación de miembros o incluso la muerte.

Las mujeres migrantes sufren sistemáticamente abusos sexuales durante su secuestro. Cuando la Comisión Interamericana celebró una audiencia temática sobre el tema de secuestros a migrantes en marzo de 2010, a partir de su análisis de la información disponible y la falta de acciones eficaces por parte del Estado mexicano para prevenir y poner fin a dicha práctica, los Comisionados expresaron acertadamente que el secuestro a gran escala de migrantes en México constituye hoy en día una “verdadera tragedia humanitaria” que resulta violatoria de “todos los artículos de la Convención Americana (sobre Derechos Humanos)”.

En el período de enero a noviembre del 2010, el Instituto Nacional de Migración devolvió a su país, bajo el programa de Repatriación Humana a 49,143 personas migrantes provenientes de los países de Centroamérica Asimismo, 19,876 eran nacionales de Honduras, 8,263 de El Salvador, 20,354 de Guatemala y 646 de Nicaragua. Las víctimas reportan frecuentemente haber sido testigos de asesinatos tanto en las vías del tren como en las casas de seguridad, aumentando la cifra, aún desconocida, de personas migrantes que se encuentran como no localizadas o desaparecidas a lo largo del territorio mexicano. Los homicidios generalmente se llevan a cabo como parte de una estrategia de terror, en la que los delincuentes matan a quienes no tienen quien pueda pagar su rescate.

Por su parte, en julio de 2010, en respuesta a una solicitud de la Comisión Interamericana, el Estado publicó su “Informe del Estado Mexicano sobre Secuestro, Extorsión y otros Delitos Cometidos contra Personas Migrantes en Tránsito por Territorio Mexicano”. El Informe

alternativo consideró que en aquél documento, el Estado soslaya la grave problemática e intenta desviar la atención a otros temas, argumentando, por ejemplo, la falta de “metodologías de estadísticas adecuadas” para recabar cifras exactas sobre los migrantes secuestrados. Sin duda, el problema de fondo del secuestro de migrantes no es un asunto que deba ser argumentado y sostenido desde el punto de vista cuantitativo, sino desde el claro hecho de la evidente violación sistemática de los derechos humanos propiciada por la actual política migratoria.

Asimismo --señala el informe alternativo en cita-- preocupa que el Estado afirme en el documento que las condiciones de vulnerabilidad de las personas migrantes surgen por la falta de incentivos para denunciar los delitos y por la ausencia de registros institucionales sobre la presencia y tránsito de esta población. La vulnerabilidad sí se incrementa por el impedimento a acceder a la justicia, sustentado en el marco jurídico; sin embargo, fundamentalmente la vulnerabilidad se debe a la clandestinidad en que los trabajadores migrantes se ven obligados a transitar debido a la amenaza de ser deportados y la criminalización de *facto* de la migración en situación irregular; y la corrupción y la impunidad de las autoridades de los tres niveles de gobierno. Muestra de la negligencia del Estado es que el mencionado informe del Estado señala que de enero de 2008 a abril de 2010 tan sólo se habían abierto 44 averiguaciones previas, mismas que habían culminado con la imposición de sentencias a 2 personas. Además, el informe alternativo recuerda a su vez que el informe de la CNDH refiere 64 averiguaciones previas integradas entre junio de 2009 y junio de 2010 en todo el país.

Por su parte, Amnistía Internacional, reportó que en agosto de 2010, 72 migrantes (principalmente de origen centroamericano) murieron por disparos de bandas delictivas en el estado de Tamaulipas. Quedan por identificar al menos 16 cadáveres. Se han detenido a ocho sospechosos y las investigaciones continúan, pero persiste la preocupación ya que no se ha procesado a todos los culpables. El 16 de diciembre de 2010, poco después de una operación conjunta de la policía federal y los servicios migratorios en el estado de Oaxaca, que se saldó con la detención de 92 migrantes que viajaban en un tren de carga, una banda delictiva actuó contra los migrantes que quedaban y secuestró a más de 40 personas. No se ha esclarecido la suerte que corrieron los migrantes secuestrados ni se ha establecido su paradero.⁴⁷⁴ Todos estos aspectos explicados ante el Comité evidencian la falta de diligencia y actuación del gobierno mexicano en

⁴⁷⁴ *Víctimas invisibles: Migrantes en movimiento en México* (Índice: AMR 41/014/2010), abril de 2010.

la protección de los migrantes que se encuentran y transitan por su territorio. La riqueza de los informes alternativos claramente radica en la posibilidad de presentar ante los órganos de supervisión otra visión de la realidad que, en la mayoría de ocasiones, es ocultada o no quiere ser vista o asumida por los Estados.

En las Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para el informe periódico de México, del 3 de mayo de 2011,⁴⁷⁵ el Comité reiteró su recomendación de que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para asegurar que todos los trabajadores migratorios y sus familiares sean tratados sin discriminación y alienta a que se promuevan campañas de sensibilización a los funcionarios que trabajan en el área migratoria y al público en general contra la discriminación de los migrantes, incluyendo en estas acciones a los medios de comunicación.

El Comité recomendó que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para adoptar medidas concretas y eficaces para que toda persona cuyos derechos o libertades, reconocidos en la Convención, hayan sido violados, tengan acceso a recursos eficaces y a una reparación adecuada, incluso los que opten por una repatriación voluntaria. Particular atención debería prestarse, señaló el Comité, a facilitar el acceso a la justicia a las mujeres migrantes que hayan sido víctimas de agresión sexual.

El Comité también instó a investigar exhaustivamente los casos de corrupción en que aparezcan involucrados funcionarios y recomendó al Estado que incremente sus esfuerzos para prevenir los secuestros de trabajadores migratorios indocumentados y las otras violaciones graves de derechos humanos y abusos que enfrentan; a que se investiguen seria y diligentemente los actos y se sancione a los responsables de estos crímenes, con penas adecuadas a la gravedad del delito. El Comité también recomienda que se repare adecuadamente a las víctimas y/o sus familiares. En el caso de que aparezcan involucrados agentes del Estado en estas acciones, el Comité recomienda que, además de las sanciones penales, se les siga el procedimiento disciplinario correspondiente. El Estado parte debe tomar medidas concretas para el esclarecimiento de los casos paradigmáticos arriba mencionados, incluyendo aquellos en los que aparezcan indicios de participación de funcionarios públicos.

⁴⁷⁵ El Comité examinó el segundo informe periódico de México (CMW/C/MEX/2) en sus sesiones 157^a y 158^a (CMW/C/SR.157 y 158), celebradas los días 4 y 5 de abril de 2011, y aprobó las observaciones finales siguientes en su 163.^a sesión, celebrada el 7 de abril.

El Comité recomendó que el Estado parte, y específicamente el Instituto Nacional de Migración, asegure que:

- a) La verificación y vigilancia migratorias se lleven a efecto respetando el derecho a la integridad de las personas verificadas;
- b) El personal que las lleva a efecto esté capacitado sobre las normas que regulan el uso de la fuerza;
- c) Que sólo intervengan las autoridades expresamente facultadas para hacerlo. Se alienta al Estado parte a investigar seriamente los incidentes en los que se denuncie el uso excesivo y abusivo de la fuerza por parte de autoridades, y a sancionar a los responsables.
- d) Se continúen tomando medidas adecuadas para mejorar las condiciones de la detención en las estaciones migratorias y lugares de aseguramiento de migrantes de conformidad con los estándares internacionales;
- e) Se investiguen las denuncias de maltratos y tratos degradantes cometidos por funcionarios públicos en las estaciones migratorias y otros lugares de aseguramiento y se sancione penalmente a los responsables.

El Comité alentó al Estado parte a “redoblar esfuerzos para diseñar e implementar una política integral de regularización migratoria que sea accesible a todos los trabajadores migratorios y sus familias en situación irregular, cumpliendo con el principio de no discriminación” y para “que continúe con sus esfuerzos para prestar atención adecuada a la situación de los migrantes menores de edad no acompañados, respetando el principio del interés superior del niño”.

ECUADOR

El informe periódico de Ecuador fue presentado en el 7º periodo de sesiones del Comité, del 26 al 30 de noviembre de 2007.⁴⁷⁶ En él se precisan una serie de datos vinculados a las causas estructurales de la migración en ese país. La tasa más alta de desocupación se registra en 1999, cuando alcanza un 14.4%, el aumento de esta cifra refleja el aumento de la población desempleada. En marzo de 1998, del total de desocupados cesantes, el 36.6% había perdido su

⁴⁷⁶ Presentado el 16 de noviembre de 2006, CMW/C/ECU/1.

trabajo por liquidación de la empresa, despido intempestivo o terminación del contrato de trabajo; dicho porcentaje se incrementó al 60.1% para diciembre de 1999.

En relación con la emigración de los ecuatorianos al exterior, el informe señala que la crisis económica de 1999 alentó a las personas a buscar mejores condiciones de vida. En EUA, la hora de trabajo cuesta 5.15 dólares, en España el salario mínimo vital es de 17.1 euros al día, 513 euros al mes y 7,182 euros al año y para los empleados domésticos que trabajen por horas es de 4.01 euros. El diferencial salarial es significativo.

Igualmente sin tener cifras exactas y solamente como probabilidades, durante el período comprendido entre los años 1997 y 2002, han salido a los demás países de América 1,976,747 ecuatorianos, retornando 1,781,055, quedando un saldo de 196,692 ecuatorianos que se ha quedado a radicar en esos países.

El Instituto Nacional de Estadística en España ha informado que existen 497,799 ecuatorianos empadronados en los municipios, en los que se registran tanto a regulares como a irregulares. Asimismo 166,448 ecuatorianos no disponen de permiso de residencia y trabajo en España, de acuerdo a los datos proporcionados conjuntamente por el Ministerio de Trabajo y el Instituto Nacional de Estadística. El número de ciudadanos ecuatorianos que reside legalmente luego del último proceso de regularización en España es de 331,3517.

En el informe se recuerda que el artículo 37 de la Ley de Migración contempla que constituyen delitos reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de 400 a 4,000 dólares de los EUA:

- a) El extranjero que habiendo sido excluido o deportado del territorio ecuatoriano, ingrese o pretenda ingresar nuevamente al país sin la autorización prevista en el artículo 16 de la Ley de Migración;
- b) La persona que llene, suscriba, emita u obtenga una visa, pasaporte o cualquier documentación migratoria, en forma arbitraria; con información falsa o bajo protesta indebida de la nacionalidad ecuatoriana;
- c) La persona que por cuenta propia o ajena, aconseje, transporte o introduzca furtivamente o con fraude a extranjeros al territorio nacional o les conceda trabajo con violación de las normas legales y reglamentarias de extranjería;
- d) Quienes por sí o por interpuesta persona, proporcione documentación de viaje a favor de ecuatorianos que pretendan permanecer y trabajar en otro país, con fraude u omitiendo la

autorización específica de salida del país que con dicho objeto concede el Servicio de Migración de la Policía Nacional, serán reprimidos con reclusión menor ordinaria de tres a seis años, siempre que dicha conducta no constituya el delito de falsificación u otro mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto para el efecto en el Capítulo III del Título IV del Código Penal.

Asimismo contempla que constituirán contravenciones de policía de cuarta clase y susceptible de una multa de 200 a 2,000 dólares norteamericanos, la persona cuya acción u omisión quebrante las obligaciones, deberes o responsabilidades que le imponen las normas legales y reglamentarias de extranjería o migración, en materia que no constituya delito o que dichas leyes no sancionen con otra pena.

El Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, llevó a cabo un proceso de regularización de ciudadanos extranjeros que se encontraban laborando en forma irregular en el país, este proceso inició en abril de 2004 y concluyó el mes de febrero de 2005 y los resultados fueron la regularización de 1,000 trabajadores migratorios.

En Ecuador, recuerda el informe, residen 500,000 colombianas y 300,000 peruanas y el Estado ha promovido 3 procesos de regularización en 2004, 2005 y 2006 pero más que una visa temporal de trabajo, es necesaria una visa de residente.

En las Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al informe de Ecuador, del 5 de diciembre de 2007,⁴⁷⁷ el Comité recomendó al Estado Parte que armonice en todas sus partes su legislación con la Convención para que se apliquen sus disposiciones como es debido y a que establezca programas de sensibilización para los funcionarios judiciales acerca de la importancia de conocer y utilizar los tratados de derechos humanos.

El Comité alentó al Estado Parte a que prosiga sus esfuerzos por crear una buena base de datos que tenga en cuenta todos los aspectos de la Convención, incluso datos sistemáticos lo más desglosados que sea posible, en relación con los trabajadores migratorios en tránsito o en el Ecuador.

El Comité recomendó también:

⁴⁷⁷ CMW/C/ECU/CO/1. El Comité examinó el informe inicial del Ecuador (CMW/C/ECU/1) en sus sesiones 60ª y 61ª (véanse CMW/C/SR.60 y 61), celebradas los días 26 y 27 de noviembre de 2007, y aprobó las observaciones finales siguientes en su 67ª sesión, celebrada el 27 de noviembre de 2007.

- a) Que el Estado Parte considere la posibilidad de abolir o enmendar el artículo 131 de la Ley de Migración con miras a evitar que las violaciones de las disposiciones relativas a la migración se traten en el sistema de justicia penal;
- b) Que adopte las medidas apropiadas para asegurar que se garantice el acceso a la educación a todos los niños migrantes de conformidad con el artículo 30 de la Convención. Además, el Estado Parte debería intensificar sus esfuerzos para garantizar el derecho de los hijos trabajadores migratorios a tener un nombre y a la inscripción de su nacimiento en todo el país, de conformidad con el artículo 29 de la Convención;
- c) Que prosiga sus esfuerzos para proteger a las trabajadoras migratorias domésticas, lo que incluye el acceso a una situación migratoria regular y a una participación mayor y más sistemática de las autoridades laborales en la supervisión de sus condiciones de trabajo. También recomienda que las trabajadoras migratorias del servicio doméstico tengan acceso a mecanismos de denuncia contra los empleadores;
- d) Que intensifique sus esfuerzos para asegurar, de conformidad con el artículo 28 de la Convención, que todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de su situación migratoria, gocen en la práctica del derecho a recibir todo tipo de atención médica que requiera con urgencia para la preservación de su vida o para evitar daños irreparables a su salud sobre la base de la igualdad de trato con ciudadanos del Estado Parte; y
- e) Que adopte las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores migratorios y a sus familiares el derecho a formar asociaciones y sindicatos y a formar parte de sus órganos ejecutivos, de conformidad con el artículo 40 de la Convención y con el Convenio N° 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

EL SALVADOR

En su 9º periodo de sesiones, celebrado del 24 al 28 de noviembre de 2008, el Comité analizó el informe periódico de El Salvador; en él se sostuvieron datos interesantes como los que a continuación se mencionan.

El Salvador tiene una tasa de desempleo en el área urbana de 6.5% y en el área rural de 7.2%. En base a las fuentes proporcionadas por los registros consulares, 2.9 millones de salvadoreños se encuentran en el exterior.

La migración salvadoreña se podría haber incrementado en un 70%. Y los destinos han cambiado, ya que ahora el 93% de quienes viajan, lo hacen fuera de Centroamérica, esto frente al dato de un 24% que arrojaba la década de 1960.

Cerca de 1,070 salvadoreños por día salen del territorio con rumbo a EUA; no todos llegan, pero muchos de los que regresan lo vuelven a intentar, hasta llegar.

En 2002, el Servicio de Inmigración de EUA, determinó que radican en ese país 1,272,000 salvadoreños contabilizados e indocumentados.

En 2004, fueron localizadas 2,332 personas indocumentadas en territorio salvadoreño. En 2005, 2,255 y en 2006, hasta junio, 739, lo que da un total de 5,326 personas.

Además, el ingreso al país es por medio de documentación falsa; por ello --se admite en el informe-- se ha tipificado como delito la falsedad ideológica y falsedad material, que consiste en la elaboración de documentos públicos o auténticos, total o parcialmente falsos o alteración de uno verdadero; a partir de la tipificación de esta conducta delictiva se sanciona a quien elabora documentos falsos. Así, se han procesado por el delito de falsedad material a personas nacionales como extranjeras vinculadas a este delito, de 2000 a junio de 2006, un total de 486 personas (15 extranjeras y 471 nacionales); por el delito de falsedad ideológica de 2000 a junio de 2006 se han procesado un total de 513 personas (11 extranjeras y 502 nacionales). Asimismo, existe el delito de uso y tenencia de documentos falsos, que sanciona al que porta o usa un documento.

Como caso específico de aplicación de este proceso, El Salvador menciona la resolución 10-J-9647 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien admitió la denuncia y resolvió a favor de cinco personas de nacionalidad china (República Popular de China) que se encontraban detenidas en la División de fronteras de la policía nacional civil, por ingreso ilícito al país, el 9 de enero de 1996. Estas personas fueron procesadas por el juzgado de paz de San Luis Talpa, por la comisión del delito de uso falso de documento de identidad, uno de ellos por el delito de uso y tenencia de documentos falsos; el juzgado resolvió aplicarles un proceso abreviado, condenándolos a una pena de prisión de un año, y a la vez se les otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la pena, imponiéndoles la prohibición de ingresar al país por el período de dos años y la de regresar a su país de origen. Una vez obtenidos los fondos para la compra de sus boletos aéreos, fueron enviados a su país de origen. Sobre este caso en particular la sala de lo constitucional declaró como inconstitucionales disposiciones de carácter migratorio.

El Salvador ha realizado gestiones para la prórroga del TPS *Temporal Protection Status* (estatus de protección temporal); este es un procedimiento establecido en 1990 por el Congreso de los EUA, bajo el cual el Fiscal General (actualmente es competencia del Departamento de seguridad interna) puede otorgar TPS a los nacionales de otros países que se encuentran de manera irregular en los EUA, quienes temporalmente no pueden regresar a sus países de origen a consecuencia de conflictos armados, desastres naturales u otras condiciones temporales extraordinarias. Durante el período en el que se designa a un país bajo un programa de TPS, a los beneficiarios no se les pide que dejen los EUA y pueden obtener el EAD, que constituye un permiso de trabajo. Sin embargo, el TPS no conduce al estatus de residencia permanente. Cuando termina el período de designación de TPS para un país, los beneficiarios vuelven al estatus migratorio que mantenían antes del TPS. En 1991, el Gobierno de los EUA concedió el primer TPS a El Salvador con una vigencia del 1º enero de 1991 al 30 de junio de 1992, para amparar a los salvadoreños viviendo en los EUA en situación migratoria irregular que se fueron a ese país por causa de la guerra.

El TPS actual fue concedido a los salvadoreños luego de los terremotos que afectaran a El Salvador en 2001, beneficiando a quienes hubiesen ingresado a los EUA antes del 13 de febrero del mismo año; la vigencia de éste comprendía del 9 de marzo de 2001 al 9 de septiembre de 2002. El Salvador ha solicitado cuatro prórrogas para el TPS, la primera fue concedida del 9 de septiembre de 2002 al 9 de septiembre de 2003, la segunda del 9 de septiembre de 2003 al 9 de marzo de 2005, la tercera del 9 de marzo de 2005 al 9 de septiembre de 2006, y la cuarta se ha concedido del 9 de septiembre de 2006 al 9 de septiembre de 2007.

También se establece en el informe que el Gobierno de México desde 2001, ha permitido por medio del Programa de regularización migratoria, que migrantes salvadoreños puedan regularizarse. Este programa se ha ampliado hasta el 31 de octubre de 2006, y la cobertura se ha modificado para permitir la regularización de extranjeros que entraron a México antes del 1º de enero de 2005, con un total de 3,326 beneficiados.

En las Observaciones finales del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares al Informe de El Salvador⁴⁷⁸ se toma nota de la inauguración --el

⁴⁷⁸ CMW/C/SLV/CO/1, 4 de febrero de 2009. El Comité examinó el informe inicial de El Salvador (CMW/C/SLV/1) en sus sesiones 89ª y 90ª (véase CMW/C/SR.89 y SR.90), celebradas los días 24 y 25 de noviembre de 2008, y aprobó las siguientes observaciones finales en su sesión 95ª, celebrada el 27 de noviembre de 2008.

7 de julio de 2008-- del "Centro de Atención Integral para Migrantes" en San Salvador, con lo que han mejorado las condiciones de detención de los migrantes en espera de ser deportados.

Sin embargo, al Comité le preocupa que los trabajadores fronterizos corran un alto riesgo de estar sujetos a condiciones de trabajo injustas y otros abusos.

El Comité alentó al Estado Parte a que:

- a) Tome todas las medidas necesarias para una pronta armonización de su legislación, comprendidas en particular las actuales leyes en materia de migración y extranjería;
- b) Cree una base de datos sólida y coordinada que cubra todos los aspectos de la Convención y que incluya datos sistemáticos, tan desglosados como sea posible, como herramienta para una política efectiva sobre la migración y la aplicación de las disposiciones de la Convención;
- c) Intensifique sus esfuerzos para que todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción gocen de los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación alguna, de conformidad con el artículo 7;
- d) Intensifique sus esfuerzos promoviendo campañas de información destinadas a los funcionarios que trabajan en el ámbito de la migración, especialmente a nivel local, y al público en general acerca de la eliminación de la discriminación contra los migrantes;
- e) Revise el marco jurídico y tome otras medidas que faciliten el ejercicio del derecho de voto a los trabajadores migratorios salvadoreños que residan en el extranjero; y
- f) Tome todas las medidas necesarias para que los trabajadores estacionales disfruten del derecho a ser tratados igual que los trabajadores nacionales, en particular en lo que respecta a la remuneración y a las condiciones de trabajo, y que vele por que las autoridades competentes supervisen sistemáticamente el cumplimiento de las normas internacionales en esta esfera.

COLOMBIA

En su 10ª sesión, realizada del 20 de abril al 1 de mayo de 2009, el Comité examinó el informe periódico de Colombia.⁴⁷⁹ En él se recuerda que mediante la Ley N° 146 de 13 de julio de 1994, el Congreso de la República de Colombia aprobó la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La Convención fue

⁴⁷⁹ CMW/C/COL/1, 25 de enero de 2008.

promulgada por el Decreto N° 2084 de 1995, publicado en el *Diario Oficial* N° 42.129 de 29 de noviembre de 1995. La Ley N° 146 de 13 de julio de 1994 fue declarada exequible⁴⁸⁰ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-106-95.

El artículo 171 de la Constitución política establece la posibilidad de que los ciudadanos residentes o que se encuentren en el exterior puedan sufragar en las elecciones para Senado.⁴⁸¹

El informe señala que el número de personas que habitualmente residen en el territorio nacional es de 41,242,948. Además se estimó que el número de colombianos y colombianas que viven en el exterior asciende a 3,337,107.⁴⁸²

⁴⁸⁰ La Corte Constitucional declara exequible una norma cuando encuentra que ésta se ajusta, tanto en su aspecto formal como material, a los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución política. De conformidad con lo establecido en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución política, corresponde a la Corte el examen de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos. Según la sentencia C-468 de 1997, las características de dicho control son las siguientes: "Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban" (artículo 241-10 de la Constitución), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional". En cuanto al control por vicios de procedimiento que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, según lo prescrito en el párrafo 10 del artículo 241 de la Constitución política éste se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado --esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes-- así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente. En cuanto al examen de fondo, éste consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del ordenamiento superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución política, independiente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional. De acuerdo con la sentencia C-120 de 2004, "Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de estos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado".

⁴⁸¹ De otra parte, mediante Decreto N° 4766 de 2005, se reglamentó la circunscripción internacional para la Cámara de Representantes que establece, entre otras, que la circunscripción internacional estará conformada por los colombianos residentes en el exterior, quienes podrán elegir una curul para la Cámara de Representantes. En tal circunscripción, sólo se escrutarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior, previamente inscritos en el censo electoral correspondiente.

⁴⁸² Fuente DANE al 22 de mayo de 2006.

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-106/95 expresó que:

La aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos. Sin que ello sea en manera alguna óbice para hacerlo objeto de tratamiento igualitario. La vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente el dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en las mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique. Los Estados Partes adquieren el compromiso de aplicar a todo trabajador migratorio los derechos humanos previstos en la Convención, sin ningún tipo de discriminación que afecte el derecho de igualdad de los trabajadores migrantes.⁴⁸³

El censo realizado en Colombia en 2005-2006 estimó que el número de colombianos y colombianas que viven en el exterior asciende a 3,337,107.⁴⁸⁴ Asimismo, el censo encontró que el 69% de los hogares en Colombia poseen experiencia migratoria internacional. Del total de colombianos que han decidido emigrar 48% lo han hecho hacia los EUA y el Canadá, un 40% hacia América Latina y el Caribe y cerca del 11% hacia Europa.

En Sudamérica, cerca del 84% están en Venezuela, 12% en Ecuador, 1% en Brasil y cerca del 0.7% en países como el Perú, Bolivia y la Argentina. De otro lado, en Europa se estima que residen cerca de 475,253 colombianos, 51% de los cuales reside en España, 19% en el Reino Unido, 13% en Italia y casi el 6% en Holanda.

En Centroamérica y el Caribe en donde residen cerca de 110,000 colombianos, los principales países de destino son Panamá, México, la República Dominicana, Costa Rica, Honduras, Aruba y Curazao, allí se concentra el 92% de colombianos en esa región. Finalmente, en Asia, África y Oceanía los principales países de destino son Australia con el 38.9%, el Japón el 31.1% e Israel con el 24.4%. En la siguiente tabla se presenta el flujo migratorio de colombianos desde 1998 a 2005.

Flujo migratorio de colombianos 1998-2005

Año	Salidas	Entradas	Saldos
1998	1,093,147	933,564	159,583
1999	1,098,345	873,506	224,848

⁴⁸³ Sentencia C- 106/95 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸⁴ Fuente DANE al 22 de mayo de 2006.

2000	1,234,775	952,459	282,316
2001	1,381,032	1,098,553	252,479
2002	1,277,210	1,141,656	135,554
2003	1,177,220	1,060,947	116,273
2004	1,405,174	1,246,621	158,553
2005	1,553,113	1,412,229	140,884
Total general	10,220,025	8,719,535	1,500,490

Fuente: DANE, 2006.

En las Observaciones finales del Comité al informe periódico de Colombia,⁴⁸⁵ se celebró:

- a) La creación mediante Decreto 1239 de 2003 de la Comisión Intersectorial de Migración, como órgano para la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración de los trabajadores y sus familiares;
- b) La creación del Centro de Información y Atención al Migrante (CIAMI) con el fin de proveer información acerca de trabajo y/o servicios fuera de Colombia;
- c) La entrada en vigor de la Ley 1070 de 2006 que reglamenta el voto de extranjeros residentes en Colombia y la Resolución 0373 de 31 de enero de 2007, por la cual se permitió la inscripción de los extranjeros residentes en Colombia para ejercer el derecho al voto en las elecciones de Alcaldes, Concejos Municipales y miembros de Juntas Administradoras Locales del 28 de octubre de 2007;
- d) La creación del programa “Colombia Nos Une” en el año 2003 dentro del marco del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, con el objetivo de promover los vínculos entre los colombianos residentes fuera del país con sus familias, sus regiones de origen y, de manera extensa, con Colombia;
- e) La implementación de dos procesos de regularización de migrantes en el Estado parte, el primero en 2001 y el segundo que actualmente se está llevando a cabo;

⁴⁸⁵ CMW/C/COL/CO/1, 22 de mayo de 2009. El Comité examinó el informe inicial de Colombia (CMW/C/COL/1) en sus sesiones 101.^a y 103.^a (véanse CMW/C/SR.101 y 103), celebradas los días 21 y 22 de abril de 2009, y aprobó las observaciones finales siguientes en sus sesiones 112.^a y 114.^a, celebradas los días 29 y 30 de abril de 2009. El Comité lamentó el retraso en su entrega.

f) La instalación del Comité Interinstitucional para la Lucha contra la trata de personas en noviembre de 2008 y la respectiva Estrategia Nacional Integral 2007-2012 y el Centro Operativo Anti-Trata; y

g) El actual proceso de elaboración de la Política Integral Migratoria (PIM) que involucra a todos los actores gubernamentales que inciden en el proceso migratorio y cuyo objetivo es el tratamiento integral de los fenómenos sociales, políticos, económicos, culturales, jurídicos e institucionales asociados a las migraciones internacionales.

Pero el Comité también observó con preocupación que Colombia todavía no ha ratificado el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El Comité recomendó al Estado parte que:

a) Prosiga sus esfuerzos para crear una base de datos que tenga en cuenta todos los aspectos de la Convención, donde se incluyan datos detallados sobre la situación de los trabajadores migratorios en Colombia, los que estén en tránsito y los emigrantes;

b) Recopile en esta base de datos información y estadísticas sobre las mujeres migrantes, los niños migrantes no acompañados y de los niños de trabajadores migratorios que se quedan en el país, así como de los trabajadores fronterizos y de temporada. Cuando no sea posible obtener información precisa, por ejemplo con relación a los trabajadores migratorios en situación irregular, el Comité agradecería recibir datos basados en estudios o en cálculos aproximados;

c) Lleve a cabo estudios sobre el impacto que tiene el fenómeno de la migración en los niños, incluidos aquellos hijos de migrantes colombianos que permanecen en el país;

d) Proporcione información detallada al Comité sobre la situación de las mujeres trabajadoras migrantes colombianas en el exterior;

e) Promueva los programas de carácter permanente de capacitación sobre el contenido de la Convención a todos los oficiales que trabajen en el ámbito de las migraciones o que estén en contacto con los trabajadores migratorios y miembros de sus familias, incluso a nivel local; y

f) Divulgue ampliamente las disposiciones de la Convención tanto a los trabajadores migratorios colombianos en el extranjero como a los trabajadores migratorios extranjeros que residan o estén en tránsito en Colombia, así como a las comunidades en su conjunto mediante, entre otras cosas, la organización de campañas de sensibilización de larga duración.

El Comité toma nota con preocupación de que, si bien los niños de todos los trabajadores migratorios, incluyendo aquellos que se encuentran indocumentados, pueden inscribirse en el registro civil, sólo los niños que tienen por lo menos uno de los padres domiciliado en Colombia, tienen derecho a la nacionalidad. Por lo que el Comité recomendó que el Estado parte garantice, tanto en la legislación como en la práctica, el derecho de todos los niños a tener un nombre, a ser registrados y a poseer una nacionalidad, de conformidad con el artículo 29 de la Convención.

2.2.2. 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* (PCTIM). 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.

El PCTIM, a diferencia de la CIPTMF, ha sido ratificado⁴⁸⁶ por algunos países receptores de migrantes, entre ellos España.⁴⁸⁷ El estatus de ratificaciones es: Argentina (19 de noviembre de 2002); Costa Rica (7 de agosto de 2003); Ecuador (17 de septiembre de 2002); El Salvador (18 de marzo de 2004); y México (4 de marzo de 2003). Colombia y EUA no han firmado ni ratificado el PCTIM.

A continuación se establecerán los conceptos de tráfico y trata de personas, señalando los elementos constitutivos de cada uno de ellos y acortando la distinción entre ambos.

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).

Por su parte, *el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas*,⁴⁸⁸ 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).

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

⁴⁸⁶ Ratificaciones: Argentina (23 de febrero de 2007); Colombia (24 de mayo de 1995); Ecuador (5 de febrero de 2002); El Salvador (14 de marzo de 2003); México (8 de marzo de 1999). Ni Costa Rica ni Estados Unidos de América han firmado ni ratificado el PCTIM.

⁴⁸⁷ Esto reviste de importancia ante 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. <http://migracion.jornada.com.mx/migracion/noticias> (fecha de consulta: 23 de enero de 2010). Pero es claro que estas cifras no disminuirán hasta que se combatan decididamente las causas que originan la migración irregular. Véase noticias sobre migración y su contexto en <http://www.elpais.com/todo-sobre/tema/inmigracion/Espana/27/> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2010).

⁴⁸⁸ Ratificaciones: Argentina (19 de noviembre de 2002); Colombia (4 de agosto de 2004); Costa Rica (9 de septiembre de 2003); Ecuador (17 de septiembre de 2002); El Salvador (18 de marzo de 2004); EUA (3 de noviembre de 2005); y México (4 de marzo de 2003).

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 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. En este caso existió la anuencia de servidores públicos⁴⁸⁹ para que estas 65 personas fueran víctimas de trata durante su estancia en Bahamas. Esto constituye un reto más que tiene el Estado mexicano en la protección de los derechos de migrantes.

Es aquí donde se evidencia que los límites entre el tráfico y la trata de personas no son tan claros, más bien es una línea muy delgada la que los separa (al igual que los límites entre los migrantes irregulares y los refugiados). Por lo tanto, es necesario relativizar los conceptos entendiendo que en la realidad, en algunas ocasiones, no existen separaciones ni clasificaciones tajantes.

3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El análisis contenido en este apartado se divide en tres partes. La primera de ella se centrará en la actividad de la CIJ vinculada a derechos humanos de migrantes, particularmente en lo que

⁴⁸⁹ 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.

respecta al derecho a la información sobre la asistencia consular. El segundo apartado versa sobre la jurisprudencia del TEDH y las directivas de la Unión Europea en la materia que ocupa esta investigación. La tercera parte se centrará en el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente en la actividad de la ComisiónIDH y de la CorteIDH.

3.1. 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.⁴⁹⁰ La CIJ es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Está encargada de decidir conforme al Derecho internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que pueden serle sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU.

La CIJ se integra de 15 miembros elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad por un período de nueve años. Cada tres años se renueva una tercera parte de la Corte (artículo 3 del Estatuto) y sólo los Estados pueden ser parte ante ella (artículo 34.1 del Estatuto). Las próximas elecciones para cubrir las vacantes se celebrarán en el último trimestre de 2011.

La CIJ ha dictado sentencias relativas a cuestiones como las fronteras terrestres, delimitaciones marítimas, soberanía territorial, el no recurso a la fuerza, las violaciones del Derecho humanitario internacional, la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, las relaciones diplomáticas, la toma de rehenes, el derecho de asilo, la nacionalidad, la tutela, el derecho de paso y el derecho económico.⁴⁹¹

En el tema que ocupa esta investigación, múltiples nacionales mexicanos se encontraban condenados a pena de muerte en EUA y las autoridades mexicanas detectaron irregulares procesales; ante el fracaso de las gestiones diplomáticas entre ambos países, México tuvo que recurrir ante la CIJ.

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”.⁴⁹²

⁴⁹⁰ La Carta entró en vigor el 24 de octubre de 1945. El Estatuto de la CIJ se aprueba el mismo día que la Carta.

⁴⁹¹ <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>.

⁴⁹² 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

A continuación se referirán los precedentes del caso mexicano --en los tres casos que a continuación se abordarán el país demandado ante la CIJ es EUA, uno de los países en los que se centra esta investigación-- posteriormente el estudio se centrará en el caso de México vs. EUA, dos de los países sujetos a examen (Caso Avena y otros nacionales mexicanos).

3.1.1. 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 en 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 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ante el Tribunal Federal de Primera Instancia, solicitando un procedimiento de *habeas corpus*, el cual resolvió negando el recurso.⁴⁹³

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 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 cautelares⁴⁹⁴ 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

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...*, *op. cit.*, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, p. 976.

⁴⁹³ 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*, núm. 41, enero-abril 1999, p. 12.

⁴⁹⁴ 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.

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.⁴⁹⁵

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.⁴⁹⁶ 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.⁴⁹⁷ Walter LaGrand fue ejecutado ese mismo día.

⁴⁹⁵ Pozo Serrano, Pilar, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand”, en *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*, Universidad de Navarra, XIX, Pamplona, 2003, p. 425.

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 447.

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

3.1.2. 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).

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.⁴⁹⁸ 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.⁴⁹⁹

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*”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ México solicitó: 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 solicitó a la CIJ que no dejara duda acerca del resultado requerido. Cfr. López-Almansa Beaus, Elena, “Las medidas...”, *op. cit.*, p. 425.

⁴⁹⁹ 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.

⁵⁰⁰ En la traducción al castellano, la CIJ en el caso Avena indicó 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*, UNAM, V- 2005, pp. 191 y 192.

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 51⁵⁰¹ nacionales mexicanos, en virtud de que había violado el derecho a la información sobre la asistencia consular y el derecho a la asistencia consular.⁵⁰²

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”.⁵⁰³ 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.⁵⁰⁴

3.1.3. LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA SENTENCIA DE LA CIJ EN EL CASO AVENA (CASO MEDELLÍN VS TEXAS)

En un principio, los resultados de la sentencia del caso Avena fueron positivos. El Presidente Bush, el 28 de febrero de 2005, tomó la medida de ordenar, a través de un Memorándum dirigido

⁵⁰¹ 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.

⁵⁰² La CIJ estableció que el procedimiento de revisión debería de ser judicial, por lo que la clemencia ejecutiva no constituía un recurso que satisficiera 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 2010).

⁵⁰³ 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.

⁵⁰⁴ Debido a que en el caso Avena solamente estableció que “Estados Unidos de América tiene la obligación de permitir la revisión y reconsideración de los casos de estos nacionales por los tribunales internos de Estados Unidos de América, con vistas a determinar si en cada caso, la violación al artículo 36 cometida por las autoridades competentes causó en efecto perjuicio al interesado en el transcurso de la administración de justicia penal; además de indicar que los veredictos de culpabilidad y las penas no pueden ser considerados contrarios al derecho internacional, sino sólo ciertos incumplimientos de obligaciones convencionales que precedieron tales veredictos y penas”. Mientras que en el fallo LaGrand la CIJ observó que “la cuestión de cuán útil o eficaz habría resultado la intervención del cónsul o si este último habría proporcionado su asistencia, es a todas luces irrelevante para los efectos del caso. Basta que la Convención de Viena otorgara estos derechos y que los interesados y el Estado de su nacionalidad se hallasen visto impedidos de recibir y de proporcionar la asistencia consular, según el caso, para que se configure la violación del artículo 36 y se pueda invocar la responsabilidad internacional”. *Ibidem*, pp. 211 y 212.

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.⁵⁰⁵

Esta situación de relativo “respeto” al fallo de la CIJ se modificó en el caso *Medellín vs Texas*.⁵⁰⁶

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 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,⁵⁰⁷ pero no sorprende esta situación ya que, como se refirió, en

⁵⁰⁵ 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.

⁵⁰⁶ *Cfr.* Morales Sánchez, Julieta, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pena de muerte: el caso Medellín vs Texas”, en *Serie de Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, t. I., Instituto Estatal de Ciencias Penales, Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Congreso del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2010, pp. 329-356. También publicado en Patiño Manffer, Ruperto y Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles (coords.), *Derecho penal. Temas de actualidad*, Tópicos relevantes de la ciencia jurídica, Porrúa, UNAM, México, 2010, pp. 41-58.

⁵⁰⁷ 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

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.⁵⁰⁸

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.⁵⁰⁹

Medellín fue ejecutado el 5 de agosto de 2008.⁵¹⁰ 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

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 empieza 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, se contraargumenta 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*, UNAM, núm. Conmemorativo del sexagésimo aniversario, 2008, pp. 439-467.

⁵⁰⁸ 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 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".

⁵⁰⁹ http://www.sre.gob.mx/ksocial/contenido/comunicados/2008/mar/cp_082.html (fecha de consulta: 28 de abril de 2010).

⁵¹⁰ Una cronología detallada de todo este proceso puede encontrarse en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/777211.html> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

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”;⁵¹¹ el caso Medellín es un claro ejemplo.⁵¹²

El 7 de julio de 2011, la grave situación descrita volvió a repetirse, fue ejecutado Humberto Leal García, otro mexicano a quien no se le respetó, durante el proceso, el derecho a la asistencia consular y que era parte de los mexicanos vinculados a la sentencia del Caso Avena de la CIJ.

Independientemente de la cuestionable resolución de la Corte Suprema de EUA, no se puede omitir que resulta incongruente que en México, por ejemplo, según recomendaciones de la CNDH,⁵¹³ 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.⁵¹⁴

3.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En Europa se vive la migración indocumentada de forma intensa y particular. Las guerras mundiales, la necesidad de mano de obra, la sobrepoblación, la baja tasa de natalidad, el crecimiento de la economía y la pobreza de algunos países produjeron cambios migratorios.

Entre los países con mayor tasa de inmigración, se encuentran España, Italia, Francia, Alemania y Reino Unido.⁵¹⁵ Muestra de la grave situación que impera, son las embarcaciones o cayucos con migrantes irregulares que arriban a las Islas Canarias o Almería o los sucesos en Melilla, las embarcaciones desde Libia y Túnez hacia Italia y Francia, por ejemplo.

⁵¹¹ Alexy, Robert, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, p. 269.

⁵¹² 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 v. 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 2010).

⁵¹³ Véase, a manera de ejemplo, las recomendaciones 24/2005 y 23/2006.

⁵¹⁴ Morales Sánchez, Julieta, “México frente a la migración: evolución legislativa y Derecho Internacional”, en García Ramírez, Sergio (coordinador de la obra), *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, Méndez Silva, Ricardo (coord. t. II.) *Derecho Internacional*, UNAM, Porrúa, México, 2010, pp. 617-682.

⁵¹⁵ http://www.elpais.com/articulo/espana/inmigracion/cifras/elpporesp/20021101elpepunac_3/Tes y <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4155755,00.html> (fecha de consulta: 27 de octubre de 2010).

La Comisión Europea estima que en la Unión residen hasta unos ocho millones de inmigrantes indocumentados. Más de 200,000 fueron arrestados en la primera mitad del 2007.⁵¹⁶

La existencia de agencias como FRONTEX,⁵¹⁷ muestran la gran preocupación que prevalece en Europa --que se ha llegado a llamar la “Europa fortaleza”-- debido a su posición frente a la migración irregular. Sin embargo, esta preocupación por la migración irregular también se observa en la búsqueda de la garantía jurídica de los derechos de migrantes. Por Resolución de 14 de enero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (2007/2145(INI)),⁵¹⁸ el Parlamento Europeo realiza una serie de peticiones que tratan de mejorar la realidad que viven los migrantes en Europa; sin embargo, aún no es clara la línea que divide el discurso⁵¹⁹ y los resultados tangibles. Las peticiones están relacionadas con FRONTEX y el asilo,⁵²⁰ hijos de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados,⁵²¹ retorno,⁵²² entre otros. Dichos aspectos revisten de importancia frente a la “Directiva retorno” que se analizará *supra*.

⁵¹⁶ <http://migracion.jornada.com.mx/migracion/noticias> (fecha de consulta: 23 de enero de 2010).

⁵¹⁷ La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX) fue creada por el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo (26.10.2004, DO L 349/25.11.2004). FRONTEX coordina la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores; ayuda a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación; lleva a cabo análisis de riesgos; hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores; y proporciona a los Estados miembros el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno. http://europa.eu/agencias/community_agencias/frontex/index_es.htm (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2009). Para el ejercicio 2009, la Agencia cuenta con un presupuesto de 88.8 millones de euros, de los que 35 se emplean en operaciones en el mar. De ellos, 15 millones son para mantener las actuaciones en aguas españolas en el marco de las operaciones Hera, Minerva e Índalo de vigilancia de fronteras y control de la inmigración irregular. <http://www.europapress.es/epsocial/ong-y-asociaciones/noticia-frontex-denuncia-sistema-actual-cooperacion-estados-agotado-pide-mas-autonomia-20091028142029.html> (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁵¹⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+X+ML+V0//ES> (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁵¹⁹ El Parlamento expresa su “consternación ante la suerte trágica de las personas que pierden la vida tratando de alcanzar el territorio europeo o que caen en manos de pasadores o de traficantes de seres humanos. Pero dicha consternación parece no convertirse en medidas concretas y eficaces que protejan los derechos de migrantes irregulares durante su estancia, aseguramiento y repatriación”. *Idem*.

⁵²⁰ El Parlamento, pide a la Comisión y a los Estados miembros que apliquen políticas eficaces y a largo plazo de migración legal, así como que garanticen un acceso real al territorio de la Unión, y un procedimiento para normas más flexibles y coordinadas para los solicitantes de asilo, en lugar de concentrar todos los esfuerzos en la prevención de la inmigración irregular, con el despliegue una panoplia creciente de medidas de control en las fronteras que adolecen de la falta de los mecanismos necesarios para la identificación de potenciales solicitantes de asilo en las fronteras de Europa, lo que da lugar a la violación del principio de no devolución, consagrado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; también pide a los Estados miembros que apliquen las Directrices sobre la protección internacional contra la persecución relacionada con el género del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2002) a la hora de aplicar las directivas comunitarias vigentes en materia de asilo;

A lo anterior se suma la --aún incierta-- vinculación entre el régimen de pensiones⁵²³ y la migración o el Plan África 2009-2012 del Gobierno de España.⁵²⁴ Es decir, la preocupación por la

además pide al Consejo que aclare los papeles respectivos de la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX) y de los Estados miembros, con el fin de garantizar que en los controles en las fronteras se respeten los derechos humanos; considera que es urgente modificar el mandato de FRONTEX para añadir el salvamento marítimo; pide el control democrático por el Parlamento de los acuerdos celebrados por FRONTEX con terceros países, en particular en lo relativo a la organización conjunta de los retornos; pide al Consejo y a la Comisión que habiliten a FRONTEX para establecer una cooperación estructurada con la Agencia y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con el fin de facilitar las operaciones que toman en consideración la protección de los derechos humanos; Expresa su preocupación ante la posibilidad de que la tendencia a alejar cada vez más los controles fronterizos de las fronteras geográficas de la Unión haga muy difícil el control de lo que ocurre cuando los aspirantes al estatuto de refugiado y los necesitados de protección internacional entran en contacto con las autoridades de un país tercero.
Idem.

⁵²¹ El Parlamento pide que se dedique una atención particular a la situación de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes y a los niños de padres solicitantes de asilo, refugiados o sin papeles, para velar por que todos los niños puedan ejercer plenamente sus derechos definidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, especialmente el derecho a no ser discriminado, y por que se tengan especialmente en cuenta sus mejores intereses en todas las medidas que se tomen, reconociendo plenamente la importancia del papel y la responsabilidad de los padres; llama la atención sobre la aparición en algunos Estados miembros de un sistema dual de educación, al tiempo que destaca que la introducción de sistemas de cuidados y asistencia diferentes para los hijos de nacionales y de no nacionales no debería ser discriminatoria ni tener carácter duradero, ni tampoco justificarse con el argumento de que un sistema dual garantiza una mejor educación para todos los niños, incluido el aspecto del aprendizaje de las lenguas del país de acogida; pide que se dedique una atención particular a los menores no acompañados y a los menores separados de sus padres que llegan al territorio de la Unión como inmigrantes irregulares y subraya la obligación de todos los Estados miembros de prestarles asistencia y facilitarles una protección especial; pide a todas las autoridades (locales, regionales y nacionales) y a las instituciones de la Unión que cooperen con asiduidad para proteger a estos niños de todas las formas de violencia y de explotación, que velen por la designación sin demora de un tutor, por prestarles asistencia jurídica, buscar a su familia y mejorar las condiciones de acogida, con alojamiento adecuado, facilidades de acceso a servicios de salud, educación y formación, en particular, por lo que se refiere a la lengua oficial del país de acogida, formación profesional y completa integración en el sistema escolar; recuerda que la detención administrativa de niños no debería existir y que los niños acompañados de su familia no deberían estar detenidos más que en circunstancias excepcionales, por el plazo más limitado posible y solamente si la detención redundaba en su interés, de conformidad con los artículos 3 y 37, letra b), de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. *Idem.*

⁵²² Insiste el Parlamento en que no debería repatriarse a nadie sin un examen justo y completo de su solicitud; estima que cuando el retorno sea imposible o inhumano a causa de una situación crítica en lo relativo al respeto de los derechos humanos en el país de origen o de tránsito, los Estados miembros deberían abstenerse de devolver allí a estas personas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e insta a los Estados miembros a que controlen las condiciones de vida y de integración de las personas repatriadas en los países de origen y de tránsito y a que tomen medidas para garantizar a estas personas una asistencia adecuada. *Idem.*

⁵²³ “El envejecimiento experimentado por la población occidental, sobre todo en Europa, debido fundamentalmente a un aumento espectacular de la esperanza de vida (más de 8 años en las últimas dos décadas) unido a las bajas tasas de natalidad registradas en Europa a partir de los años 1970s, (en el caso de España a partir de principios de la década de los años 1980s), tiene un impacto claro y directo sobre los sistemas de pensiones de reparto, pues tiende a aumentar la proporción de jubilados mientras que reduce la proporción de trabajadores en activo. En este contexto, no son pocos los que se han aventurado a sostener que sólo abundantes flujos de inmigración podrían restaurar una relación entre trabajadores en activo y jubilados que fuera compatible con el equilibrio financiero de los actuales sistemas de pensiones en estos países... De acuerdo con las proyecciones de la OCDE, la ratio de dependencia de las personas mayores para la media de los países de la OCDE se incrementará del 23,8 en el año 2000 al 49,9 en el año 2050...entre los años 1995 y 2050 las tasas de dependencia de las personas mayores de 60 años estimadas por

temática migratoria irregular está presente y exige que el derecho formule soluciones a la problemática que plantea.

A continuación se abordará la actividad realizada por el TEDH.

El Protocolo 11 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Comité de Ministros el 20 de abril de 1994, firmado el 11 de mayo siguiente por 31 de los 32 Estados miembros del Consejo de Europa en ese momento (Italia lo firmó en diciembre de ese año).⁵²⁵

A raíz del Protocolo 11, el TEDH sufrió una profunda reforma, surgiendo con ella un nuevo Tribunal que funciona de manera permanente. Se compone de número de jueces igual al número de los Estados Miembros del Consejo de Europa. Los 47 jueces duran en su cargo 6 años y pueden reelegirse.

Una de las principales disposiciones de la reforma consistió en reconocerle legitimación activa a los particulares para interponer su demanda directamente ante el TEDH, una vez que haya

Eurostat para la Unión Europea se pueden multiplicar por dos, siendo España, junto con Italia e Irlanda los países de la Unión Europea que se encontrarán con las tasas de dependencia más elevadas...En un contexto de progresivo envejecimiento de la población, la estructura poblacional de la mayoría de los países occidentales tendrá forma de T en el año 2050, lo que supone una tasa de dependencia tan alta que pone en peligro la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones de reparto y prestación definida. Frente a este progresivo envejecimiento de la población de los países occidentales, la tasa de fecundidad de los países en vías desarrollo continúa aumentando... Por lo tanto, parece abrirse una «ventana de oportunidad» para que la llegada de inmigrantes permita reducir las tasas de dependencia que se prevén para el futuro. (Así, i) en el medio plazo, es posible contrarrestar mediante la inmigración el impacto negativo del envejecimiento poblacional: disminuir la tasa de dependencia futura con una inmigración selectiva por edad, con la premisa de que la pirámide de la población inmigrante debe ser lo más complementaria posible a la pirámide poblacional nativa; ii) no existe evidencia empírica de que la inmigración afecte al desempleo ni a la distribución salarial futura...” Cfr. Conde-Ruiz, Ignacio; Jimeno, Juan y Valera, Guadalupe, *Inmigración y Pensiones: ¿Qué sabemos?*, http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/CICE_75_249-270__F9F415551BF8BAC48E708EAB78FA9D7A.pdf (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁵²⁴ En el cual se propone la “lucha coordinada contra la inmigración ilegal y las mafias que trafican con seres humanos. En este ámbito se intensificará la cooperación con los países europeos y africanos, y se incrementarán las capacidades y estructuras nacionales y las acciones de las organizaciones internacionales que se dirijan a coadyuvar a este objetivo. España potenciará, dentro de sus posibilidades presupuestarias, la financiación de instrumentos de lucha contra la migración ilegal por parte de los países de origen y de tránsito africanos. Se apoyarán las políticas, estructuras y servicios nacionales y regionales africanos en materia de lucha contra la inmigración ilegal así como las iniciativas de reforma legislativa y normativa en ámbitos clave como el de la lucha contra la trata y el tráfico de seres humanos”. *Plan África 2009-2012*, Gobierno de España. http://www.maec.es/es/Home/Documents/PLAN%20AFRICA%202009-2012_web.pdf (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁵²⁵ Cfr. Chipoco, Carlos, “La protección Universal de los Derechos Humanos” en Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, t. I, pp. 172-193.

agotado los recursos internos de su propio Estado. Así, toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, tiene derecho de plantear su demanda directamente ante el TEDH por el solo hecho de que su Estado haya ratificado la Convención.

El TEDH determina la responsabilidad internacional de un Estado, por la violación a la Convención Europea; no está facultado para la determinación de responsabilidades individuales, es decir, para el señalamiento de la autoridad nacional responsable de la violación.

Carrillo Salcedo sostiene que el nuevo TEDH responde a un sistema de doble grado de jurisdicción, ya que se asigna a dos formaciones distintas de un Tribunal único (Salas y Gran Sala) competencia para decidir.⁵²⁶

Cuando se trate de demandas interestatales, cualquier Estado parte, aunque no sea el de la nacionalidad de las víctimas, puede deducir demanda ante el Tribunal, lo que pone de manifiesto la nota de garantía colectiva.⁵²⁷

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH (como antes la de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ha ampliado la noción de víctima al entender por tal no solo a la víctima directa de la violación alegada, sino también a la víctima indirecta⁵²⁸ y a la víctima potencial.⁵²⁹

Las sentencias del TEDH son obligatorias porque los Estados parte se han comprometido a acatarlas en los litigios en que sean partes⁵³⁰ y tienen dos efectos: el de cosa juzgada, respecto del Estado demandado; y el de cosa interpretada con efectos *erga omnes* para los Estados parte,⁵³¹ ya que el tribunal no solo tiene competencias para aplicar la Convención sino también para interpretarla.

Fix-Zamudio establece que las sentencias del TEDH son obligatorias pero no ejecutivas, ya que deben de cumplirse por los Estados respectivos en su ámbito interno y los medios para dar

⁵²⁶ De ahí se deriva que las sentencias de las Salas únicamente tendrán eficacia de cosa juzgada y carácter definitivo, cuando: a) las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; b) haya transcurrido un plazo de tres meses desde su pronunciamiento sin que se haya solicitado por alguna de las partes la remisión del asunto a una formación más amplia del Tribunal, la Gran Sala; o, c) si dicha remisión hubiese sido solicitada, cuando un colegio de 5 jueces de la Gran Sala considere que el asunto no reúne las condiciones excepcionales que justifican la apertura de una segunda instancia. Véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado...*, *op. cit.*, p. 54.

⁵²⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵²⁸ La víctima indirecta es la persona que pueda demostrar la existencia de un vínculo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho. Véase *Ibidem*, p.63.

⁵²⁹ Se le reconoce legitimación activa a un particular que potencialmente puede ser víctima de una violación. Véase caso Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña y el caso Jabari c. Turquía. *Idem*.

⁵³⁰ Artículo 46.1 de la Convención Europea.

⁵³¹ Véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado...*, *op. cit.*, p. 68.

cumplimiento a las mismas serán los previstos en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, ya que el Convenio no articula mecanismo alguno en orden a la ejecución de las sentencias.⁵³²

En octubre de 2009, entró en vigor el Protocolo 14 Bis sobre la defensa de los derechos de los derechos y libertades del hombre que pretende reforzar la efectividad del TEDH en el seno del Consejo de Europa. El Protocolo 14 Bis introduce dos medidas adicionales al original Protocolo número 14 bajo las cuáles jueces del Tribunal tendrán una mayor competencia a nivel individual. En concreto, con la nueva normativa, los jueces de cada Estado miembro que integran el Tribunal, gozarán de soberanía necesaria para rechazar o aplicar los procedimientos sumariales que no consideren apropiados mientras que previamente este tipo de decisiones requerían la aprobación de, al menos, tres jueces miembros del ente.⁵³³

En lo que concierne a derechos de los extranjeros, el TEDH los ha defendido en diversas sentencias, como ejemplos se encuentran las siguientes: sentencia de 26 de abril de 1979, caso Luedicke Belkacem y Koç (violación por Alemania de la obligación de conceder a los acusados un intérprete gratuito); sentencia de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales, Balkandali (violación por el Reino Unido de la obligación de recurso efectivo abierto a los extranjeros); sentencia de 18 de diciembre de 1986, caso Bozano (violación por Francia del derecho a ser detenido excepto para una expulsión); sentencia 21 de junio de 1988, caso Berrehab (violación por los Países Bajos del derecho a una vida familiar normal: la expulsión representaba una medida desproporcionada); sentencia de 18 de febrero de 1991, caso Moustaquin (violación por Bélgica del derecho a una vida familiar normal).⁵³⁴

En el caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, sentencia de 23 de julio de 1968, el TEDH señaló que

según el artículo 14 del Convenio, el goce de los derechos y libertades reconocidos en aquél debe ser asegurado sin distinción alguna... A pesar de la formulación muy general de su versión francesa (sans distinction aucuen, sin distinción alguna), el artículo 14 no prohíbe toda

⁵³² Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1999, pp. 14-15.

⁵³³ <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-consejo-europa-celebra-entrada-vigor-protocolo-14-bis-defensa-ddhh-libertades-20090930134115.html> (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁵³⁴ Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 450-452. El mismo autor reconoce que “la maquinaria de Estrasburgo no puede promover una respuesta rápida a tantas decisiones nacionales equívocas que son realmente necesarias si se quiere proteger la posición de los solicitantes de asilo o de los derechos humanos en Europa”. *Idem*.

diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe de leerse a la luz del texto, más restrictivo, de la versión inglesa (without discrimination, sin discriminación)...Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además no tienden sino a corregir desigualdades de hecho.⁵³⁵

En este mismo sentido, como se mencionó, se pronuncia la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana en cuanto a que es posible que exista una distinción pero no una discriminación entre nacionales y extranjeros. En esta misma sentencia, el TEDH también afirma que “una diferencia de trato no sólo debe de perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.⁵³⁶

Sin embargo, el TEDH también precisa en el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, sentencia 7 de diciembre de 1976, que “el artículo 14 prohíbe en el campo de los derechos y libertades garantizados un trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal (situación) mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros”.⁵³⁷

Así, “una distinción es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar”.⁵³⁸

En el caso Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tekdal de 31 de julio de 2001, el TEDH afirma que los “Estado(s) tienen la obligación positiva de garantizar a toda persona dependiente de su jurisdicción el beneficiarse plenamente, y sin poder renunciar de antemano, de los derechos y las libertades garantizados por el Convenio”.⁵³⁹ Esta determinación claramente incluye a los migrantes irregulares.

El TEDH también ha recordado que “el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos, ni ilusorios, sino concretos y efectivos”.⁵⁴⁰

⁵³⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, pp. 156 y 157.

⁵³⁶ *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años...*, op. cit., pp. 103 y 104. Este mismo criterio se reitera en el caso Sindicato Nacional de la Policía belga, sentencia de 27 de octubre de 1975, *ibidem*, pp. 279 y 280.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 346.

⁵³⁸ TEDH, caso Marckx, sentencia de 13 de junio de 1979, en *ibidem*, p. 544.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 918.

⁵⁴⁰ TEDH, caso Artico, sentencia de 13 de mayo de 1980, en *ibidem*, p. 631.

Por otra parte, el TEDH también ha señalado que “el artículo 34 del Convenio exige que un individuo solicitante se considere efectivamente lesionado por la violación que se alega. Este artículo no establece a favor de los particulares una especie de *actio popularis* para la interpretación del convenio, no les autoriza quejarse *in abstracto* de una ley, sólo por el hecho de que, en su opinión, dicha ley infrinja el convenio. En principio, no basta que una persona sostenga que una ley viola, por su mera existencia, los derechos de que goza, según los términos del convenio; debe ser aplicada en su detrimento”.⁵⁴¹

Independientemente de lo anterior, el TEDH admitió la noción de víctima potencial en los siguientes casos: “cuando el solicitante estaba en condiciones de demostrar que la legislación que el atacaba le había sido efectivamente aplicada, debido al carácter secreto de las medidas que autorizaba (sentencia *Klass y otro*); cuando la ley que reprime los actos homosexuales podía ser susceptible de aplicarse a una cierta categoría de la población a la que pertenecía el solicitante (sentencia *Dudgeon contra Reino Unido*)”.⁵⁴² Y por último, “en caso de medidas de extrañamiento forzoso de extranjeros ya decididas pero aún no ejecutadas, y cuando su ejecución expondría a los interesados a sufrir, en el país de destino, tratos contrarios al artículo 3 (sentencia *Soering contra Reino Unido*) o violara el derecho al respeto de la vida familiar (sentencia *Beldjoudi contra Francia*)”.⁵⁴³

En esta tesitura, la “decisión de un Estado contratante de extraditar o expulsar a un fugitivo puede plantear un problema en relación con el artículo 3 cuando existen motivos serios y comprobados para creer que el interesado corre el riesgo real de ser sometido a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado penitenciario. El Estado contratante puede incurrir en responsabilidad por un acto cuyo resultado directo sea exponer a alguien a malos tratos”.⁵⁴⁴ Si esto es así respecto a una persona que cometió un delito o que presuntamente cometió un delito, entonces puede trasladarse al caso de un migrante irregular que no ha cometido ningún delito

⁵⁴¹ TEDH, caso *Segi y Gestoras pro-amnistía contra los países de la Unión Europea*, Decisiones de 16 y 23 de mayo de 2002, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia 1988-2002*, Cortes Generales, Madrid, 2003, t. II, p. 2007.

⁵⁴² *Idem*.

⁵⁴³ *Idem*.

⁵⁴⁴ TEDH, caso *Cruz Varas y otros contra Suecia*, sentencia de 20 de marzo de 1991, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia 1988-2002*, Cortes Generales, Madrid, 2003, t. I, p. 858. En el mismo sentido, caso *Vilvarajah y otros contra Reino Unido*, sentencia de 30 de octubre de 1991, en *ibidem*, p. 879.

(sino solo una infracción administrativa). Aunado a ello, dicha interpretación del TEDH se relaciona con el principio de no devolución.

3.3. NORMAS Y DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

A nivel comunitario, durante la década de los 70's la Comisión Europea presentó diversas propuestas de Directivas relacionadas con la migración, sin embargo fue descalificada en este ámbito.⁵⁴⁵

La estricta posición de los Estados a este respecto se reiteró en la Acta Única Europea, que declaraba “el derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de inmigración de terceros países”. Este control estatal se justifica en el mantenimiento de la seguridad nacional lo cual refleja la concepción errónea de relacionar siempre a la migración irregular con “terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas...”⁵⁴⁶ Estos términos volvieron a reiterarse en la Declaración Política de los Gobiernos de los Estados miembros en la libre circulación de personas, como Anexo al Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Fue en 1983 cuando el Parlamento adoptó una resolución relativa a los trabajadores migrantes y que llamaba a la resolución de problemas a través de la adopción de una directiva sobre inmigración ilegal, entre otros. El primer intento efectivo realizado por la Comisión con la finalidad de comunitarizar ciertos aspectos de la inmigración se dio con la Decisión 85/381 de 8 de julio de 1985 por la que se establecía un “procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a terceros Estados”, sin embargo, tropezó con el rechazo de los Estados y fue llevada al Tribunal de Justicia. *Cfr.* Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria...*, *op. cit.*, p. 53-58.

⁵⁴⁶ El Acta encierra en sí misma una contradicción, respecto al poder de los Estados de controlar la emigración y la cooperación dentro de las fronteras comunitarias. *Cfr. Ibidem*, p. 59.

⁵⁴⁷ La importancia de los derechos fundamentales se ha reconocido desde el Tratado de Maastrich (artículo F.2). Particularmente significativa es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 1991 (asunto ERT C-260/89). Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del TCE, en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, estableciendo los siguientes criterios: “a)...los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el tribunal de justicia, que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. b) Una adhesión al convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. c) en el dictamen se reconoce que una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la comunidad como para los estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría los límites del artículo 234, por lo que dicha modificación solo podría realizarse a través de la modificación del tratado. De este modo ha resultado que la incorporación del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico comunitario ha conducido a una interpretación respetuosa con la jurisprudencia del TEDH, debiendo

Fue en la Carta Social Europea, adoptada el 18 de octubre de 1961, cuando se establece que las condiciones laborales de los nacionales de terceros Estados se encuentran bajo la competencia de la Unión Europea. Sin embargo, hay quienes afirman que “hasta 1992 las medidas adoptadas tienen un carácter restrictivo”.⁵⁴⁸ Así, la lucha contra la migración irregular, en la mayoría de países receptores de migrantes, se ha dado a través de la restricción o control fronterizo, empero, la realidad demuestra que ésta no es la solución, entonces surge la pregunta ¿cuál es la opción más viable? ¿qué se puede hacer para coadyuvar a solucionar esta problemática? ¿cómo se pueden gestionar los flujos migratorios sin lesionar los derechos humanos de migrantes? Algunas luces sobre la respuesta a estas preguntas se han planteado y se plantearán a lo largo de este trabajo.

Posteriormente, y a través de los Acuerdos de Schengen, se consideran sanciones contra compañías aéreas, de transporte marítimo y por carretera, que transporten viajeros sin la documentación necesaria. En el capítulo VI del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, integrado en el acervo de la Unión, en el que participan el Reino Unido e Irlanda, figura en el apartado 1 del artículo 27 la formulación siguiente referida a las redes de inmigración ilegal: “las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros”.

El Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos, de 2 de octubre de 1997, comunitarizó estas materias e incluyó en el Tratado de la Comunidad Europea un Título IV relativo a “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.⁵⁴⁹

destacarse, en este punto, la influencia que sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene la del TEDH y la de los Tribunales Constitucionales nacionales”. González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 110 y 111.

⁵⁴⁸ Cfr. Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria...*, op. cit., p. 74. Valdría la pena reiterar que hasta el año en que se termina este trabajo, 2009, las medidas tienen un carácter restrictivo.

⁵⁴⁹ <http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Tratados/> (fecha de consulta: 1 de abril de 2010).

Más adelante, se elaboró el Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos, de 26 de febrero de 2001.⁵⁵⁰

El 7 de diciembre de 2000, los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión proclamaron solemnemente por primera vez en Niza, la Carta de los Derechos Fundamentales. La proclamación de esta Carta en 2000 era tan solo un compromiso político sin ningún efecto jurídico obligatorio. La Carta fue firmada en diciembre de 2007, por los Presidentes de la Comisión, Parlamento y Consejo Europeos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión considera: la protección de la dignidad humana (artículo 1), derecho a la vida (artículo 2), prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (artículo 4), derecho a la educación (para toda persona, artículo 14), prohibición de expulsiones colectivas y respeto al principio de no devolución (artículo 19), igualdad ante la ley (artículo 20), no discriminación (artículo 21), derecho a la seguridad social (para las personas que residan y se desplacen legalmente dentro del territorio de la Unión, artículo 34), protección de la salud (para toda persona, artículo 35).

En lo que respecta a la migración irregular, en noviembre de 2001, la Comisión Europea publicó una Comunicación sobre las directrices que deben seguirse para diseñar una política común en materia de migración indocumentada, definida como “el eslabón perdido de una política de inmigración y asilo exhaustiva” que aborde la prevención de la migración irregular en los países de origen así como la efectiva aplicación de las normas.⁵⁵¹

Como se puede ver el camino no ha sido fácil y aún no puede hablarse de una política comunitaria en materia de migración. Se ha llegado a reconocer que “las políticas de la Unión

⁵⁵⁰ *Ibidem.* Ámsterdam y Niza llaman a los objetivos del control fronterizo medidas, mientras que el Tratado Constitucional distingue entre objetivos y medidas, las medidas son concretas y los objetivos generales. El Tratado de Niza establece que la mayor parte de políticas de visados, asilo e inmigración se decida por el procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo. La mayor parte no significa todo: en el marco del asilo se adoptará este procedimiento siempre y cuando se hayan aprobado previamente unas normas comunes y unos principios generales. Además introduce importantes reformas para que el Tribunal de Justicia intervenga en aspectos conexos a inmigración, como el recurso prejudicial matizado, la introducción del recurso en interés de ley o la sustracción a la competencia del mismo de aquellas medidas adoptadas en el marco del mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad interior. *Cfr.* Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “La política común de inmigración en el Tratado Constitucional Europeo”, 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, pp. 377 y 378.

⁵⁵¹ Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria...*, *op. cit.*, p. 182. Hay que precisar que dicho tratado nunca entró en vigor.

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”.⁵⁵²

Incluso “el Tratado que instituye una Constitución para Europa no habla de política común de inmigración...En realidad, se trata de una política común de control de fronteras exteriores, de asilo y de migración, dejando esta última expresión para el control de flujos migratorios y otras cuestiones como el estatuto de los inmigrantes residentes, la lucha contra la inmigración ilegal, etc”.⁵⁵³

Esto puede representar un riesgo para los derechos humanos de migrantes irregulares, además de 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 ámbito que genere 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 tendrían un carácter transversal y que afectarían, por lo tanto, al conjunto de las políticas de la Unión”.⁵⁵⁴

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”, a la que se hará referencia *infra*. Surge entonces otra pregunta ¿qué tan conveniente es que las cuestiones migratorias sigan siendo una política nacional o deben 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”.⁵⁵⁵ 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

⁵⁵² *Ibidem*, p. 476.

⁵⁵³ Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “La política común...”, *op. cit.*, pp. 377 y 378.

⁵⁵⁴ 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.

⁵⁵⁵ Muñoz Aunión, Antonio, *Política migratoria...*, *op. cit.*, p. 487.

contemporáneo y especialmente en la gestión de corrientes migratorias”.⁵⁵⁶ 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 peligro la seguridad de los derechos.⁵⁵⁷

En este contexto, 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*.⁵⁵⁸

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, se 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”.⁵⁵⁹

En la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 se establecen los siguientes aspectos relevantes para el presente estudio:

- El Consejo adoptará medidas para la protección de los derechos de los nacionales de terceros países (artículo 61).
- El Consejo, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, medidas sobre la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales (artículo 63).
- El Tratado de Niza incorpora modificaciones al artículo 67 sobre la adopción de medidas relativas al visado.

El Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, versión consolidada publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en 2002, dispone en su Título V lo relativo a política exterior y seguridad común que tendrá entre sus objetivos “el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (artículo 11).

⁵⁵⁶ *Idem*.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 250- 259.

⁵⁵⁸ Citado por *ibidem*, p. 459.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 360.

Es importante mencionar que el 13 de diciembre de 2007, se firmó el Tratado de Lisboa que modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, el cual debía ser ratificado por 27 países miembros para entrar en vigor. Entró en vigor el 1º de diciembre de 2009.⁵⁶⁰

En el artículo 1 bis del Tratado de Lisboa se especifica que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos”. En sentido similar, el artículo 2.5 dispone que “en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho Internacional”.

A través del artículo 6, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, “la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Y por artículo 6.2, la Unión “se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” y se reconoce que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (artículo 6.3)”.

En el artículo 10 A, se determina que la acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: “la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”.

Finalmente, para efectos de este estudio, el artículo 10 A, 2, c), indica que la Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en

⁵⁶⁰ Véase http://europa.eu/lisbon_treaty/index_es.htm (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: “mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores.”⁵⁶¹

Existen también diversas Directivas relacionadas con cuestiones migratorias,⁵⁶² debido a su relevancia para la temática que ocupa esta investigación, se entrará al estudio de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a

⁵⁶¹ El texto completo del Tratado de Lisboa, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17.12.2007, se puede ver en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:ES:PDF> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2010). Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, provisionales debido a la falta de ratificación del Tratado de Lisboa, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de mayo de 2008, puede verse en http://bookshop.europa.eu/eubookshop/download.action?fileName=FXAC08115ESC_002.pdf&eubphfUid=57550&catalogNbr=FX-AC-08-115-ES-C (fecha de consulta: 30 de octubre de 2010).

⁵⁶² 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, 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 2010). 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.

normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.⁵⁶³

La Directiva afirma que respetan los derechos fundamentales y se tienen 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).

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 Schengen⁵⁶⁴ 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.⁵⁶⁵

La parte problemática radica en los artículos 15.5 y 15.6 en donde se señala que “el internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario

⁵⁶³ La directiva completa se puede encontrar en <http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/UnionEuropea/Directivas/> (fecha de consulta: 19 de marzo de 2010). 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”.

⁵⁶⁴ 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.

⁵⁶⁵ “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).

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.⁵⁶⁶

Estos son los puntos que ocasionaron la reacción de gobiernos de países emisores de migrantes. No se va a analizar la jerarquía de las fuentes ni a hacer valoraciones de los argumentos políticos, el estudio que se desarrolla a continuación se centrará en un análisis de la Directiva a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

En primera instancia, 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.⁵⁶⁷ Así, ya no se está hablando de una infracción administrativa sino que, *de facto*, se están criminalizando a los migrantes irregulares.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ La CorteIDH 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

El artículo 15.2 de la Directiva “el internamiento será ordenado por las autoridades *administrativas* o judiciales”. Y cuando se ordene por autoridad administrativa se pretende salvar la situación con un “control judicial rápido de la legalidad del internamiento”.

Se procederá a realizar el análisis de la Directiva a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra a la dignidad humana en su Preámbulo: “...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. La Directiva vulnera la dignidad humana de migrantes irregulares. El artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, así, 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.

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 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, establece en su artículo 5 que aquellos migrantes que sean objeto de tráfico ilícito

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.

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.

El artículo 5.1, f), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales determina que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley; f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. A pesar del contenido de esta disposición en ella no se autoriza habilitar cárceles como lugares de internamiento ni se prevé plazo alguno para la detención.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 49 consagra el principio de legalidad 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 español 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 los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, 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, contra la cual, en el Derecho internacional, los migrantes irregulares podrían obtener una reparación.

El que la Directiva⁵⁶⁸ fuera emitida por el Parlamento y el Consejo Europeo, es decir, a nivel supranacional, no la exime del cumplimiento de los derechos humanos reconocidos por la

⁵⁶⁸ 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

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

La existencia de la Directiva retorno toma importancia cuando se observa que los flujos migratorios no disminuirán sin una acción integral que aborde y resuelva las causas profundas 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. Y la creciente complejidad del problema no hace más que revelar que las soluciones planteadas (represión y violación a los derechos humanos) no son las correctas.

3.4. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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 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 miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin 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 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”.

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 ComisiónIDH designó en el cargo al argentino Juan E. Méndez. En febrero del 2004 la ComisiónIDH nombró como relator a Freddy Gutiérrez Trejo. En 2008, la ComisiónIDH designó al actual Relator, el Comisionado Felipe González.

La relatoría ha realizado visitas in loco a 3 de los 7 países objeto de esta investigación: México, Costa Rica y EUA.

3.4.1. VISITAS A MÉXICO

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, 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 ComisiónIDH, 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 ComisiónIDH, 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).⁵⁶⁹

La Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión IDH realizó una nueva visita a México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011. La Relatoría expresó su profunda preocupación por la grave situación de seguridad que viven los migrantes, tanto extranjeros como mexicanos, en su tránsito por México. La Relatoría recibió información sobre serios problemas de inseguridad de los migrantes. Durante su tránsito por territorio mexicano, los migrantes son víctimas de asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales. Asimismo, los migrantes extranjeros son víctimas de discriminación.

La Relatoría afirma que la nueva Ley de Migración, si es reglamentada e implementada adecuadamente, podría constituir un primer paso hacia la resolución de algunos de estos problemas, pero también generará nuevos desafíos que sólo podrán ser resueltos a través de la coordinación internacional con otros Estados, especialmente los que están geográficamente cerca de México.⁵⁷⁰

La Relatoría recordó que, según la OIM, México es el principal país de emigración del mundo, con 10.1 millones de personas viviendo en el extranjero, que representa alrededor del 10% de la población total del país. Asimismo, de acuerdo con el INEGI, en 2010 México contaba con 3,290,310 migrantes internos. Adicionalmente, en la actualidad el corredor migratorio México-EUA es el de mayor movimiento del mundo, con un tránsito de 11.6 millones de emigrantes en 2010. En lo que respecta a migración irregular en tránsito por México, el Instituto Nacional de Migración ha señalado que al año ingresan a México aproximadamente 140 mil migrantes indocumentados, la mayoría provenientes de Centroamérica. Sin embargo, funcionarios estatales y organizaciones de la sociedad civil reconocen que la cantidad de migrantes es mucho mayor, y

⁵⁶⁹ 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 2010). 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 2010).

⁵⁷⁰ <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/82-11sp.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

que podría situarse en aproximadamente 400 mil personas por año. La mayoría de estos migrantes internacionales transitan por México con destino a EUA, el país con mayor cantidad de inmigrantes internacionales, con 42.8 millones, de los cuales aproximadamente la cuarta parte son inmigrantes mexicanos.

Según datos oficiales del Instituto Nacional de Migración de México, durante el año 2010 las autoridades detuvieron en estaciones migratorias a 69,903 migrantes en situación irregular. La información recibida durante la visita indica que el principio de la excepcionalidad de la detención no está garantizado ni en la ley ni en la práctica actual.

La Relatoría precisó que el Estado mexicano debe adoptar medidas para garantizar que las personas migrantes tengan acceso a la justicia y puedan denunciar violaciones a los derechos humanos cometidas contra ellas y sus familiares, sin temor a sufrir represalias.

La Relatoría dio a conocer como recomendaciones preliminares, las siguientes:

1. Garantizar de manera inmediata la vida y la integridad personal de los migrantes en territorio mexicano mediante acciones concretas que faciliten el tránsito seguro de todos los habitantes, por ejemplo, el establecimiento de centros de atención a migrantes en las rutas migratorias, el apoyo a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con migrantes, campañas masivas de información sobre los derechos de los migrantes, entre otras;
2. Facilitar medios de transporte seguros y adecuar los existentes para que cumplan con condiciones mínimas de seguridad;
3. Garantizar la seguridad en todas las terminales de transporte y albergues para migrantes;
4. Iniciar de manera inmediata una consulta amplia y transparente con la sociedad civil y todas las áreas del Estado Federal y Estatal vinculadas con los asuntos migratorios, para la elaboración del Reglamento de la Ley de Migración;
5. Contemplar en el futuro Reglamento la excepcionalidad de la detención según los estándares interamericanos y garantizar de la manera más amplia posible el otorgamiento de documentación que facilite el tránsito de los migrantes;
6. Contemplar en el futuro Reglamento mecanismos alternativos a la detención;
7. Facilitar el acceso a las organizaciones de la sociedad civil para verificar la situación de los migrantes detenidos en las estaciones migratorias. La sola acreditación de la organización debe ser suficiente para que puedan acceder durante los horarios de visita;
8. Garantizar condiciones de seguridad para las y los defensores de los derechos humanos de las personas migrantes;
9. Garantizar el acceso de los migrantes a la justicia mediante medidas que incluyan asesoramiento jurídico gratuito y el establecimiento de un programa de protección a víctimas y testigos de delitos cometidos contra migrantes;
10. Establecer protocolos, en consulta con la sociedad civil, en relación con el manejo y la identificación de los cadáveres;
11. Consultar con organizaciones de la sociedad civil especializada y con expertos independientes los asuntos relacionados con la identificación de los cuerpos sin vida hallados;
12. Capacitar periódicamente a todos los funcionarios federales y estatales en relación con la prevención e investigación de los delitos;

13. A todos los países de la región, coordinar sus políticas migratorias para asegurar los derechos humanos de todos los habitantes.

Asimismo, de relevancia fundamental, no sólo para los migrantes, sino para todos los habitantes de México, es la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011. Esta reforma eleva a rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México y establece la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos de conformidad con la ley secundaria, como ya se señaló.

La Relatoría destaca además como un desarrollo de suma importancia la aprobación de la Ley de Migración, que entró en vigor el 26 de mayo de 2011.

3.4.2. VISITA A COSTA RICA

La Relatoría decidió estudiar con detenimiento la situación en Costa Rica dada la masiva presencia en ese país de trabajadores migratorios, tanto documentados como indocumentados, regionales y extra-regionales. Este fenómeno migratorio había instado al gobierno de Miguel Ángel Rodríguez Echeverría a dictar un amplio programa de regularización migratoria en 1998-1999 y la Relatoría tenía interés en conocer el impacto de esa medida; en particular se recogieron antecedentes con respecto a la implementación de un Acuerdo de Retorno Asistido de Migrantes Extra-regionales, una iniciativa intergubernamental diseñada para hacer más expedito el retorno de personas migrantes indocumentadas que no sean originarias de Centroamérica, dos integrantes del equipo de la Relatoría, Helena Olea y Andreas Feldmann, visitaron Costa Rica entre el 19 y el 21 de noviembre del 2001. En marzo de 2002, la Comisión envió al gobierno de Costa Rica un informe preliminar de esa visita. A petición expresa del Gobierno costarricense, contenida en su extensa respuesta, el Relator Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Juan E. Méndez, visitó nuevamente Costa Rica junto con Helena Olea y Andreas Feldmann entre el 22 y el 24 de julio del 2002.

El informe menciona que “dada su estabilidad política, su relativa prosperidad económica y su avanzado sistema de bienestar social, Costa Rica se ha transformado en el principal país receptor de trabajadores migratorios en América Central”.

Durante la década de los ochenta Costa Rica recibió un número apreciable de refugiados centroamericanos --se habla de más de 50 mil personas--sobre todo nicaragüenses y salvadoreños. Costa Rica otorgó el estatus de refugiado a 46 mil ciudadanos nicaragüenses.

Durante la década de los noventa, en tanto, se registró un alza apreciable en el número de nicaragüenses que migraron a Costa Rica. El incremento del número de trabajadores migratorios nicaragüenses se debe al deterioro progresivo de la economía en Nicaragua que ha llevado a una pauperización general de la población. En la última década, la economía en Nicaragua ha desarrollado graves problemas estructurales: tasas de crecimiento negativas, falta de productividad e incapacidad para generar plazas de trabajo en el sector formal.

Como parte de sus actividades durante su primera visita a Costa Rica, funcionarios de la Relatoría visitaron *La Carpio*, un asentamiento poblacional de personas de escasos recursos habitado mayoritariamente por inmigrantes nicaragüenses. Este asentamiento, ubicado en San José en el distrito de La Uruca, Cantón Central de la provincia de San José, se creó en 1993 cuando un grupo de 25 familias de origen nicaragüense invadió los terrenos de una finca.

El informe denuncia que en las zonas rurales y particularmente en las zonas fronterizas, en cambio, las deportaciones colectivas parecen ser frecuentes. Según datos obtenidos, las deportaciones colectivas de trabajadores migratorios tienen lugar bajo la apariencia de rechazos colectivos. La práctica de deportaciones masivas, sobre todo en áreas fronterizas, implica una trasgresión a las normas y garantías del debido proceso, así como a la prohibición expresa del artículo 22 inciso 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, la Relatoría recabó información en torno a deportaciones que se realizan de forma inmediata y sin ofrecer al trabajador migratorio la oportunidad de explicar su estatus migratorio o presentar los documentos exigidos. Esto ocurre particularmente cuando se llevan a cabo operaciones de control en los lugares de trabajo. En esos casos, a los trabajadores migratorios se los priva del derecho a ser oídos y son deportados sin que medie oportunidad alguna para contradecir los cargos y presentar o producir las pruebas pertinentes. Esta situación llevó a que se deportaran personas que tenían pendiente la resolución de su impugnación a la decisión que les había negado su solicitud de cédula de residencia bajo el régimen de excepción, pese a que también apelaron la resolución que ordenaba su deportación. La Corte Suprema determinó que se violó su libertad de tránsito, anuló las resoluciones que ordenaron las deportaciones y ordenó que se permitiera a esas personas regresar a Costa Rica y permanecer en el país hasta que se resuelva su solicitud de residencia.

La Relatoría reitera que el derecho a ser oído forma parte del contenido mínimo de debido proceso al que todas las personas debieran tener acceso. Los trabajadores migratorios y otros extranjeros tienen derecho a presentar pruebas y a contradecir los cargos que se les imputan en relación con su estatus migratorio. Además de darles la oportunidad de explicar su situación migratoria, en los casos en los que las personas se encuentren detenidas, deben poner a su disposición los medios necesarios para que los afectados puedan presentar los elementos, documentos o pruebas necesarias para demostrar que no se encuentran violando las leyes migratorias del Estado donde se encuentran.

La Relatoría insiste “en que un trabajador migratorio, independientemente de su condición migratoria, debe estar en capacidad de entender los procedimientos legales a los que es sometido, así como sus derechos y oportunidades procesales. Aún tomando en cuenta la escasez de recursos, a la Relatoría le parece importante que las autoridades migratorias hagan todos los esfuerzos posibles para garantizar a los trabajadores migratorios la traducción e interpretación que garantice efectivamente su derecho a la información en todas las diligencias relativas a su proceso migratorio”.

Los trabajadores migratorios se ven obligados a aceptar condiciones laborales inferiores a las establecidas en la legislación y que, a su vez, esto genera una disminución de las condiciones laborales para todos los trabajadores en Costa Rica. Es importante subrayar que las mujeres nicaragüenses aceptan trabajar como empleadas domésticas como forma de acceder al mercado laboral en razón de su condición de migrantes irregulares o indocumentadas y de su bajo nivel de educación.⁵⁷¹

Junto con su respuesta al informe, el gobierno de Costa Rica envió una resolución de deportación para demostrar que las decisiones son motivadas. No obstante, la Relatoría encuentra que la motivación es insuficiente, por lo que se violenta el principio de legalidad.

La Comisión recomendó:

garantizar el principio de legalidad a los trabajadores migratorios que se encuentren de manera irregular en el país. Las autoridades deben aplicar a cada persona el procedimiento que le corresponde en atención a la diferenciación que hace la legislación nacional entre rechazo, deportación y expulsión. En el mismo sentido, la Relatoría insta a individualizar los procedimientos de deportación, a pesar de que un grupo de trabajadores migratorios sea aprehendido por las autoridades de forma colectiva o en el mismo momento. La Relatoría se permite insistir en la importancia de diferenciar los casos en los que procede el rechazo, de aquellos en los que se debe aplicar el procedimiento de deportación.

⁵⁷¹ http://www.cidh.oas.org/Migrantes/cap.5.2002sp.htm#_ftn93 (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

3.4.3. VISITA A ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La CIDH, a invitación del Gobierno de los EUA, realizó una visita *in loco* al Estado de California los días 6 al 9 de julio de 1998 con el propósito de observar los procesos de inmigración y asilo en la región. La ComisiónIDH sostuvo reuniones con sectores gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, y representantes de la sociedad civil. Asimismo, la ComisiónIDH visitó varios puertos de entrada y centros de detención y se entrevistó con detenidos.⁵⁷² El informe de la ComisiónIDH no reporta resultados ni recomendaciones de la visita realizada a EUA.

Por otra parte, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos decidió 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 los Derechos Humanos de los Migrantes,⁵⁷³ 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 2008.⁵⁷⁴

Existe jurisprudencia de la ComisiónIDH vinculada en específico al tema de trabajadores migrantes.⁵⁷⁵

En marzo de 2011, la Comisión Interamericana publicó el *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso* --que había aprobado el 30 de diciembre de 2010--, el cual contiene las conclusiones de una investigación realizada por la ComisiónIDH sobre la compatibilidad de las políticas y prácticas de la detención de inmigrantes en EUA con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.⁵⁷⁶

⁵⁷² <http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes98sp.htm#Estados Unidos> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

⁵⁷³ Obedeciendo a un mandato de la Tercera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas y a una posterior resolución de la Asamblea General de la OEA a través de una resolución [AG/RES. 1928 (XXXIII-O/03)], la Relatoría participa en la discusión y elaboración de un *Programa Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes*.

⁵⁷⁴ 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 2010) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6962.pdf> (fecha de consulta: 13 de abril de 2010).

⁵⁷⁵ La cual puede consultarse en <http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

⁵⁷⁶ <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/21-11sp.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

Una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana es el creciente uso en EUA de la detención de migrantes basada en una presunción de necesidad, cuando de hecho la detención debiera ser excepcional. La ComisiónIDH está convencida de que en muchos casos, y probablemente en la mayoría de ellos, la detención constituye una medida desproporcionada y los programas de alternativas a la detención configurarían una opción más equilibrada a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria.⁵⁷⁷

Para aquellos casos en que la detención sea estrictamente necesaria, la Comisión Interamericana considera preocupante la ausencia de un sistema de detención auténticamente civil, con las condiciones generales compatibles con la dignidad y el trato humano, así como aquellas condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Asimismo, la CIDH observa con preocupación que para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, se recurre con frecuencia a contratistas privados, sin que se cuente con información suficiente sobre los mecanismos de supervisión.⁵⁷⁸

La Comisión Interamericana determinó que la detención tiene un efecto negativo en el debido proceso, principalmente en el derecho a acceder a un abogado, y por tanto, en la posibilidad de ser liberado. A fin de garantizar de mejor manera el derecho a la representación legal y eventualmente al debido proceso, la Comisión Interamericana consideró que se necesitan programas más sólidos sobre alternativas a la detención y que el Programa de Orientación Legal debe ser expandido a todo el país. En particular, la Comisión Interamericana observó con preocupación la falta de representación legal suministrada de oficio para casos de niñas y niños no acompañados, inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismos.⁵⁷⁹

La ComisiónIDH recordó que la propia Corte Suprema de EUA ha confirmado la constitucionalidad de la detención obligatoria en casos de inmigración pendientes, a pesar de que las conductas presuntamente ilícitas sean de naturaleza civil y a pesar de la pérdida de la libertad causada por la detención.

⁵⁷⁷ *Idem.*

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Idem.*

La Comisión Interamericana instó a EUA a limitar de manera significativa las condiciones de detención migratoria que se asemejen a las de una prisión. En ese sentido, la ComisiónIDH exhortó al Estado a dar cumplimiento efectivo al compromiso de desarrollar un sistema de detención auténticamente civil. La Comisión Interamericana recomendó que cada instalación aloje únicamente a grupos pequeños, de forma tal que el Estado pueda proporcionar las necesidades básicas y proteger los derechos humanos de todas y todos los inmigrantes detenidos. Adicionalmente, EUA deberá ubicar las instalaciones de detención civil cerca de centros urbanos, para asegurar que los detenidos tengan un verdadero acceso a representación legal. Con respecto al derecho al debido proceso de las niñas y niños no acompañados, la ComisiónIDH insta al Estado a designar un abogado, a costa del Estado, para representar a las niñas y niños no acompañados durante los procedimientos de migración.⁵⁸⁰

3.5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana es el instrumento más significativo para el sistema interamericano de protección de derechos humanos; y en ella se regula la existencia de los órganos que lo componen: La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

La Convención consta, fundamentalmente, de tres partes: la primera, respecto a las *obligaciones generales de los Estados*, 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 forma con los artículos 3 a 32 referentes a derechos civiles y políticos,⁵⁸¹ desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales, suspensión de garantías, interpretación y deberes de la persona. La tercera parte acerca de los *órganos del sistema*, la ComisiónIDH y CorteIDH, comprende los artículos 33 a 82. En los artículos señalados también hay otras materias, como vigencia, denuncia, entre otros.

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ Derecho a la vida, integridad y libertad personal, reunión, derecho de rectificación o respuesta, derecho al nombre, nacionalidad, propiedad privada, circulación y residencia, igualdad ante la ley, prohibición de la esclavitud y servidumbre, protección y garantías judiciales, principio de legalidad y de retroactividad, derecho a indemnización, protección de la honra y de la libertad, libertad de conciencia, religión, pensamiento, expresión, asociación, protección a la familia.

Este instrumento ha sido ratificado por casi todos los países sujetos a estudio: Argentina,⁵⁸² Colombia,⁵⁸³ Costa Rica,⁵⁸⁴ Ecuador,⁵⁸⁵ El Salvador⁵⁸⁶ y México.⁵⁸⁷ Además han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH.⁵⁸⁸ EUA solamente firmó la Convención Americana el 1 de junio de 1977.

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁵⁸⁹ se hará referencia, en primera instancia, a la actividad de la Comisión Interamericana en torno al tema migratorio --por la importancia que reviste y el vínculo existente con la CorteIDH-- para, posteriormente centrarnos en la jurisprudencia consultiva y contenciosa de la CorteIDH en la materia que ocupa a esta investigación.

Diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en consecuencia, están sujetos a diversas obligaciones que en múltiples ocasiones han incumplido. Para efectos de este apartado se hará referencia únicamente a la CorteIDH.⁵⁹⁰

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.

⁵⁸² El 14 de agosto de 1984.

⁵⁸³ El 28 de mayo de 1973.

⁵⁸⁴ El 2 de marzo de 1970.

⁵⁸⁵ El 8 de diciembre de 1977.

⁵⁸⁶ El 20 de junio de 1978.

⁵⁸⁷ El 24 de marzo de 1981.

⁵⁸⁸ Argentina (5 de septiembre de 1984), Colombia (21 de junio de 1985), Costa Rica (2 de julio de 1980), Ecuador (24 de julio de 1984), El Salvador (6 de junio de 1995) y México (16 de diciembre de 1998).

⁵⁸⁹ 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.

⁵⁹⁰ 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, UNAM, 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.

Como es sabido, la CorteIDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se compone de 7 jueces y tiene su sede en San José, Costa Rica.⁵⁹¹

La CorteIDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana (artículo 1 del Estatuto de la CorteIDH). La CorteIDH tiene atribuciones normativas,⁵⁹² administrativas,⁵⁹³ preventivas,⁵⁹⁴ ejecutivas⁵⁹⁵ y jurisdiccionales.

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

3.5.1. CONSULTIVA

La función consultiva de la CorteIDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una interpretación de dicha Convención o de otros tratados concernientes a la

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² El artículo 60 de la Convención Americana señala que: “La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento”. En el mismo sentido el artículo 25 del Estatuto CorteIDH establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento”. El artículo 77 del Reglamento CorteIDH aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 --en vigor a partir del 1 de enero de 2010--, dispone que “el presente 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”.

⁵⁹³ 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).

⁵⁹⁴ 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). Actualmente se dispone que las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso (artículo 27 del Reglamento CorteIDH).

⁵⁹⁵ 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 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.

protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que cuenta con un procedimiento específico⁵⁹⁶ y distinto del contencioso. Los Estados Parte, la Comisión⁵⁹⁷ y otros órganos de la OEA⁵⁹⁸ tienen facultad para solicitar opiniones consultivas.

La función consultiva de la CorteIDH es más amplia que la función consultiva de 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 ser interpretados, sean celebrados por países americanos, ni que sean tratados regionales; el único requisito es que sean concernientes a derechos humanos, aun cuando esta temática no sea el objeto principal del tratado en cuestión. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que “la jurisdicción consultiva de la CorteIDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,⁵⁹⁹ además de que legitima a un número extenso de solicitantes.⁶⁰⁰

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”.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ El artículo 70 del Reglamento CorteIDH señala el procedimiento de trámite de la opinión consultiva.

⁵⁹⁷ El artículo 70.1 y 70.2 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.

⁵⁹⁸ Los cuales además de los requisitos previstos por el artículo 70.3 del Reglamento CorteIDH, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

⁵⁹⁹ 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, op. cit.*, p. 53.

⁶⁰⁰ 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.

⁶⁰¹ 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.

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”.⁶⁰²

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”.⁶⁰³ 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...⁶⁰⁴ 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...”⁶⁰⁵ y “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables... es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.⁶⁰⁶ 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.⁶⁰⁷

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

⁶⁰² 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, párr. 43 en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed, UNAM, México, 2006, vol. I, p. 920.

⁶⁰³ García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁰⁴ 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, párr. 32.

⁶⁰⁵ Opinión Consultiva OC-3/83, párr. 32.

⁶⁰⁶ Opinión Consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 14 de noviembre de 1997, párrafo 26, en *ibidem*, p. 1083.

⁶⁰⁷ Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” en Fix-Zamudio, Héctor, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, San José, vol. II, p. 1345.

vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados Parte de la Convención...”⁶⁰⁸

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución⁶⁰⁹ 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 sobre dos opiniones consultivas de la CorteIDH que conciernen a la temática en estudio.

A. 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 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

⁶⁰⁸ Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, p. 75.

⁶⁰⁹ 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.

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).⁶¹⁰

La CorteIDH 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)”.⁶¹¹

La Corte Interamericana, a través de un razonamiento que merece reconocimiento, dilucidó si el artículo 36 de la CVRC reconocía derechos individuales y no sólo estatales, concluyendo que dicho artículo “reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor”⁶¹² y, posteriormente, analizó si esos derechos correspondían a la protección de los derechos humanos.

Finalmente en su Opinión, la CorteIDH 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 CorteIDH 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

⁶¹⁰ 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*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001, pp. 32 y 33.

⁶¹¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

⁶¹² *Ibidem*, p. 98.

la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida *arbitrariamente*.⁶¹³

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

B. 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 innovadora⁶¹⁴ 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 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.

⁶¹³ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998” en *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003, pp. 561-613.

⁶¹⁴ 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...*, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

La CorteIDH observó, 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,⁶¹⁵ 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.

Uno de los muchos aspectos relevantes de esta opinión radica en la afirmación de 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, sobre todo después del caso *Hoffman*. Así, la migración irregular responde a una necesidad de la

⁶¹⁵ 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 Humanos* (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 14 de noviembre de 1997, párr. 26.

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). Méndez Silva, en 1995, ya había señalado que “la definición de políticas migratorias es potestad soberana de un Estado, pero es obvio que tanto su diseño como su aplicación no pueden ser violatorias de los derechos humanos”.⁶¹⁶

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.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Méndez Silva, Ricardo, “La iniciativa 187...”, *op. cit.*, pp. 393 y 394.

⁶¹⁷ 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...*, *op. cit.*, p. 55.

C. Solicitud de opinión consultiva en torno a derechos humanos de niñas y niños migrantes

El 7 de julio de 2011, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay solicitaron a la Corte Interamericana que determinara con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados en relación con niños migrantes, aun cuando ellos o sus padres sean indocumentados. Esta solicitud podría convertirse en la Opinión Consultiva número 21 emitida por la CorteIDH.

En la solicitud se recuerda el Compromiso de Montevideo sobre Migración y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones de 5 de noviembre de 2006 en el cual se consagra el principio de no criminalización de la migración irregular.

En la solicitud se le pidió a la Corte Interamericana que se pronuncie sobre los siguientes aspectos:

- a) Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes. La pregunta formulada a la CorteIDH en torno a este tema fue: ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?
- b) Sistema de garantías de debido proceso. La segunda consulta concreta que se formuló a la CorteIDH fue ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?
- c) La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio. La pregunta planteada es: ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?

En este sentido, en Argentina se establece el principio general de que durante el procedimiento (administrativo y judicial) de expulsión, la persona no debe estar privada de la libertad (Ley 25.871, 2004). En Europa, se ha precisado que “la detención debería ser la excepción a la regla y solo ser usada como último recurso, cuando medidas alternativas más flexibles hayan fallado...la detención de migrantes no debe ser utilizada como política para gestionar los flujos migratorios”.⁶¹⁸

- d) Medidas de protección de derechos que no implican restricciones a la libertad. ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria? ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que debería aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?

En torno a este tema, las Naciones Unidas han enunciado una serie de directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, entre las que se encuentran: la búsqueda en el país receptor de familia ampliada o referentes afectivos que pueda responsabilizarse por el niño o niña; otras medidas de alojamiento recurriendo a familias sustitutas; fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales), etc.⁶¹⁹

- e) Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. La pregunta generada y sometida a consideración de la CorteIDH es: ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentren bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención

⁶¹⁸ Steps Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, Bruselas, Diciembre 2007, p. 209, <http://www.libertysecurity.org/article1800.html> (fecha de consulta: 10 de junio de 2011).

⁶¹⁹ Naciones Unidas A/Res/64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 24 de febrero de 2010, párr. 53 y ss. <http://www.unicef.org/spanish/.../PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> (fecha de consulta: 20 de Julio de 2011).

Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

A este respecto vale la pena precisar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal.⁶²⁰ Y las condiciones de alojamiento de migrantes sometidos a detención no pueden poner en riesgo su integridad física o su vida.⁶²¹

- f) Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas migrantes. ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?
- g) El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes. ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que “en el marco del trato adecuado los menores no acompañados o separados, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados”.⁶²² Y estableció la obligación estatal de evaluar el riesgo que podría suponer una medida de repatriación ya que dicho riesgo no se limita a la posible privación de la vida o a la vulneración de derechos como la integridad física o la vida, sino que:

⁶²⁰ Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación No. 5, *Situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=262> (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2011).

⁶²¹ *Idem.*

⁶²² Observación General No. 6, Comité de los Derechos Niños, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005). <http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment6.html> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2011).

la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios (...) El retorno al país de origen no entra en consideración si produce un "riesgo razonable" de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas: La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; La existencia de mecanismos para la atención individual del menor; Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden; El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen.⁶²³

- h) Procedimiento de identificación de necesidades de protección internacional de refugiados. ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?
- i) Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres. ¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

La CorteIDH dispuso que el 15 de diciembre de 2011 sea la fecha límite para recibir observaciones escritas y *amicus curiae*.

3.5.2. FUNCIÓN CONTENCIOSA

Señala García Ramírez que “la función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso...y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: notio, vocatio, coertio, iudicio y

⁶²³ *Idem*.

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”.⁶²⁴

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.

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. 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 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*”.⁶²⁵

⁶²⁴ 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, párr. 49.

⁶²⁵ 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, UNAM, México, 2005, t. I, p. 535.

3.5.2.1. CASO YEAN Y BOSICO

En este caso el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución estatal establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. El Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que el Estado negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad y las mantuvo como apátridas.

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 transmite 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,⁶²⁶ en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

3.5.2.2. CASO VÉLEZ LOOR

Este caso se relaciona con la alegada detención en Panamá de Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria --irregular--, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; la falta de investigación de las denuncias de tortura presentadas por Vélez Loor ante autoridades panameñas, así como las condiciones inhumanas de detención a las cuales habría estado sometido en diferentes centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

⁶²⁶ 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.

La CorteIDH retomó criterios asentados en la OC-18/03 y reiteró que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁶²⁷

La CorteIDH observó “que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas”.⁶²⁸

Los hechos ocurridos se realizaron mientras Vélez Loor se encontraba bajo la custodia del Estado panameño debido a su situación migratoria irregular, privado de libertad en centros penitenciarios del sistema nacional. Por tanto, la CorteIDH recordó la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.⁶²⁹

La Corte resaltó que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención. De modo tal que al conocer del fondo del asunto, la Corte “examin(ó) si la conducta del Estado se ajustó o no a la Convención en relación con la legislación vigente al momento de los hechos”.⁶³⁰

Y concluyó que “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En particular,

⁶²⁷ *Caso Vélez Loor*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 21, párr. 143.

⁶²⁸ *Idem*, párr. 152.

⁶²⁹ *Idem*, párr. 205.

⁶³⁰ *Idem*, párr. 285.

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS

1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: UN BREVE PLANTEAMIENTO

La característica genuina, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es sólo la limitación del poder mediante el Derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, es decir, el fin que se persigue con esa limitación:⁶³³ la protección de los derechos humanos.

Esta limitación material del poder aparece, como parte esencial de la Constitución. Las demás limitaciones, temporales o funcionales (división de poderes), son --según Aragón Reyes-- un complemento de aquélla, están, por decirlo así, al servicio de la principal y genuina limitación: la que imponen los derechos humanos.⁶³⁴

Aragón Reyes sostiene que el Estado constitucional “no es más que el intento de juridificar la democracia”, aunque ese intento se logró sólo de manera parcial o incluso “fracase” en determinados momentos.⁶³⁵

Así es válido hablar de un Estado constitucional de Derecho que debe transitar y aspirar a convertirse en un Estado constitucional de Derechos; no sólo por la limitación material que imponen los derechos humanos a la Constitución y al desempeño de los poderes públicos, sino porque el sentido del Estado no puede ser otro que la protección efectiva de los derechos para todas las personas y en todas las circunstancias, por ello fue creado y para ello debe existir.

2. CONTROL CONSTITUCIONAL: TIPOS Y APROXIMACIONES

A finales de los setenta paulatinamente comenzaron a restaurarse los sistemas constitucionales en América. Este proceso se aceleró a mediados de la década siguiente y a finales de ella, en que casi todos los países del área calificaban como democracias electorales, ya que los gobiernos eran

⁶³³ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 147.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 148.

⁶³⁵ *Cfr. Ibidem*, pp. 150 y 151.

resultado de elecciones competidas y generalmente objetivas, aunque en algunos países se presentaron “irregularidades”.⁶³⁶

A fin de lograr el equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo, se introducen instituciones novedosas. En América Latina, en quince Constituciones se encuentra la figura de la interpelación: Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En Argentina sólo respecto al jefe de gabinete. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 165 de la Constitución de El Salvador, si un ministro, un encargado del despacho o un presidente de institución oficial autónoma no concurre a la Asamblea Legislativa a contestar las interpelaciones que se le hicieren, por ese solo hecho, si no existe causa justa, queda depuesto de su cargo.⁶³⁷

Ahora bien, centrandó este desarrollo en el contenido del apartado, hay que reconocer que sobre justicia constitucional existen amplios y profundos estudios, por lo que no se pretende en este trabajo reproducir lo que ya, de forma sobresaliente, se ha expuesto. El objetivo del presente rubro es plantear algunos de los retos o desafíos existentes en la materia, para posteriormente analizar el papel de la justicia constitucional en la garantía jurisdiccional de los derechos de migrantes irregulares en los siete países sujetos a estudio en esta investigación.

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”.⁶³⁸

⁶³⁶ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del Constitucionalismo Latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 10.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁶³⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra, Lima, 2006, p. 28.

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”.⁶³⁹

Dichos órganos son los encargados de realizar la interpretación constitucional, que 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”.⁶⁴⁰

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”⁶⁴¹ a nivel interno.

Además de que “es la interpretación de la propia Constitución, y especialmente la llevada a cabo por Tribunales Constitucionales, la vía que resulta más acorde...para el reconocimiento constitucional de derechos no mencionados expresamente por la Norma fundamental. Pero la posibilidad de que esta vía resulte 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”.⁶⁴² Este es un aspecto importante que será retomado en el análisis posterior de las resoluciones de los órganos de justicia constitucional en los siete países americanos sujetos a estudio.

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”.⁶⁴³

⁶³⁹ Castillo Córdova, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007, p. 207.

⁶⁴⁰ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 40.

⁶⁴¹ 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.

⁶⁴² 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.

⁶⁴³ González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 13.

Por esto, y aunque en este capítulo se analizará la garantía jurisdiccional de los derechos de migrantes irregulares por la justicia constitucional, no se puede perder de vista la diferencia de texto y contexto existente entre los siete países sujetos a estudio.

En lo concerniente a Latinoamérica se ha reconocido que, en ningún continente del mundo se han expedido tantas Constituciones como en Latinoamérica. Por lo que “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”.⁶⁴⁴

En su momento se notará que, en ocasiones, las clasificaciones son matizables y por tanto deben de extenderse o reducirse las fronteras entre categorías, ello sucede con las distinciones entre el control constitucional concentrado y difuso.

Los sistemas de control constitucional representan un elemento preciado para la protección no sólo de la Constitución, sino también del régimen democrático y, por supuesto, de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. Bajo los esquemas de su surgimiento, los sistemas de control constitucional se han clasificado en concentrados y difuso, como se señaló.

El método difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes⁶⁴⁵ no es peculiar a los sistemas jurídicos anglosajones o del *common law*, siendo compatible con los sistemas jurídicos de tradición civil o de derecho romano; habiendo existido desde el siglo XIX en muchos de los países de América Latina. Es el caso, por ejemplo, de Argentina y Brasil que siguieron muy de cerca el modelo norteamericano, y de Colombia y Venezuela, donde existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad.

En consecuencia, el método difuso de control judicial de constitucionalidad existe y ha funcionado --no se harán aquí valoraciones sobre su eficacia-- en sistemas jurídicos tanto con tradición de *common law* como de derecho romano. En su momento Mauro Cappelletti y Jean Clarke Addams, señalaron que existía una incompatibilidad fundamental entre el método difuso de control judicial de la constitucionalidad y los sistemas jurídicos basados en la tradición del derecho romano; Mauro Cappelletti indicó también, al referirse a la experiencia de Italia y

⁶⁴⁴ Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. Marcela Anzola Gil, Dykinson, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002, p. 44.

⁶⁴⁵ Sobre la clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad, véase, entre otros, Pedro Sagués, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 170-184.

Alemania Federal antes de la creación de sus respectivas Corte y Tribunal Constitucionales, que esos países “revelaron completamente, la no adaptación del método descentralizado (difuso) de control judicial para los países con sistemas jurídicos de derecho civil”.⁶⁴⁶

En sentido similar, en Argentina y Brasil, países que también siguen de cerca el modelo norteamericano --en el sentido del poder que tienen los tribunales para dejar de aplicar leyes que consideren no conformes a la Constitución--, se ha establecido la institución procesal denominada “recurso extraordinario de inconstitucionalidad” que puede formularse ante la Corte Suprema contra decisiones judiciales adoptadas en última instancia en las cuales se considera una ley federal como inconstitucional e inaplicable al caso concreto. En igual sentido, otros países con tradición de derecho romano que han adoptado el método difuso de control de constitucionalidad, han establecido mecanismos judiciales especiales para superar los problemas que se puedan derivar de decisiones contradictorias en materia constitucional o provenientes de tribunales diferentes.⁶⁴⁷

En los sistemas de tradición de derecho romano con método difuso de control de constitucionalidad, además han establecido correctivos a los problemas originados por la incertidumbre y conflictividad de decisiones judiciales, mediante el establecimiento de un sistema mixto de control de constitucionalidad, que combina el método difuso con el método concentrado. En América Latina es el caso de Brasil, Colombia, República Dominicana y Venezuela.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007, pp. 88 y 89. Véase Cappelletti, M. y Adams, J.C. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indiannapolis, 1971, p. 59. En sentido similar se considera que es “difícil admitir el método difuso de control de constitucionalidad en países con tradición de derecho romano”, Begun, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, París, 1982, p. V.

⁶⁴⁷ Es el caso de Grecia, donde la Constitución de 1975 estableció una Corte Suprema Especial, con poderes para decidir sobre materias de inconstitucionalidad de las leyes cuando se adopten decisiones contradictorias en la materia, por el Consejo de Estado, la Corte de Casación o la Corte de Cuentas. En esos casos, las decisiones de la Corte Suprema Especial tienen efectos absolutos y generales en lo que concierne al control de la constitucionalidad de las leyes.

⁶⁴⁸ Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho, Comparado*, 52, 1985, p. 33; y Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 92-94.

Fernández Segado ha abordado ampliamente, la convergencia de los modelos concentrado y difuso lo que da lugar a la mixtura o hibridación de los sistemas de control constitucional.⁶⁴⁹ Esto ha sucedido de forma “innovadora” en América.⁶⁵⁰

Como se dijo, no se analizarán los sistemas de control constitucional en abstracto que ya se ha realizado por múltiples autores, desde diferentes perspectivas, ya que ello desviaría a esta investigación de sus objetivos. Sólo analizaremos particularmente los sistemas de control constitucional de los siete países sujetos a estudio, lo cual se realizará *infra* en este mismo capítulo.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

A través de la interpretación, los órganos de justicia constitucional pueden ampliar la protección de los derechos humanos. A continuación se establecerán algunos lineamientos generales sobre la interpretación de derechos humanos; se regresará a esta temática en el capítulo quinto.

Los resultados de la interpretación, incluida la constitucional, han de ser “reforzados y controlados por la aplicación del 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”,⁶⁵¹ pero también se debe tener presente que “la realidad social no es ella misma productora de normas, sino que se limita a inspirar la interpretación de las ya existentes”.⁶⁵²

Es necesario que los jueces no queden amarrados a técnicas y métodos de hermenéutica que inmovilizan, ni se aferren a lo establecido --cuando los resultados que producen ya se han mostrado insuficientes o nulos--, o mantengan una lectura anclada en el ayer, incompatible y frenadora de las posibilidades actuales que indican acordar una nueva solución-- porque es mejor,

⁶⁴⁹ Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004.

⁶⁵⁰ En esta obra el autor sostiene que “América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la búsqueda de fórmulas peculiares de justicia constitucional se refiere, laboratorio que ha venido funcionando y gestando tales mecanismos e institutos procesales constitucionales a lo largo de un dilatadísimo proceso histórico”. *Ibidem*, p. 115.

⁶⁵¹ 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.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 128.

más justa y superadora de la que gozaba de adhesión, la cual ya no es acorde con las circunstancias actuales--.⁶⁵³

Por tanto se requiere avanzar hacia la interpretación evolutiva cuando el operador jurídico busca adecuar el precepto interpretado a las coordenadas de tiempo y espacio.

En alguna medida, la interpretación evolutiva reviste carácter mutativo, pues aunque deja intacto el texto formal de la norma, modifica su contenido, sea agregándole algo (mutación por adición), sea restándole algo (mutación por sustracción).⁶⁵⁴

El método evolutivo se justifica cuando su uso persigue actualizar la Constitución sin alterar su letra ni su espíritu, ni recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

Dentro de este orden de ideas, el denominado “construccionismo amplio norteamericano”, ha construido la doctrina de la *living Constitution*, según la cual la Constitución no es un texto cerrado emitido varias décadas atrás, sino más bien un instrumento de gobierno cuyos conceptos y valores varían cotidianamente.

En el fondo esta teoría, antes de interpretar un texto constitucional, lo que hace es tratar de “construir” respuestas constitucionales para los problemas actuales, sin necesidad de variar el texto original.

Es indudable que la interpretación evolutiva *praeter constitutionem* es legítima, dado que actualiza y desarrolla los principios y valores constitucionales sin atentar contra su letra ni contra la voluntad del constituyente.

La interpretación contra *constitutionem*, por el contrario, tiene dos manifestaciones: la primera, cuando reconoce una mutación constitucional ya operada en realidad. Es decir, se trata de aquellos casos en que se produce una mutación del texto constitucional por una costumbre inveterada en contrario. La segunda manifestación, en cambio, se produce cuando la interpretación evolutiva se convierte en promotora de una mutación todavía sin concretar. En este caso, esa interpretación es ilegítima ya que implica una sustitución pura y simple del texto constitucional vigente.⁶⁵⁵

⁶⁵³ Loñ, Félix y Morillo, Augusto, *Lecturas de la Constitución*, Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Librería editora Platense, Buenos Aires, 2003, p. 50.

⁶⁵⁴ Hernández Valle, Rubén, “La interpretación Constitucional en Costa Rica”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 753.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 754.

Un ejemplo de interpretación evolutiva se encuentra en la interpretación de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el artículo 14 inciso 4) de la Constitución en el sentido de que cuando la norma dispone que “son costarricenses por naturalización:... 4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierda su nacionalidad”, la palabra *mujer* debe leerse como *persona*, de manera tal que también incluya a los hombres.

Cuando la norma fue promulgada en 1949 existía una percepción cultural de que la mujer era débil y debía de protegerse en mayor grado por los poderes públicos. Aunque la desigualdad de género lamentablemente aún es una realidad, los patrones culturales tuvieron un cambio radical a partir de los años setenta, por lo que actualmente se considera que ambos sexos son titulares de los mismos derechos y obligaciones.⁶⁵⁶

El razonamiento judicial debe evolucionar y en materia de derechos humanos debe ser capaz de aplicar racionalmente estándares como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad, ponderación, etcétera.⁶⁵⁷

También es claro que ya no pueden analizarse las normativas jurídicas como parcelas disgregadas del sistema en el que operan.⁶⁵⁸ En términos generales, la interpretación sistemática hace referencia a la estructura y posición de un determinado instituto jurídico o de un precepto jurídico en el complejo global del ordenamiento. Se parte del supuesto de que la Constitución es un todo orgánico, por lo que sus disposiciones deben ser aplicadas de manera concertada.

De ello se infieren varios corolarios: *a)* ningún artículo de la Constitución puede interpretarse de manera aislada; *b)* toda cláusula constitucional debe interpretarse ordenándola con las demás; *c)* la interpretación de la Constitución debe irradiar a las demás normas; *d)* toda interpretación debe propender hacia la vigencia efectiva de los derechos.⁶⁵⁹

En síntesis, la interpretación sistemática propone una exégesis de la Constitución coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil de la Constitución.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 765.

⁶⁵⁷ Carbonell, Miguel, “Consideraciones sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos Constitucionales, Memoria del primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 415.

⁶⁵⁸ *Cfr.* Cisneros Farias, Germán, “La interpretación constitucional en el contexto de la teoría sistémica del derecho” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos...*, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁵⁹ Hernández Valle, Rubén, “La interpretación Constitucional en Costa Rica”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 755.

Sin embargo, el intérprete debe tener claro que toda Constitución suele contener contradicciones y redundancias normativas. En las Constituciones pueden existir conflictos ideológicos, pues las normas tal vez se emitieron en momentos en que imperaban concepciones ideológicas diferentes.⁶⁶⁰

Piza Escalante afirmar que al lado de los derechos comunes, existe un verdadero “derecho fundamental autónomo”, por ende exigible por sí mismo, el Derecho de la Constitución y, junto a éste, hay garantías específicamente constitucionales, como la supremacía y vigencia de la Constitución, entendida ésta última, a su vez, como norma e ideario supremos del orden social.⁶⁶¹

Según Brewer-Carías, el constitucionalismo moderno está montado no sólo sobre el principio de la supremacía constitucional, sino en que como secuela del mismo, “existe un derecho del ciudadano a esa supremacía, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional”.⁶⁶²

Aunque estas ideas no se comparten debido a la extensión de la expresión, sí se considera adecuado enfatizar la relevancia de la justicia constitucional como garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, el “gobierno de la Constitución” puede conducir fácilmente al “gobierno de los jueces”, ya que los enunciados constitucionales, incluidos los declaratorios de derechos, son, por necesidad, tan generales y sintéticos que requieren, en su aplicación a los casos, de modulaciones o especificaciones, o lo que es igual, de concreciones interpretativas de indudable magnitud. En otras palabras, la aplicación directa de los derechos constitucionales por el juez pone en sus manos un amplio margen de actividad “reguladora”, lo que equivale a decir que se confía a la jurisdicción el “desarrollo normativo” del ejercicio de tales derechos. “Los derechos constitucionales ya no serán derechos legales, pero sí, en gran medida, derechos jurisdiccionales.

⁶⁶⁰ *Idem.*

⁶⁶¹ Piza Escalante, Rodolfo, “El defensor de los derechos humanos frente a la justicia constitucional”, en *Memoria Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, pp. 57 y 58.

⁶⁶² Brewer-Carías, Allan, “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo III, pp. 2,696 y 2,697; Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 32.

El Estado constitucional de Derecho, huyendo del Estado legal de Derecho, podría convertirse en un puro Estado jurisdiccional de Derecho”.⁶⁶³

Frente a esta posibilidad se debe someter el ejercicio jurisdiccional precisamente al límite que imponen los derechos humanos. La primera idea que debe presidir la tarea del intérprete de los derechos fundamentales es la posición preferente que éstos ocupan dentro del ordenamiento jurídico.⁶⁶⁴ Así, los derechos fundamentales se convierten en el parámetro material básico que debe ser utilizado para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico.⁶⁶⁵

Entonces ¿cómo se hace efectiva la vinculación positiva de jueces y tribunales a los derechos? De una manera más sutil y acorde con las bases del Estado democrático y constitucional de Derecho: haciendo un uso adecuado de los instrumentos de interpretación jurídica y, en especial, guiando su labor⁶⁶⁶ por el principio *pro persona*.

De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos humanos.⁶⁶⁷

Los órganos de justicia constitucional tiene, para empezar, la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos.⁶⁶⁸

Además, quienes juzgan tendrán la obligación del control sustancial --o de contenido-- de la reglamentación de los derechos, es decir, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley.

Asimismo pueden presentarse “conflictos” entre derechos --que algunos han denominado puntos de contacto-- y para solucionarlos se suele recurrir básicamente a dos métodos: el primero consiste en establecer una jerarquía entre los derechos --*categorization of rights*-- y el segundo en

⁶⁶³ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 157.

⁶⁶⁴ Pérez Tremps, Pablo, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación...*, *op. cit.*, p. 905.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 906.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 907.

⁶⁶⁷ Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª. ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 93.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 94.

decidir mediante el test del balance o del balanceo --*balancing test*--, también llamado ponderación o test ponderativo.⁶⁶⁹ En este trabajo se estima que no es posible establecer una jerarquía entre derechos --con base en la Declaración y Plataforma de Acción de Viena--, es decir, que no se puede determinar *a priori* qué derecho se encuentra sobre otro ya que la prevalencia de un derecho sobre otro sólo se logra ponderando en el caso concreto.

En suma, para Cappelletti, la interpretación “es la actividad teórica con la cual se expresa una imagen o se juzga una realidad: o sea, se interpreta un mundo (interior o exterior); interpretativa es también la actividad pragmática que refleja la reacción del individuo frente a su propia visión o interpretación del mundo o sea realiza, proyecta exteriormente esa interpretación”.⁶⁷⁰

La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen los efectos prácticos de los derechos sobre la realidad cotidiana es uno de los desafíos que tenemos por delante en el mundo y, particularmente, en América.

4. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS EN AMÉRICA

La Constitución para Lassalle no es un acto de voluntad del legislador, sino una realidad política personificada y representada por los factores reales de poder, es decir, la Constitución del Estado que es y no que debe ser.⁶⁷¹

Para Heller la Constitución del Estado --de todo Estado-- no es “la hoja de papel”, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país.⁶⁷² Sin embargo, esas relaciones no son estáticas, sino que se hallan en permanente movimiento; y en la medida que una Constitución se encuentra estrechamente vinculada a la realidad e influye en ella, adquiere y fortalece su fuerza vinculante ante lo fáctico.

⁶⁶⁹ Toller, Fernando, “La Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación...*, *op. cit.*, p. 1202.

⁶⁷⁰ Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987, p. 157

⁶⁷¹ Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª. Ed., Ariel, Barcelona, 2002, pp. 57 y 58. Los factores reales del poder son esa parte de la sociedad agrupada u organizada formalmente o no, que tiene la fuerza suficiente para que los demás factores de poder no la anulen por completo y establezcan normas de coexistencia totalmente adversas a sus intenciones e intereses. No basta con ser un “sector o grupo social” que tenga “intereses y derechos” que defender o que se sienta digno y merecedor de ellos. Es necesario además, ser un factor (de *facere*= hacer, es decir “el que hace”) con capacidad real de actuar, es decir, con el poder efectivo para luchar por la concreción de lo que quiere y le interesa. Covian Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2002, p. 56.

⁶⁷² Covian Andrade, Miguel, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 70.

También es necesario que exista un “sentimiento constitucional”, como lo llama Lucas Verdú,⁶⁷³ en los integrantes de la comunidad, así como por los que encabezan el poder político y que unos estén dispuestos a adecuar su conducta y otros a hacer efectivo el mismo orden.

En este sentido es importante el papel del Derecho vinculado a la realidad existente; y dentro de esa interrelación, el papel que juega la Constitución vista como realidad normativa y como ordenamiento vinculante.⁶⁷⁴

Lucas Verdú observa que la Constitución es más que una norma y aunque se compone por normas, éstas no agotan la realidad constitucional.⁶⁷⁵

La concepción de la Constitución como orden de valores u orden objetivo axiológico, que conforma la vida social y demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho lo encontramos en la sentencia *Lüth*, de 1958,⁶⁷⁶ donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores, en los que se apoyará posteriormente el Tribunal Constitucional en numerosas decisiones.

La justicia constitucional, es decir, la posibilidad de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, deriva de la idea misma de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre cualquier otra norma o acto estatal.⁶⁷⁷

Pero por supuesto, la sumisión de todos los órganos estatales a la Constitución implica, no sólo su sometimiento al texto expreso de la misma, sino a los principios y valores fundamentales que están a la base de la misma y que, al mismo tiempo, pueden inferirse de sus normas.⁶⁷⁸

Sin duda, una de las principales características del constitucionalismo moderno es el concepto de Constitución como norma obligatoria y suprema.⁶⁷⁹ Ello se puede apreciar en los estudios de Loewenstein.

Considerando el grado de eficacia real en el cumplimiento de los postulados políticos primarios, Loewenstein clasifica a las Constituciones como *normativas, nominales y semánticas*. El citado autor relaciona el grado de concordancia o de fidelidad entre el texto constitucional y la realidad

⁶⁷³ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985.

⁶⁷⁴ Caballero, Ángel, *Constitución y realidad constitucional*, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, México, 2005, p. 38.

⁶⁷⁵ Citado por *ibidem*, p. 48.

⁶⁷⁶ Previamente el Tribunal se había pronunciado en este sentido, por ejemplo, en la Sentencia Elfes de 1957.

⁶⁷⁷ Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷⁸ *Idem*.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

política. La constitución normativa implica que el derecho es capaz de regular la vida social, que el documento es cumplido y respetado en la práctica. Por el contrario, la constitución nominal implica que los presupuestos sociales (sobre todo los culturales) y económicos impiden la completa integración de los preceptos constitucionales en la dinámica existencial de la vida política, como aún acontece entre nosotros. Por último, la constitución semántica es la que enmascara o disfraza el ejercicio autoritario del poder.⁶⁸⁰

Asimismo, Pérez Luño se refiere a la tipología de las Constituciones desarrollada por Loewenstein, que opone las Constituciones normativas, aquellas que son “efectivamente vividas”, a las Constituciones semánticas, que son una especie de “disfraz” retórico.⁶⁸¹

Esta misma fuerza vinculante se ha reconocido al conjunto de normas que conforman el “bloque de constitucionalidad”.

El 16 de julio de 1971 el Consejo Constitucional reconoció el valor jurídico positivo del Preámbulo de la Constitución de 1958, con todas sus consecuencias, configurándose así, lo que Louis Favoreu llamó el “bloque de la constitucionalidad”.⁶⁸²

En la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionnalité* se utiliza para designar el conjunto de normas que el *Conseil Constitutionnel* aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los Reglamentos parlamentarios. Este conjunto está integrado en todo caso por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social.

Así, un conjunto de normas --más allá del estricto texto constitucional-- pueden ostentar este rango y ser referencia para el ejercicio del control constitucional de normativas inferiores.

⁶⁸⁰ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Gedisa, Barcelona, 1979, p. 211; y Carnota F. Walter (coord.) *Curso de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 30.

⁶⁸¹ Loewenstein, Karl, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss.; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): Tendencias y desafíos”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁸² Favoreu, L., “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *Mélanges Eisenmann*, Cujas, París, 1975, p. 33; Favoreu, L. y Rubio Llorente, F., *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de Derecho constitucional)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 25 y 26.

5. PROCESOS CONSTITUYENTES RECIENTES EN AMÉRICA

América del Sur ha experimentado interesantes avances y también retrocesos en su evolución política-constitucional de las últimas décadas. Sin embargo, uno de los aspectos que merece mayor atención son los procesos constituyentes que han experimentado Venezuela, Ecuador y Bolivia. Estos procesos han traído como consecuencia, nuevas constituciones con un grado avanzado de reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC), configurándose así, como Constituciones muy progresistas --incluso a nivel mundial-- en esta materia.⁶⁸³

Actualmente, en América del Sur, es posible encontrar, al menos, dos modelos constitucionales diversos en lo que a reconocimiento de derechos se refiere. Por un lado, nos encontramos frente a Constituciones clásicas de corte liberal, que contienen un catálogo de derechos humanos, que no incluyen --o que incluyen mínimamente-- a los DESC, y muchas veces estos DESC son considerados como aspiraciones o disposiciones programáticas, por tanto, desprovistos de tutela judicial efectiva. Por otro lado, nos enfrentamos a nuevos modelos constitucionales, que contienen un importante nivel de reconocimiento constitucional de DESC, pero que no han demostrado aún un grado avanzado de efectividad en el terreno y/o que carecen de una adecuada garantía y tutela judicial.⁶⁸⁴

6. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA

6.1. ARGENTINA

El Estado argentino, donde aproximadamente el cuarenta por ciento de sus habitantes es pobre, en el año 2002 atravesó una fuerte crisis económica.⁶⁸⁵

Naturalmente, no puede ser obviado que en 2001 se produjo la renuncia del presidente constitucional elegido dos años antes, ni que, desde entonces, otras cuatro personas, sucesivamente, fueron escogidas por la Asamblea Legislativa para desempeñar el Poder Ejecutivo.

⁶⁸³ Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): Tendencias y desafíos", en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, op. cit., p. 66.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 70.

⁶⁸⁵ Ferreyra, Raúl Gustavo, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 95-97.

Desde la restauración constitucional de 1983, precedida por más de 7 años de dictadura militar, de la invasión a las Islas Malvinas y del crecimiento geométrico del endeudamiento externo, el pueblo argentino eligió presidente en cuatro ocasiones. Primero, a Raúl Alfonsín, quien renunció en julio de 1989, luego de más de cinco años de gestión. Lo siguió Carlos Menem: fue el único que completó dos mandatos, ya que fue elegido en 1989 y resultó reelecto en 1995, pero, a diferencia de los otros mandatarios presidenciales, con posterioridad al término de su gestión fue a prisión (por actos vinculados con su tarea gubernativa). El cuarto, Fernando de la Rúa, también renunció, en diciembre de 2001, pero habiendo cumplido sólo dos años de mandato y siendo también sometido a enjuiciamiento en sede penal.⁶⁸⁶ Esta ha sido la compleja historia gubernamental argentina.

Se entrará ahora al estudio del sistema de justicia constitucional argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina actúa en Pleno, en los asuntos en los que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. Esta compuesta por siete jueces, cada uno de ellos titular de una vocalía, la Corte designa entre sus integrantes cada tres años a un Presidente y un Vicepresidente.

La Ley 26.183, publicada el 18 de diciembre de 2006, dispuso la reducción del número de jueces de la Corte Suprema a cinco.

Para ser juez de la Corte Suprema se requiere ser abogado con ocho años de ejercicio y las demás condiciones requeridas para ser senador (artículo 111 de la Constitución Nacional), además de integridad moral e idoneidad técnica, compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos. La inhabilitación para ejercer cargos públicos o el desempeño simultáneo de otra función, salvo la docencia, son impedimentos para integrar la Corte.

Es una atribución que corresponde al Presidente de la Nación, que debe contar con el acuerdo del Senado, respecto de la persona propuesta, expresado con el voto favorable, de dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública (artículo 99, inciso 4° de la Constitución). Esta facultad ha sido reglamentada por medio del decreto 222 del año 2003 del Poder Ejecutivo de la Nación, donde se establecieron los parámetros para la mejor selección del candidato propuesto: obligación de publicar el nombre y sus antecedentes, en un plazo máximo de 30 días de

⁶⁸⁶ *Idem.*

producida la vacante por cubrir, en el *Boletín Oficial* y en, por lo menos, dos diarios de circulación nacional, durante tres días.

Los jueces de la Corte conservan su empleo mientras dure su buena conducta (artículo 110 de la Constitución Nacional). Las causas de cese son la renuncia, el fallecimiento y la destitución. En este último caso, la Cámara de Diputados ejerce la atribución de acusar ante el Senado a los miembros de la Corte Suprema por causas de mal desempeño, por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes. Corresponde al Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. El fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado.

La Corte Suprema argentina frente al “stare decisis”

Es constatable la existencia de una línea jurisprudencial de la Corte Suprema según la cual el apartamiento de sus fallos por parte de los tribunales inferiores tienen efectos similares al que tiene en los países del *common law*. Si bien es cierto que el Tribunal hasta ahora no ha enunciado formalmente su adhesión al *stare decisis*, “un análisis detenido de estos precedentes podría llevarnos a la conclusión de que la Corte lo aplica de hecho”.⁶⁸⁷

La Corte ha desarrollado a lo largo de su historia tres series jurisprudenciales diferentes en torno a la obligatoriedad de sus fallos. No se trata de fallos cronológicamente sucesivos, sino que han nacido y se han desarrollado en paralelo. La primera de estas series impone la obligatoriedad para los tribunales inferiores de acatar lo decidido por la Corte en el caso concreto. La segunda y la tercera se ocupan --con criterio dispar-- de la obligatoriedad de los fallos de la Corte fuera del caso (proceso) en el cual fueron emitidos.⁶⁸⁸

Control judicial difuso

En la República Argentina no existe una jurisdicción constitucional específica. El control de la constitucionalidad es un control desconcentrado que compete a cada juez o tribunal, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recurso extraordinario federal,

⁶⁸⁷ Cueto Rúa, Julio, *El Common Law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, La Ley, Buenos Aires, 1957, esp. Cap. III. Hay una reedición de Abeledo-Perrot de 1999. Puede verse también Santa Pinter, José J., *Sistema del derecho anglosajón*, Depalma, Buenos Aires, 1956; y Gottheil, Julio, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

⁶⁸⁸ Bianchi, Alberto, *Control...*, *op. cit.*, p. 353.

regulado por los artículos 14 a 16 de la Ley 482 (Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales).

Todos los magistrados, de cualquier jerarquía y fuero tienen la atribución y el deber de examinar la constitucionalidad de las leyes en las causas cuyo conocimiento les corresponde y abstenerse de aplicar aquellas que se opongan al texto de la Constitución. Por este motivo, todo juez puede determinar, en el caso concreto, que una ley es inválida, ya sea por su falta de adecuación a la ley suprema o porque, no obstante su adecuación genérica, resulta inconstitucional la aplicación a ese caso por sus connotaciones, cuando afecta derechos esenciales más allá de lo razonable, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Por estas consideraciones corresponde aclarar que el control de constitucionalidad es difuso y que tal declaración tiene efectos sólo en el caso concreto, sin que tengan --como principio-- una proyección *erga omnes*.

El control constitucional judicial argentino limita sus efectos al caso en el que se ejerce. La norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó. El Poder Judicial se limita a no efectivizarla en cada caso concreto donde se haya objetado la inconstitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación carece de Salas; conforme al artículo 23 del Decreto ley 1285/58, "las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso". El principio es que la decisión del Tribunal limita sus efectos --que constan en la parte dispositiva del fallo-- al caso que le toca decidir. Razones prácticas derivadas de la economía procesal han permitido sustentar la doctrina del "deber moral" que tienen los jueces de tribunales inferiores a la Corte Suprema de ajustar sus decisiones a los criterios sustentados por la Corte en casos similares. Sin embargo, pueden apartarse de tales criterios, si lo hacen aportando fundamentos novedosos o no considerados por la Corte al resolver originariamente.

Una peculiaridad del derecho constitucional argentino es que se encuentra integrado por los once instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, según la enumeración efectuada en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución

Nacional --reglas del Derecho internacional de los derechos humanos que no han sido “incorporadas”, sino que tienen “jerarquía constitucional”--.⁶⁸⁹

Existen algunos casos en los que se han retomado criterios de tribunales internacionales y en donde se establece la relación entre derecho nacional e internacional.

En el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) –causa N° 17.768–*. (Fallos, 328: 2056, 14/06/2005) la Corte Suprema afirmó que la jurisprudencia de la CorteIDH, así como las directivas de la ComisiónIDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El caso *Verbitsky s/ hábeas corpus* (Fallos, 328: 1146, 3/05/2005), surge a raíz de la presentación de un hábeas corpus correctivo y colectivo por parte de la Organización no Gubernamental Centro de Estudios Legales y Sociales, respecto de todos los detenidos que se encontraban alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

En este caso la Corte Suprema analizó las fuentes nacionales e internacionales que amparan el derecho a la vida, seguridad e integridad física, mencionando no sólo los artículos 18 de la Constitución nacional, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5, Inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también instrumentos que no tienen jerarquía constitucional pero que tienen una gran importancia en lo que hace al estándar internacional respecto de personas privadas de la libertad, como las "Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos" de las

⁶⁸⁹ La Ley 24.820 (BO, 29/5/97) otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ello en virtud del artículo 75 de la Constitución de la República de Argentina, que a la letra dice: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660. Asimismo, se refirió a las Reglas de Beijing respecto de la "Administración de Justicia de Menores" (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores) y a la Opinión Consultiva 17/2002 de la CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.⁶⁹⁰

Otros casos relevantes a fines de este trabajo son:

MAZZEO, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad. 13 de julio de 2007 (Fallos: 330:3248). En esta resolución la Corte Suprema se pronunció sobre la obligatoriedad de las normas internacionales y acentuó la posición asumida en anteriores precedentes respecto de su obligatoriedad y preeminencia, al consagrar por encima del examen de compatibilidad entre la Constitución Nacional y las normas de rango inferior, un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y los tratados internacionales.

En tal sentido, luego de recordar la preeminencia de estos últimos ya sostenida en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492), el Alto Tribunal destaca la interpretación efectuada por la CorteIDH, respecto al control de convencionalidad, que se verá en el siguiente capítulo.

Además, mencionó nuevamente el caso "Almonacid" en el que la CorteIDH había interpretado que el principio *ne bis in idem* no era absoluto y que, por lo tanto, no resultaba aplicable cuando: a) la actuación del tribunal había obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) el procedimiento no se había instruido independientemente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales; o c) no había habido intención real de someter al responsable a la acción de la justicia ya que todo ello sólo constituía una "cosa juzgada" aparente o fraudulenta, desplazándose, de esta manera, la protección del *ne bis in idem* por el derecho de las víctimas y la letra y el espíritu de la Convención Americana. Por último, recordó el Tribunal que en dicho caso la CorteIDH resolvió que el Estado no podía argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

⁶⁹⁰ *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica, VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 327.

La sentencia registra la disidencia de Fayt y la disidencia parcial de Argibay. El primero interpretó cuál es el valor del Derecho de Gentes y señaló:

...no debe confundirse el valor indiscutible del Derecho de Gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional, con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. En definitiva, la mención en la Constitución del Derecho de Gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero en ningún modo –más allá de su indiscutible valor– se le confiere jerarquía constitucional ni ya, remotamente, preeminencia sobre la Ley Fundamental(...) - Considerando 21-

ARANCIBIA CLAVEL, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita" Sentencia del 24 de agosto de 2004 (Fallos: 327:3924). En este caso la Corte Suprema precisó que la norma de derecho internacional que prohíbe crímenes de lesa humanidad es de *jus cogens*; y por constituir una norma imperativa es imprescriptible.

Por tanto, la Corte resolvió que “a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el Art. 62, Inc. 2º, en función del Art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

"Simón, J.H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad", 14 de junio de 2005. Fallos: 328:2056. En este caso se declaró la invalidez de los artículos 1 de la Ley 23.492 (Llamada "Ley de Punto Final") y 1, 3 y 4 de la Ley 23.521, (Llamada "Ley de Obediencia Debida") por ser incompatibles con la Convención Americana (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (artículo XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2 y 9) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).⁶⁹¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las Leyes 23.492 --Ley de Punto Final-- y 23.521 --Ley de Obediencia Debida-- que fueron

⁶⁹¹ González Morales, Felipe, “La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano”, en Almqvist Jessica y Espósito, Carlos (coords.), *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 211 y 212.

derogadas por la Ley 24.952, sancionada en marzo de 1998. También --por mayoría-- declaró la validez de la Ley 25.779 por la que el Congreso, en el año 2003, había declarado la nulidad de aquellas leyes.

La Corte Suprema también reiteró que la jurisprudencia de la CorteIDH, así como las directivas de la ComisiónIDH, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención, debiendo estarse al deber de garantía de los Estados partes puesto de relieve por la CorteIDH en el caso Velázquez Rodríguez⁶⁹² y a las derivaciones concretas de dicho deber que se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial hasta llegar en el momento actual a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

Por ende, sostiene la Corte Suprema, las leyes en cuestión, en la medida en que obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado Argentino y resultan inadmisibles. De este modo, con el objeto de dar cumplimiento a los tratados en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes ha de producirse de forma tal que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada puesto que la sujeción del Estado Argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

Como es claro, el nivel de recepción y cumplimiento interno del Derecho internacional de los derechos humanos por Argentina es significativo.

6.2. COLOMBIA

Colombia ha tenido dieciséis Constituciones durante su vida republicana. La Constitución de 1886 tuvo la mayor vigencia y con sus setenta y siete reformas, sobrevivió hasta 1991. La

⁶⁹² Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Núm. 4.

Constitución vigente desde 1991 se caracteriza por consagrar un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana y en la garantía de los derechos. La Carta fortalece el papel de los jueces, en especial de la Corte Constitucional, de su control y de los mecanismos judiciales de protección de derechos. En sus dieciséis años de vida institucional la Corte Constitucional ha realizado una labor esencial, tanto en la consolidación de una jurisdicción constitucional contemporánea, como en la garantía de los derechos fundamentales. Por estas razones, la Corte Constitucional aparece hoy como el centro de debate por su labor de control constitucional, que de manera reciente se ha extendido a las reformas constitucionales, incluso por vicios de competencia.⁶⁹³

En la Corte Constitucional, las decisiones jurisdiccionales son adoptadas por la Sala Plena (9 magistrados) y por las Salas de Revisión de Tutelas (3 magistrados). El pleno se encarga de las sentencias de constitucionalidad proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, así como de las sentencias de unificación de jurisprudencia en ejercicio del control concreto de constitucionalidad mediante la revisión de decisiones de instancia en materia de tutela. Por su parte, las Salas de Revisión definen los asuntos de tutela, actuando en desarrollo de la revisión eventual de las decisiones que profieren los despachos judiciales del país.

La Corte Constitucional está compuesta por nueve magistrados, para cuya integración deberá tenerse en cuenta la pertenencia a diversas especialidades del derecho (arts. 239 de la Constitución Política y 44 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia).

Para ser magistrado de la Corte Constitucional, según lo dispuesto en el artículo 232 de la Constitución Política Colombiana, se requiere: a) ser colombiano de nacimiento, b) ser abogado, c) no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, d) haber desempeñado durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido con buen crédito por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. No se exige el requisito de pertenecer a la carrera judicial.

Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República de ternas que presentan: tres el Presidente de la República, tres la Corte Suprema de Justicia y tres el Consejo de Estado.

⁶⁹³ Cajas Sarria, Mario, *El Control...*, op. cit., p. 22.

Las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado de la República elegirá un magistrado por cada terna, procurando que la composición de la Corte responda al criterio de diversidad en la especialidad de los magistrados (artículo 44 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia). Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos (artículo 239 Constitución Política.).

La elección de los magistrados de la Corte Constitucional se hará para un periodo individual de ocho años, tiempo durante el cual permanecerán en sus cargos, salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso (artículos 233 de la Constitución Política y 130 Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia).

La Corte Constitucional tiene la facultad de presentar proyectos de ley en materias que se relacionen con sus funciones (artículo 156 de la Constitución Política, concordante con el artículo 13 de la Ley 974 de 2005).

Colombia tiene una larga tradición en materia de control constitucional, la cual se remonta al Acto Legislativo 3 de 1910, reforma mediante la cual se estableció el control por vía de acción pública de constitucionalidad y el control vía de excepción de inconstitucionalidad. Desde entonces se configura el modelo colombiano de control constitucional el cual, por una parte, es un control difuso porque en el curso de cualquier proceso judicial un juez o tribunal puede inaplicar, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, una disposición legal o reglamentaria contraria a la Constitución, pero por otra parte un órgano judicial --hasta 1991 la Corte Suprema de Justicia y a partir de la Constitución de 1991 la Corte Constitucional-- ejerce el control abstracto de las normas con fuerza y rango de ley y profiere sentencias con efectos *erga omnes*.

Si bien la Constitución de 1991, prevé la creación de una Corte Constitucional, eso no significa que se estableciera en Colombia un sistema de control de constitucionalidad que siga los lineamientos del modelo europeo, en el que las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas se concentran en un único órgano. Casi todas las particularidades del modelo de control diseñado a partir del Acto Legislativo 3 de 1910, sobrevivieron al cambio de ordenamiento constitucional, sólo que ahora se articulan con la creación de un tribunal específico al que se le confía la guarda de la supremacía e integridad de la Carta, tribunal que asumió las funciones de control constitucional que bajo el anterior ordenamiento desempeñaba la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, junto con el control ejercido por la Corte Constitucional, al Consejo de Estado (máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo) le corresponde pronunciarse acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (artículo 237.1 constitucional). Además, sigue imperando doctrinal y jurisprudencialmente la interpretación que el artículo cuarto del actual ordenamiento (precepto que establece la supremacía normativa de la Constitución) consagra un control difuso en cabeza de todos los jueces, mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Finalmente todos los jueces son competentes para conocer en primera o segunda instancia de la acción de tutela, mecanismo establecido para la protección de los derechos fundamentales.

Esta pluralidad de mecanismos de control ha suscitado grandes dificultades al momento de definir la estructura de la jurisdicción constitucional.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 43 adoptó una solución intermedia pues si bien en su inciso primero afirma que hacen parte de la jurisdicción constitucional la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el inciso segundo consignaba: "También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deben proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales". Este inciso, posteriormente sería modificado por la Ley Estatutaria 585 de 2000 que prevé como único órgano de la jurisdicción en estudio a la Corte Constitucional. Corresponde a la Corte "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", a la luz de este encargo general, de magna importancia en un Estado de Derecho, el artículo 241 enumera sus atribuciones.

Con fines metodológicos a continuación se agrupan las diversas competencias enunciadas en el artículo 241 constitucional de acuerdo a las normas objeto de control y al tipo de procedimiento previsto para el trámite de cada una.

Asuntos que se tramitan a través de la acción pública de inconstitucionalidad

Se pueden impugnar ante la Corte Constitucional:

1. Los actos reformativos de la Constitución. De conformidad con el numeral 1° del artículo 241 constitucional la Corte es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución "*sólo por vicios de procedimiento en su formación*". A partir de la sentencia C-551 de 2003 la Corte ha defendido

la tesis que puede examinar los así denominados "vicios de competencia", es decir, aquellos que tienen origen en un exceso en el poder de reforma por parte del Congreso de la República y que por tanto implican una "sustitución de la Constitución". Esta tesis ha sido objeto de críticas debido a que supone en definitiva un control material o sustancial de los actos reformativos de la Constitución, el cual no está previsto en la Carta Política de 1991, la cual no establece límites al poder de reforma constitucional.

2. Las leyes, tanto por su contenido material como por vicios en el procedimiento de su formación. Los vicios formales tienen origen cuando se produce una inobservancia de las normas de carácter procedimental que regulan el trámite legislativo, es decir los pasos para que un proyecto se convierta en ley de la República establecidos en la Constitución o en la Ley 5ª de 1992. No todo vicio formal conlleva la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, puesto que el parágrafo del artículo 241 de la Carta establece: "Cuando la Corte encuentre vicios subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado", además estos vicios pueden quedar saneados por el mero transcurso del tiempo (artículo 242.3 constitucional).

Los vicios materiales se presentan cuando el contenido normativo de la ley vulnera una norma constitucional de carácter substancial, a diferencia de los anteriores, estos vicios son insubsanables.

3. Los decretos leyes expedidos por el gobierno con fundamento en facultades extraordinarias.

Las anteriores competencias se tramitan a través de la acción pública de inconstitucionalidad. Como ya se afirmó esta acción es sin duda una de las principales peculiaridades de control constitucional colombiano. Las reglas básicas del procedimiento las establecen los artículos 242 y siguientes de la Constitución, desarrollados por el Decreto 2067 de 1991. Está legitimado para interponer esta acción cualquier ciudadano colombiano, la Corte ha calificado dicha legitimación como un derecho fundamental de todos los ciudadanos para asegurar la supremacía de la Constitución. No están legitimados quienes no tengan la categoría de ciudadanos, por ejemplo las personas jurídicas o los extranjeros. Tampoco son titulares de la acción los ciudadanos a quienes haya sido impuesta una pena de interdicción de sus derechos y funciones públicas. Por otra parte los funcionarios públicos están autorizados a interponer esta acción en ejercicio de sus funciones. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que no sólo se pueden demandar normas vigentes,

las disposiciones derogadas también pueden ser objeto de control si continúan produciendo efectos.

En principio, la acción no tiene término de caducidad, salvo cuando se demande un acto por vicios de forma, caso en el cual sólo podrá interponerse dentro del año siguiente a la publicación del acto respectivo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido que esta limitación sólo afecta a los impugnantes y en ningún caso circunscribe el examen que hace la Corte Constitucional, el cual sigue siendo integral.

Materias objeto de control automático

Otra modalidad de control es el así denominado "control automático", especificidad del sistema colombiano que contradice el carácter rogado de la jurisdicción constitucional.

En estos casos, la Corte Constitucional aprehende de oficio el conocimiento de ciertas disposiciones, sin previa solicitud de trámite, labor que realiza en los siguientes supuestos:

- Los proyectos de ley estatutaria.
- Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban.
- Los decretos legislativos expedidos con ocasión de los estados de excepción.
- Las leyes convocatorias a un referendo o asamblea constituyente para la reforma de la Constitución, antes del pronunciamiento popular y sólo por vicios de procedimiento en su formación.

El procedimiento previsto guarda en términos generales la misma configuración del que se inicia con la acción pública de inconstitucionalidad. La principal diferencia es que el trámite da comienzo con la remisión a la Corte Constitucional del acto que debe ser controlado, en los casos 1 y 4 (artículo 39 Decreto 2067/91) por el presidente del Congreso, y en el caso 2 y 3 por el Gobierno Nacional (artículos 241-10, 214 y 215 Constitución Política). En la eventualidad que falten a dicho deber, el presidente de la Corte Constitucional puede solicitar copia del acto en cuestión. Está prevista igualmente la intervención ciudadana para defender o impugnar las normas sujetas a control e igualmente la obligación a cargo del Ministerio Público de rendir concepto. Salvo el control de los decretos legislativos que sigue un procedimiento abreviado, se aplican los términos previstos en el proceso ordinario.

La Corte Constitucional también acude con frecuencia a la jurisprudencia de la CorteIDH y a las observaciones y recomendaciones emitidas por otros organismos internacionales tales como el

Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la ComisiónIDH o el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Aquí sí existe una notoria diferencia porque la Corte Constitucional colombiana reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CorteIDH y sostiene que las opiniones emitidas por los otros organismos a los que se ha hecho mención son una interpretación autorizada de tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto tiene un mayor peso interpretativo que el derecho constitucional comparado o la doctrina.

Una sentencia que ejemplifica el uso de la jurisprudencia internacional es la C-370 en la cual, al realizar el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 --más conocida como la ley de justicia y paz-- se acude a la jurisprudencia de la CorteIDH sobre los derechos de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario con el propósito de determinar si la legislación colombiana se adaptaba a los estándares internacionales en la materia.

En Colombia todos los procesos de constitucionalidad --incluyendo los controles automáticos-- son públicos y por lo tanto todos los ciudadanos pueden intervenir en el trámite defendiendo o atacando la constitucionalidad de las disposiciones examinadas.

La Constitución de 1991 establece expresamente que los actos reformativos de la Constitución deben ser controlados por la Corte Constitucional.

Desde el comienzo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional es enfática en sostener que el control de las reformas constitucionales únicamente comprende los aspectos formales, de conformidad con el artículo 241, numeral 2 de la Constitución, es decir, “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.⁶⁹⁴

El giro jurisprudencial de 2003: la sentencia C-551

El 7 de agosto del año 2002, asume la presidencia Álvaro Uribe Vélez, quien llega al poder con un gran respaldo electoral.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Esto se ve reflejado en las sentencias C-753 de 1994, C-222 y C-387 de 1997, C-543 de 1998 y C-487 de 2002. *Estructura y atribuciones...*, op. cit., p. 259; y Cajas Sarria, Mario, *El Control...*, op. cit., pp. 97-100.

⁶⁹⁵ Cajas Sarria, Mario, *El Control...*, op. cit., p. 101.

Después de intensos debates, que incluyeron una ardua negociación del gobierno, y sin lograr la aprobación de algunas de las preguntas relacionadas con los temas más polémicos, el Congreso expidió la Ley 796 de 2003.

En el control previo a la ley 796, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de gran parte del articulado que contenía las preguntas que se harían al pueblo para incorporar nuevos enunciados jurídicos a la Constitución. Es precisamente la sentencia C-551 de 2003 (M.P: Eduardo Montealegre Lynett) en donde se pronuncia sobre la citada ley. La Corte consideró que varias preguntas incluidas en la ley vulneran la Constitución y por lo tanto no se pueden formular y someter a la decisión popular.

En la sentencia C-551 de 2003 se construye un concepto de límites competenciales a partir de una interpretación no literal de las funciones de la Corte Constitucional, entre las que se encuentra la del artículo 241, numeral 1 de la C. P.: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Para la Corte, la competencia del órgano que reforma la Constitución es un problema de procedimiento. Cuando el Congreso sustituye la Constitución está vulnerando la Constitución vigente pues esta facultad se reserva al constituyente primario (el pueblo), así la Constitución no lo determine expresamente. De esta manera, para la Corte, la extralimitación de la facultad de reforma constitucional es un vicio de procedimiento que la obliga a ejercer su control para establecer si el Congreso rompió este límite.⁶⁹⁶

6.3. COSTA RICA

En Costa Rica, la Sala Constitucional fue creada en 1989, por medio de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política y por la aprobación de la Ley No. 3128 de 26 de agosto de 1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional. Así se creó un sistema de control y garantías de constitucionalidad en manos de una Sala Constitucional, la cual se encuentra ubicada orgánica y administrativamente en la Corte Suprema de Justicia, pero dotada de la plenitud de competencia, supremacía y autonomía jurisdiccionales.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pp. 103-105.

La Sala Constitucional está formada por siete Magistrados propietarios y catorce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. El período de nombramiento es de ocho años con la posibilidad de reelección automática, si la Asamblea Legislativa no considera lo contrario. Para los suplentes su nombramiento es de 4 años.

Para la elección de los Magistrados los postulantes deben presentar su currículum ante la Comisión de Nombramientos de la Asamblea Legislativa, de donde se sacará una nómina, que se pasará al plenario, para ser designado. Los Magistrados suplentes son elegidos por nóminas que envía la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa con el doble del número de Magistrados a elegir. Son elegidos, igualmente, por la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea. Son reelectos automáticamente, en virtud de la propia Constitución, por periodos iguales, indefinidamente, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se disponga lo contrario.

Los Magistrados suplentes son reelegidos por cuatro años, de igual manera que en la elección original.

El sistema costarricense evolucionó desde un sistema difuso de control de constitucionalidad, como el diseñado por la Ley de Tribunales de 1887 --ante el silencio de la Constitución al respecto--, a un sistema concentrado basado únicamente en regulación legal (Ley Orgánica del Poder Judicial y Código de Procedimientos Civiles de 1937), ante el mismo silencio constitucional. Este último se sustituyó por otro, igualmente concentrado, pero esta vez con rango constitucional, según lo dispuesto por la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, hasta, finalmente, desembocar en un sistema concentrado en grado máximo, que es el de la reforma de 1989.⁶⁹⁷

Existe simultáneamente la competencia de la Sala Constitucional para declarar la inconstitucionalidad como anulatoria y *erga omnes*, de la del juez común, que sería de mera desaplicación para el caso concreto y sus partes.

La Sala Constitucional ha considerado que el modelo de control constitucional en Costa Rica es un modelo concentrado, en el tanto ha manifestado que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, siempre y cuando sea interpretado en el sentido de que no

⁶⁹⁷ *Estructura y atribuciones...*, *op. cit.*, p. 325.

autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, dado que en el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. La Sala consideró que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales.⁶⁹⁸

El artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Sala Constitucional conoce de los recursos de *habeas corpus* y de amparo, de las acciones de inconstitucionalidad, de las consultas de constitucionalidad y de los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, municipalidades, entes descentralizados y demás personas de derecho público.

Recurso de habeas corpus

Cualquier persona puede acudir a la Sala Constitucional cuando considere que su libertad e integridad personales o su libertad de tránsito, o la de un tercero, están siendo o fueron violadas o amenazadas. El artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional protege la libertad personal, la integridad física, la libertad de trasladarse de un lugar a otro del país y la libre permanencia, salida del territorio nacional. Además, busca garantizar la integridad de quien es detenido, proteger su derecho a la libertad y, en general, prevenir o evitar la consumación de una detención ilegal.

Cualquier persona --mayor o menor de edad, nacional o extranjero-- puede presentar un recurso de amparo a su favor o en favor de otro, por cualquier medio escrito, sin importar el idioma.

El recurso de amparo tutela los derechos no protegidos por el recurso de *habeas corpus*, que estipulan la Constitución Política o los Tratados Internacionales aprobados por Costa Rica. Este recurso protege los derechos y libertades fundamentales a que se refiere la Ley de la Jurisdicción

⁶⁹⁸ Sentencia número 1185-95, el 2 de marzo de 1995.

Constitucional, así como los incluidos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

No procede el amparo contra las leyes, decretos y reglamentos, salvo que se impugnen junto con actos de aplicación individual, o cuando se trate de normas que resulten obligatorias por su sola promulgación. Tampoco procede contra las resoluciones y actuaciones del Poder Judicial, los actos que realicen las autoridades administrativas en cumplimiento de órdenes judiciales, o los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

Acción de inconstitucionalidad

Es el medio por el cual la Sala Constitucional realiza el control de constitucionalidad en sentido estricto. Este tipo de control es *a posteriori* y en él se analiza la constitucionalidad de las normas, actos y Tratados o Convenios Internacionales aprobados por Costa Rica.⁶⁹⁹

La acción de inconstitucionalidad es procedente en diversos casos.⁷⁰⁰

Este tipo de acción no es procedente contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Elecciones en el ejercicio de la función electoral.⁷⁰¹

Consulta judicial de constitucionalidad

El juez ordinario tiene la potestad de consultar a la Sala para que determine si una norma o acto que debe aplicar al resolver un asunto sometido a su conocimiento es o no contrario a la Constitución Política. Está regulada en los artículos 80, 88, 91 y 102 a 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Existen dos tipos de consulta judicial, una que hace el juez si lo considera necesario --llamada "facultativa"-- cuando duda de la constitucionalidad de una norma, acto, conducta u omisión que aplicará al resolver un proceso, y, otra, que es la obligada por ley --denominada "preceptiva"--

⁶⁹⁹ Ver artículos 73 al 95 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

⁷⁰⁰ Contra las leyes y otras disposiciones generales, contrarias, por acción u omisión, a alguna norma o principio constitucional; contra los actos personales de las autoridades públicas no revisables por medio del recurso de *habeas corpus* o de amparo, que quebranten alguna norma o principio constitucional; contra las leyes o acuerdos legislativos, que violen algún requisito o trámite dispuesto en la Constitución; contra reformas constitucionales hechas con quebranto del procedimiento establecido en la Constitución; contra leyes o disposiciones generales que se opongan a un tratado público o convenio internacional; contra la violación de una norma o principio de la Constitución en el procedimiento de aprobación de un convenio o tratado internacional; y contra la inacción, omisión o abstención de las autoridades públicas. Ver artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

⁷⁰¹ Ver artículos 74 y 76 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

que está relacionada con el debido proceso, o los derechos de audiencia o defensa, cuya violación se alega como motivo para revisar una sentencia penal.⁷⁰²

La consulta debe ordenarla el juez por resolución fundada dictada en el expediente donde se tramita el caso que conoce, en la que debe indicar las normas, actos, conductas u omisiones cuestionadas y explicar los motivos de duda. Además, en esa misma resolución emplazará a las partes que figuran en el expediente para que dentro del tercer día hábil acudan a la Sala a manifestar lo que estimen pertinente sobre lo consultado, y ordenará suspender el trámite del proceso hasta que la Sala resuelva. Junto con la consulta deberá enviar a la Sala el expediente respectivo.⁷⁰³

Consulta legislativa de constitucionalidad

El Presidente de la Asamblea Legislativa, los diputados, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República o el Defensor de los Habitantes, pueden solicitar a la Sala, antes de la aprobación de una ley, que indique si ese proyecto de ley infringe o no la Constitución Política o algún Tratado o Convenio Internacional aprobado por Costa Rica. Se encuentra regulada en los artículos 96 a 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

A la Sala Constitucional le corresponde dar la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos en los siguientes casos:

- Preceptivamente (de manera obligatoria), cuando se trate de reformas constitucionales o a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como a la aprobación de convenios o tratados internacionales.
- Facultativamente (si se considera necesario), respecto de otros proyectos de ley, de la aprobación de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
- Facultativamente, cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si son proyectos de ley en cuya tramitación,

⁷⁰² Artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional

⁷⁰³ Artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a lo que les corresponde hacer.

- Facultativamente, cuando lo pida el Defensor de los Habitantes porque infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de consultas legislativas: la preceptiva (que es obligatoria), y la facultativa (que se hace si se considera necesario). La preceptiva la debe hacer el Presidente de la Asamblea Legislativa y la facultativa la pueden hacer diez o más diputados, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República o el Defensor de los Habitantes, como se señaló.

6.4. ECUADOR

En el caso de Ecuador, la Asamblea Constituyente empezó a funcionar en noviembre de 2007 y entregó un proyecto de Constitución en julio de 2008, el cual fue aprobado, por referéndum, en septiembre de 2008. La nueva Constitución entró en vigor en octubre de 2008.

El artículo 429 de la Constitución del Ecuador, establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley, que desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años (artículo 432).

Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá: ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos; tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; demostrar probidad y ética; y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político (artículo 433).

Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de

Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres (artículo 434).

La Corte Constitucional elegirá de entre sus miembros, a una Presidenta o Presidente y a una Vicepresidenta o Vicepresidente, quienes desempeñarán sus funciones durante tres años, y no podrán ser reelegidos de forma inmediata. La Presidenta o Presidente ejercerá la representación legal de la Corte Constitucional (artículo 435).

La Corte Constitucional ejerce diversas atribuciones.⁷⁰⁴

Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes (artículo 438).

Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente (artículo 439).

6.5. EL SALVADOR

La Constitución salvadoreña entró en vigor el 20 de diciembre de 1983 y ha sido objeto de numerosas reformas, muchas de ellas vinculadas a los Acuerdos de Paz concluidos en 1992.

Surgida en el contexto de una guerra interna, la Constitución se caracterizó como pluralista, al buscar la participación de las fuerzas alzadas en armas, para lo cual suprimió la prohibición de sustentar doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia plasmada en anteriores Constituciones.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Véase artículo 436.

⁷⁰⁵ Lovo Cautelar, José Luis, “Experiencia de América Central sobre el Poder Judicial”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 524.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está integrada por cinco Magistrados propietarios y cinco suplentes nombrados por la Asamblea Legislativa (artículos 174. 2 y 131 ordinal 19 Constitucional), con el voto de las dos terceras partes de los diputados electos.

El periodo para el que son electos los Magistrados de la Sala de lo Constitucional es de nueve años, con la posibilidad de ser reelegidos (artículo 186.2 Constitucional).

La idea de control de constitucionalidad de las normas se introduce por primera vez⁷⁰⁶ en la República de El Salvador en la Constitución de 1939, en su artículo 28, que establece la potestad de los Tribunales de inaplicar cualquier ley o disposición de los otros órganos del Estado, conocido como control difuso de constitucionalidad. Dicho tipo de control se ha encontrado presente en el resto de Constituciones que han estado vigentes en el país, concretamente en la de 1945 (artículo 110); 1950 (artículo 95); 1962 (artículo 95); y en la vigente de 1983 (artículo 185). El 6 de julio de 2006, la Asamblea Legislativa, a iniciativa de un grupo de diputados, emite el Decreto 45, que introduce reformas a la Ley de Procedimientos Constitucionales, las cuales, a decir de los Considerandos del mismo, tienen por objeto "unificar criterios por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia".

Dichas reformas, van dirigidas, de conformidad con el artículo 77-F en su inciso 1º, a controlar "la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios".

Por otro lado, la Constitución de 1950, en su artículo 96, incorpora en el ordenamiento jurídico salvadoreño la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, también llamado control concentrado de constitucionalidad. Dicho control también fue incorporado en las Constituciones de 1960 (artículo 96) y en la vigente de 1983 (artículo 183).⁷⁰⁷

Además del control posterior de constitucionalidad, la vigente Constitución (artículo 138)⁷⁰⁸ prevé el control previo, el cual fue introducido, por primera vez, en la precitada Constitución de

⁷⁰⁶ Es necesario aclarar que ya en la Constitución de 1841 (Art. 83) se había introducido el hábeas corpus y en la Constitución de 1886 (Art. 37) el amparo. Sobre el tema véase: Montecino Giralt, Manuel Arturo, *El amparo en El Salvador*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005, pp. 10-15.

⁷⁰⁷ Art. 183.- "La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano".

⁷⁰⁸ Art. 138.- "Cuando la devolución de un proyecto de ley se deba a que el Presidente de la República lo considera inconstitucional y el Órgano Legislativo lo ratifica en la forma establecida en el artículo que antecede, deberá el Presidente de la República dirigirse a la Corte Suprema de Justicia dentro del tercer día hábil, para que ésta oyendo las razones de ambos, decida si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días hábiles. Si la Corte

1939, en los artículos 81, 82 y 112 ordinal 3º, el cual ha estado presente en las demás constituciones que han estado vigentes en el país.⁷⁰⁹

El control previo de constitucionalidad opera en el proceso de formación de la ley, en el supuesto en el que el Presidente de la República, al recibir un proyecto de ley, que ya fue discutido y aprobado por la Asamblea Legislativa para su sanción y publicación, lo devuelve al Órgano Legislativo por considerarlo inconstitucional y éste, no obstante, lo ratifica. Dicha situación obliga al Presidente de la República a dirigirse a la Sala de lo Constitucional para que decida si el proyecto es constitucional o no y, si el Tribunal resuelve que es constitucional, estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo. Cabe señalar que se trata de un procedimiento del que en pocas ocasiones ha conocido la Sala de lo Constitucional.

Control difuso

El control difuso de constitucionalidad le corresponde a todos los Jueces de la República, el cual efectúan al conocer de un caso concreto, específicamente cuando, habiendo seleccionado una disposición ésta, previo a ser aplicada, se somete a un juicio de constitucionalidad y el resultado del mismo es negativo o, en otras palabras, el Juez advierte que la disposición seleccionada es contraria a un precepto constitucional (artículos 185 Constitucional y 77-A Ley de Procedimiento Constitucional). En este caso, a diferencia de lo que sucede en un sistema de control concentrado, el juez inaplica la disposición a través de una resolución debidamente motivada e inmediatamente (el mismo día) debe enviar certificación de la misma a la Sala de lo Constitucional.

Los efectos de la inaplicación se circunscriben al caso concreto, es decir, no vincula a terceros. Dicha remisión implica un requerimiento para que el Tribunal inicie un proceso de inconstitucionalidad (artículos 77-C, 77-D, 77-E, 77-F Ley de Procedimiento Constitucional). Finalmente, cabe aclarar, que el efecto de la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad iniciado, sobre todo la desestimatoria, no tiene incidencia en el caso concreto dentro del que se inaplicó la disposición, es decir, tiene efectos *erga omnes*, pero a partir de su pronunciamiento (artículos 77-F Ley de Procedimiento Constitucional).

decidiera que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley."

⁷⁰⁹ *Estructura y atribuciones...*, op. cit., p. 343.

Control concentrado

El proceso de inconstitucionalidad puede ser iniciado por cualquier ciudadano salvadoreño (artículos 183 y 71 Constitucional), exclusivamente ante la Sala de lo Constitucional (artículos 183 y 174 Constitucional).

A través de este proceso constitucional, se puede pedir sean declaradas inconstitucionales leyes, decretos y reglamentos, en forma y contenido, y los efectos de los pronunciamientos que efectúa el Tribunal son generales y obligatorios (artículo 183 Constitucional).

La Sala ha aclarado que el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad debe entenderse como toda proposición jurídica de carácter general y abstracto, es decir, cualquier disposición general con fuerza de ley.⁷¹⁰

Asimismo, el Tribunal ha establecido la posibilidad de conocer de la inconstitucionalidad de actos de contenido concreto derivados del cumplimiento a un mandato expreso y directo de la Constitución, pues excluir estos actos concretados a través de "leyes" en sentido formal *stricto sensu*, permitiría la existencia de actuaciones de los gobernantes exentas de control.⁷¹¹ Sin embargo, cuando el acto impugnado no tiene como único parámetro a la Constitución, no es viable su impugnación.⁷¹²

Finalmente, también pueden ser objeto de control constitucional, a través de este proceso, las omisiones cuando se trata de mandatos constitucionales que prevén la indispensable emisión de disposiciones infraconstitucionales que las desarrollen y concreten para su plena eficacia. Sobre tales mandatos, se ha aclarado que no necesariamente deben aparecer explícitos en la Constitución, pues pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional.⁷¹³

La Sala de lo Constitucional, en su Sentencia de inconstitucionalidad 24-97, aportó importantes lineamientos jurisprudenciales relacionados con el objeto de control en los procesos de inconstitucionalidad. En esa sentencia se analizó la inconstitucionalidad planteada respecto a la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz a través de un pronunciamiento de fondo, es decir, mediante una sentencia definitiva.

⁷¹⁰ Sentencia pronunciada en la inconstitucionalidad 7-91, el 16-VII-92.

⁷¹¹ Sobreseimiento proveído en la inconstitucionalidad 6-93, del 3-XI-97.

⁷¹² Improcedencia pronunciada en la inconstitucionalidad 8-05, del 18-IV-05.

⁷¹³ Sentencia proveída en la inconstitucionalidad 2-95, el 28-IV-00.

Otro tema desarrollado en esa sentencia fue el parámetro de control en este tipo de procesos constitucionales, retomando el criterio que sostiene que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radicaba en la confrontación internormativa que el peticionario planteaba en su demanda y justificaba con sus argumentos, siendo los dos extremos de tal cotejo o confrontación: (a) la normativa constitucional, que se propone parámetro; y (b) la disposición, cuerpo normativo o acto concreto realizado en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional, que el peticionario pide invalidar.

Respecto del parámetro de control se enfatizó en la no contemplación, por parte del sistema jurídico salvadoreño, de un bloque de constitucionalidad, en el sentido de que la Constitución, junto con otra normativa, pudiera servir de canon de control en este tipo de procesos. Esta idea se basó en que, si bien era innegable que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, al igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución, podían estimarse como un desarrollo o complementación de los alcances de los preceptos constitucionales, ello no les convertía en parte integrante de la Ley Suprema, en virtud de que la Constitución tenía rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico --artículos 246 inc. 2º constitucional--, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados --artículos 145 y 149 constitucional--, a leyes, a reglamentos y demás disposiciones jurídicas.

En ese sentido, la conclusión en ese aspecto fue que, si bien hay una evidente vinculación material entre la llamada parte dogmática de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal vinculación no equivalía a una integración normativa de ambos tipos de disposiciones en una sola categoría constitucional, ya se denominara "bloque de constitucionalidad" o de cualquier otra manera.

En relación con el parámetro de control de constitucionalidad y, más en concreto, con la invocación de normativa internacional, la Sala replanteó los criterios de interpretación del artículo 144 de la Constitución, en el sentido que el inciso primero de dicha disposición constitucional colocaba a los tratados internacionales vigentes en el país en el mismo rango jerárquico que las leyes de la República, entendiendo éstas como leyes secundarias. En consecuencia, no existía jerarquía entre los tratados y las leyes secundarias de origen interno. Sin embargo, del segundo inciso se entendió que los tratados internacionales tenían fuerza pasiva frente a las leyes secundarias de derecho interno, es decir, que no podían ser modificados o

derogados por las leyes internas, por lo que se concluyó que estas últimas estaban dotadas de fuerza jurídica o normativa inferior. Se dijo entonces que lo que existía era un criterio de jerarquía --que operaba en el momento de creación del derecho--, y otro de prevalencia --que operaba en el momento de la aplicación del derecho--, por lo que la Sala reiteró que el enfrentamiento entre tales normas internas e internacionales no implicaba *per se* una inconstitucionalidad.⁷¹⁴

Amparo

El amparo es otro de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico salvadoreño a través de los cuales se protege la Constitución y, en concreto, los derechos reconocidos en la misma (artículo 247 constitucional).

El modelo de amparo previsto en la Constitución es amplio, ya que protege todos los derechos consignados en la misma, el cual debe de ser promovido por el agraviado (artículo 14 Ley de Procedimientos Constitucionales), exclusivamente ante la Sala de lo Constitucional (artículos 174 y 182.1 constitucional), después de haber intentado subsanar la violación constitucional a través de los distintos recursos ordinarios previstos en la vía correspondiente (artículo 12.3 Ley de Procedimientos Constitucionales).⁷¹⁵

Puede ser demandada en amparo cualquier autoridad. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que también procede al amparo, bajo ciertos supuestos, contra particulares.

Finalmente, los efectos de la sentencia de amparo son entre las partes, es decir, se circunscriben exclusivamente a los sujetos que han intervenido en el proceso, incluso en el caso del amparo contra ley autoaplicativa.

En la Sentencia pronunciada en el hábeas corpus identificado con el número 65/2006, iniciado a instancia de parte, la Sala de lo Constitucional entró al análisis de la dignidad, integridad física, psíquica y moral de las personas privadas de libertad. Este tema ya había sido abordado por la Sala de lo Constitucional en anteriores ocasiones, como lo sostuvo en la resolución que se cita.

⁷¹⁴ *Estructura y atribuciones...*, *op. cit.*, p. 372.

⁷¹⁵ http://www.csj.gob.sv/constitu/images/pdf/pro_cons.pdf (fecha de consulta: 21 de noviembre de 2010).

Sin embargo, en la sentencia se delimitó, por primera vez, el ámbito de aplicación del denominado hábeas corpus correctivo.

La resolución en comento calificó a la dignidad como "un mínimo irreducible protegido por el ordenamiento jurídico que, incluso en los casos en que se hayan impuesto limitaciones al goce de derechos fundamentales, verbigracia la libertad, las mismas no deben constituir un detrimento para el respeto que, como ser humano, merece la persona".

6.6. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

A) El principio *stare decisis*

En el mundo anglosajón, regido por el sistema del *common law*, los fallos de los tribunales son obligatorios como precedentes. Se aplica allí la regla del llamado *stare decisis*, según la cual los jueces están obligados a seguir en sus decisiones lo resuelto en las sentencias anteriores dictadas en casos similares por los magistrados de la misma jurisdicción de jerarquía igual o superior.

El *stare decisis et non quieta movere* supone, en esencia, que un tribunal, al fallar un caso, debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquél en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable, en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de hechos. Para entender mejor esta doctrina que tiene como fundamento la predictibilidad de los tribunales y tuvo aplicaciones en Europa continental antes de la Revolución Francesa, es preciso distinguir --tal como se hace en el mundo anglosajón-- entre las dos partes en que las sentencias pueden ser intelectualmente divididas: 1) *el holding, o ratio decidendi*, y 2) el *obiter dictum*. El primero es el conjunto de principios jurídicos en los que se funda el fallo; el segundo son los comentarios dichos "a mayor abundamiento" y de los cuales podría prescindirse para su solución. De allí que lo que constituye precedente obligatorio es el *holding* de la sentencia.⁷¹⁶

Una segunda distinción que debe tenerse presente es que hay sentencias cuyo *holding* es obligatorio (*binding*) y otras en donde éste sólo resulta persuasivo (*persuasive*) por su fuerza de

⁷¹⁶ Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, t.1, pp. 348- 350.

convicción, y también por la autoridad del tribunal o del juez que emitió el fallo. Para entender esta distinción es preciso tener en cuenta que para un juez sólo son obligatorios (*binding*) los precedentes (*holding*) de los tribunales superiores de su jurisdicción. Los restantes pueden ser persuasivos, pero no está obligado a seguirlos. A su vez un tribunal está --por regla-- obligado por sus propios precedentes, pero puede cambiarlos si es necesario, para lo cual debe hacerlo fundadamente.⁷¹⁷

B) Judicial review of legislation

La introducción de la *judicial review of legislation* no modifica la relación existente entre la Corte Suprema y el resto de los órganos judiciales. Las formas de su jurisdicción, *original* y *appellate*, se mantienen inmutables y no sufren modificación alguna las vías procesales a través de las cuales se ejerce esta última, los *writs de certification*, *appeal* y *certiorari*.

La sentencia de la Corte concluye en una decisión de anulación (*overruling*) o ratificación (*upholding*) del fallo recurrido, acompañada, en el primer caso, de un mandato dirigido al Tribunal inferior para que dicte nueva sentencia de acuerdo con la opinión de la Corte. El núcleo de la sentencia, su contenido normativo, no está, sin embargo, en esta conclusión, que tiene los efectos propios de la *res iudicata*, sino en la opinión que conduce a ella, pues es esta opinión la que establece la regla de derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio, es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha hecho el contraste.⁷¹⁸

La Corte Suprema que es intérprete supremo de la Constitución, pero también de la Ley, no está obligada a aceptar la interpretación de ésta hecha por la sentencia recurrida cuando dicha sentencia procede de un Tribunal Federal y puede, por tanto, anular la sentencia en la que éste ha aplicado la ley de forma constitucionalmente incorrecta.

La declaración de inconstitucionalidad, si cabe hablar así, no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto. Esta limitación de la regla declarada *void*, hace posible la subsistencia, como derecho vigente, del enunciado del que se la

⁷¹⁷ *Idem.*

⁷¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La forma...*, *op. cit.*, pp. 468- 474.

hizo derivar, que aplicado a casos distintos o interpretado de distinta forma puede ser perfectamente conforme con la Constitución. En todo caso, es claro que como es el Juez, cada Juez, quien ha de interpretar la “regla de inconstitucionalidad” establecida por la Corte Suprema, esta regla no le impide aplicar la ley “inconstitucional” cuando entienda que la regla en cuestión no incluye el caso que ha de decidir, del mismo modo que puede estimar inválida e inaplicar, por inconstitucional, una Ley que la Corte Suprema no ha considerado contraria a la Constitución, cuando, a su juicio, sí lo sea en relación con el caso a resolver. Por lo anterior, se ha afirmado que “la interpretación judicial de las reglas establecidas por la Corte Suprema (considerando la posibilidad que el mismo sistema implica de que ésta revoque sus anteriores pronunciamientos de inconstitucionalidad), hacen de las frontera entre la ley constitucional y la que no lo es una frontera dinámica, continuamente sujeta a matizaciones”.⁷¹⁹

Por otra parte, Sunstein sostiene que el minimalismo es un método de decisión judicial de las Cortes estadounidenses, principalmente por la Corte Suprema de Justicia, que puede determinarse mediante un análisis riguroso de sus fallos. Este tema subyace a la investigación desarrollada por el autor durante varias décadas, que lo han llevado a teorizar y a defender la democracia deliberativa en diversas obras.⁷²⁰

Para Sunstein, la Constitución estadounidense tiene contenidos abiertos y abstractos acerca de las más altas aspiraciones de la sociedad. Por ejemplo, sobre la libertad o la igualdad. Las normas constitucionales hacen que nos interroguemos sobre aspectos como: ¿cuándo puede el Estado discriminar en razón de la raza o de la orientación sexual?, o si el Estado restringe la libertad de expresión cuando, regula los costos de las campañas políticas, controla Internet, o cuando regula programas educativos para los niños, o el tiempo al aire gratis para los candidatos en los medios de comunicación. Algunas veces la Corte Suprema de EUA responde a estas preguntas, pero usualmente los jueces deciden muy poco y prefieren dejar aspectos sin definir (abiertos). En palabras de Sunstein, sobre la libertad o la igualdad, los jueces de manera deliberada “deciden sobre lo que debería dejarse sin decidir”. Ésta es una práctica judicial extendida: los jueces hacen y dicen tan poco como sea necesario con el fin de justificar el resultado. “El minimalismo

⁷¹⁹ *Idem.*

⁷²⁰ Sunstein, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 2ª. ed., Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 3.

constitucional ha sido la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa”.⁷²¹

El minimalismo judicial consiste en decir lo menos posible para justificar la decisión, en dejar sin decidir lo más que se pueda. Esta metodología, no responde a una teoría elaborada por los jueces, ni es un programa determinado, sino más bien a su comportamiento real cuando deciden los casos.⁷²²

Por otra parte, existe en los EUA una doctrina elaborada por John Hart Ely, que a la par de ensayar un fundamento para justificar tal legitimación, se relaciona fuertemente con la dimensión política del control de constitucionalidad. En pocas palabras, la tesis consiste en que los jueces están legitimados para ejercer el control en la medida en que actúen como guardianes del proceso político democrático.⁷²³

Claramente los marcos para la actuación de la Corte Suprema de los EUA lo proveen las leyes. En este sentido se ha afirmado que “las leyes norteamericanas son de una precisión y exactitud que al lado de ellas las nuestras parecen una invitación a la más descarnada discrecionalidad de los jueces”.⁷²⁴ Y se cita como ejemplo, el Título 28 del *United Status Code*, que constituye el compendio legislativo de toda la organización judicial federal en los EUA, donde se regula desde el número de jueces de la Corte (& 1) y sus salarios (& 5), hasta la forma en que deben ser impresos y distribuidos los volúmenes de los fallos, del Tribunal (&& 411 a 414).

Se cree, sin embargo, que lo importante no es limitar o restringir la actuación del juez a la letra de la ley o hacer una ley tan descriptiva que no permita el “margen de apreciación judicial” para la adaptación de la normativa a las condiciones de vida actuales de la sociedad en cuestión; se estima que lo verdaderamente relevante es que quienes juzgan desempeñen sus funciones con

⁷²¹ *Idem*; Cajas Sarria, Mario, *El Control judicial...*, *op. cit.*, pp. 118-122.

⁷²² Sunstein está a favor del minimalismo y argumenta que éste: permite que las Cortes respeten sus precedentes al considerar casos en que se puede realmente decidir, mediante un “uso constructivo del silencio”; reduce los ámbitos de la decisión a un caso concreto, deja espacios abiertos y de esta forma permite tomar una decisión sin entrar a considerar aspectos en donde no se lograría acuerdos entre los jueces colegiados de un tribunal o, mejor aún, sería imposible para un juez constitucional obtener la información necesaria (que incluso no estaría disponible para otros actores políticos o jurídicos); hace menos frecuentes los errores judiciales y menos perjudiciales sus efectos, pues es muy difícil prever las consecuencias a futuro; favorece la democracia deliberativa al permitir un debate amplio en todos los niveles. Cuando hay división sobre lo que significa la moral es mejor deliberar en otros espacios, que decidir por un juez. Sunstein, Cass R., *One Case at...*, *op. cit.*, p. 3.

⁷²³ Bianchi, Alberto, *Control...*, *op. cit.*, pp. 232 y 233.

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 363 y 364.

apego al orden jurídico y con pleno respeto a los derechos humanos y utilicen las herramientas interpretativas para proteger a la persona y sus derechos.

Es importante que en un sistema federal, a los tribunales estatales se les dé la primera oportunidad de considerar la aplicabilidad de las leyes a la luz de los cuestionamientos constitucionales, ya que pueden ser interpretadas de manera tal que su constitucionalidad sea salvada. Así, el tribunal estatal puede bloquear la cuestión federal dentro de una adecuada e independiente interpretación, haciendo innecesaria, por ende, la intervención de la Corte Suprema. Claramente para lograr este fin los tribunales estatales deben asumir plenamente su responsabilidad y no exponer a los países al cuestionamiento por incumplimiento de sus compromisos internacionales, entre ellos los relativos a derechos humanos.

Se ha sostenido que “un Estado no puede tener pretensiones de practicar la democracia sin jueces confiables”,⁷²⁵ entendiendo a la democracia vinculada de forma inseparable a los derechos humanos, tal y como se comentó en el capítulo primero.

La Corte Suprema de EUA se integra de 9 jueces, 8 jueces asociados y 1 presidente.⁷²⁶

La “jurisprudencia de valores” en los Estados Unidos de América

El Tribunal Supremo norteamericano constituye el principal ejemplo de actividad creadora de Derecho Constitucional basada en valores, con fundamento o base en algunas cláusulas generales y ambiguas del texto constitucional. Ciertamente, puede hablarse de “jurisprudencia de valores”, con un sentido general, refiriéndose al uso por los Tribunales constitucionales de los valores y principios fundamentales de la Norma Suprema, y las consecuencias que tal uso conlleva. La “jurisprudencia de valores” presenta en el país norteamericano unas características específicas.

La muy especial incidencia creativa que han tenido los valores en EUA; ello debido a la apertura y generalidad con que se recogen los valores en el texto constitucional, en el cual encuentran escaso desarrollo.

⁷²⁵ *Ibidem*, pp. 368 y 369.

⁷²⁶ El fundamento constitucional de la Corte Suprema se encuentra en el Article III, §1, of the Constitution provides that “[t]he judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.” The Supreme Court of the United States was created in accordance with this provision and by authority of the Judiciary Act of September 24, 1789 (1 Stat. 73). Se instaló en 1790. <http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx> (fecha de consulta: 21 de noviembre de 2010).

Por otro lado, en EUA se ha producido en las últimas décadas un interesante debate doctrinal en torno a la interpretación constitucional, en el cual se ha dedicado especial atención al problema de cuáles han de ser los valores que presidan la interpretación del texto fundamental, de qué manera deben “extraerse” los mismos, y qué legitimidad posee el Tribunal Supremo para su uso. La que se viene denominando “jurisprudencia de valores”, ha tenido como efecto principal y propio en EUA, que a lo largo de las décadas, el Tribunal Supremo haya ido “creando” o reconociendo nuevos derechos o “facetas” de los derechos, e incorporándolos a *Bill of Rights*, mediante una interpretación basada en los valores que se derivan de la Constitución.⁷²⁷

El Tribunal Supremo ha utilizado también con frecuencia la cláusula de “igual protección”,⁷²⁸ para reconocer derechos a determinadas categorías de personas. De esta forma, la Corte ha aumentado su poder creativo, estableciendo nuevas “categorías sospechosas” de discriminación, que no aparecen expresamente en el texto constitucional, o imponiendo medidas para conseguir la desegregación racial.

En realidad, la relación entre la cláusula de igual protección y la del proceso debido es notoria; el propio Tribunal ha admitido que “la discriminación puede ser tan injustificada que resulte una violación del debido proceso”. Sin embargo, y aunque haya casos en los que podrían utilizarse ambas cláusulas, puede realizarse una separación entre ellas: si la ley restringe la capacidad de todas las personas para ejercer un derecho fundamental (o, simplemente, restringe su libertad), deberá ser revisada en base al *due process*; en cambio, si restringe la capacidad de una clase de personas para ejercer los derechos fundamentales (o “clasifica” a las personas), el análisis se llevará a cabo según la cláusula de *equal protection*.⁷²⁹

Lo cierto es que la *Supreme Court* ha ido estableciendo una serie de “categorías sospechosas” de discriminación, no incluidas expresamente en la cláusula de la *equal protection*, que pretenden someter a un examen más cuidadoso de constitucionalidad a las leyes que afecten a estas categorías, lo que implica que solo cuando tales leyes sirvan determinados fines (apremiantes o importantes) serán constitucionalmente admisibles. Puede citarse como origen de estas ideas la célebre nota a pie de página número 4 de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, en la que se plantea si el prejuicio contra “minorías aisladas y sin voz” puede justificar un examen

⁷²⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores...*, *op. cit.*, pp. 336 y 337.

⁷²⁸ Con base en la Enmienda XIV.

⁷²⁹ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

judicial más estricto. Como es sabido, el Tribunal ha ido creando con este fundamento una serie de “categorías sospechosas”: raza u origen étnico, extranjería, hijos ilegítimos y sexo, sometidas a un escrutinio “estricto” o, en su caso, intermedio. En cambio, parece haber rechazado dicha consideración para la pobreza.⁷³⁰

6.7. MÉXICO

La SCJN se compone de once ministros y funciona en Pleno y en Salas. El Pleno se integra por la totalidad de los ministros. Basta la presencia de siete de ellos para que el Pleno pueda funcionar, salvo cuando se trate de acciones de inconstitucionalidad y de lo previsto en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional, relativo a controversias constitucionales. Tratándose de la discusión de acciones de inconstitucionalidad, es necesaria la presencia de ocho ministros. Por regla general, las resoluciones del Pleno se toman por unanimidad o mayoría de votos.

La SCJN cuenta con dos Salas. La Primera conoce de asuntos de materia civil y penal y la Segunda de cuestiones administrativas y laborales. Cada Sala se integra con cinco ministros; el Presidente de la SCJN no integra Sala. Cada dos años sus miembros eligen, de entre ellos, a quien deberá fungir como Presidente de Sala, y no podrá ser reelecto para el período inmediato posterior. Ambas salas conocen de los recursos de apelación, de revisiones de amparo cuando subsisten problemas de constitucionalidad; del recurso de revisión contra sentencias de amparo directo; del recurso de queja; recurso de reclamación contra acuerdos de trámite; de algunas controversias competenciales y denuncias de contradicción de tesis, entre otros.

De conformidad con el artículo 95 de la Constitución Federal, para ser Ministro de la SCJN se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya

⁷³⁰ *Ibidem*, pp. 346 y 247.

sido la pena; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación y no haber sido Secretario de Estado, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.

El artículo 96 constitucional adopta el sistema mixto para el nombramiento de los Ministros, el cual se desarrolla de la siguiente forma: corresponde al Presidente de la República someter a la consideración de la Cámara de Senadores una terna de candidatos. Por su parte, el Senado hará comparecer a las personas propuestas para que respondan directamente sobre las exigencias constitucionales y cualidades personales. La Cámara hará el nombramiento con la aprobación del voto de las dos terceras partes de los senadores presentes.

Este procedimiento debe realizarse dentro de los 30 días siguientes al de la presentación de la terna ante la Cámara de Senadores y si se agota ese plazo sin resolución del Senado, ocupará el cargo de Ministro la persona que de esa terna designe el Presidente de la República.

Si la Cámara de Senadores rechaza la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá a su consideración otra terna sujeta al mismo procedimiento, pero si la segunda terna también fuera rechazada, ocupará el cargo de Ministro de la SCJN la persona que de esa segunda terna decida el Presidente de la República. Este sistema, de llegar a esta última hipótesis, cuestionaría la independencia del Poder Judicial Federal.

De acuerdo con el artículo 94 de la Constitución, los Ministros de la SCJN durarán en su encargo quince años y sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de la Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Los procedimientos de control constitucional están considerados en los artículos 103 a 107 constitucionales, en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la misma y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Controversia constitucional

Se trata de un proceso contencioso que sostienen dos o más entidades, poderes u órganos del Estado, fundamentalmente por invasión a sus esferas competenciales.

En general, las resoluciones dictadas en estos asuntos tienen efectos entre las partes. Sin embargo, en algunos supuestos, la resolución tendrá efectos *erga omnes* cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

La resolución de las controversias constitucionales es atribución exclusiva del Pleno de la SCJN, al igual que de las acciones de inconstitucionalidad.

Acción de inconstitucionalidad

Es un procedimiento llevado en forma de juicio en el que no hay contienda en sentido estricto, sino el análisis abstracto de una ley cuya constitucionalidad se cuestiona y cualquier dispositivo de la Constitución mexicana. Pueden presentarla el Procurador General de la República, el 33% de los integrantes del cuerpo legislativo que emitió la norma, los partidos políticos únicamente en contra de leyes electorales, así como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las comisiones estatales de derechos humanos, sólo respecto de las leyes y tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

La acción de inconstitucionalidad debe interponerse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma que se combate. Las resoluciones de la SCJN se limitan a declarar la invalidez de la norma impugnada, con el voto de ocho ministros.

Acción de inconstitucionalidad contra leyes que vulneren derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México: cuestionable decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana

José Luis Soberanes, Ombudsman nacional en ese momento, promovió una acción de inconstitucionalidad -- Demanda de la acción de inconstitucionalidad 22/2009, presentada ante la SCJN el 29 de enero de 2009-- en contra del Congreso de la Unión y otras autoridades, por las reformas al Código de Comercio (artículos 1,339 y 1,340), al considerar que estos preceptos violaban derechos contemplados en tratados internacionales.

La SCJN determinó que las Comisiones de Derechos Humanos, nacional y estatales, no tienen atribuciones para impugnar leyes nacionales que estimen que violan o vulneran derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por México.

La interpretación de la SCJN fue cuestionable ya que podría tornarse restrictiva, formalista y a través de ella el Estado mexicano desatiende el principio *pro persona*. Además es contraria al

principio de progresividad, ya que limita o restringe las garantías que existen en el derecho interno mexicano para hacer exigibles y justiciables los derechos humanos, es decir, en lugar de fortalecer o crear más y mejores garantías, disminuimos y debilitamos las garantías de los derechos en el derecho interno mexicano.

La visión de la SCJN no consideró las consecuencias que se producirán para el Estado mexicano si en su orden jurídico interno se emiten y aplican leyes que contravengan tratados internacionales; esta situación puede conducir a la responsabilidad internacional de México y a que se le condene por violaciones a derechos humanos, como ya se ha hecho por la CorteIDH.

Esta resolución representó un retroceso en el derecho interno mexicano pero no necesariamente es un límite al sistema *ombudsman* el cual podrá buscar otras alternativas para la defensa de los derechos humanos, e incluso llegar en instancias internacionales si se pretende mantener vigente en cualquier parte del territorio mexicano alguna legislación federal o local que contravenga tratados internacionales.

Una interpretación de esta naturaleza pareció incumplir la sentencia de la CorteIDH en el caso Radilla Pacheco --así como las posteriores sentencias en los casos de Valentina Rosendo e Inés Fernández--; a la letra dispuso “que es consciente de 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana... En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CorteIDH, intérprete última de la Convención Americana”.⁷³¹

También, la SCJN podría ser incongruente con sus propios criterios al desatender la interpretación de la jerarquía normativa mexicana que desprendió del artículo 133. Es

⁷³¹ Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Mayo de 2007, p. 1641 Tesis: P./J. 18/2007, Jurisprudencia.

cuestionable que una ley federal (de menor jerarquía) prevalezca aun en contravención con una norma de mayor jerarquía (el tratado internacional). Frente a esta situación, la SCJN no debería restringir el ejercicio y operatividad de un mecanismo para la protección de derechos humanos, además de que bajo el concepto de violaciones directas e indirectas a la Constitución, generalmente una ley al vulnerar un tratado internacional violenta al mismo tiempo a la Constitución mexicana.

Vinculado a la jerarquía, 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”.⁷³² 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”.⁷³³

Sin duda, la protección de los derechos humanos no puede estar sujeta a formalismos jurídicos. Y si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, no puede desconocerse la disposición del artículo 133 constitucional que consagra su valor jurídico y su posición en el sistema de fuentes no puede ser desatendida por la SCJN.

La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de control constitucional que tiene efectos generales o *erga omnes*, así que si la resolución trata de limitar su ejercicio para la defensa de los derechos de toda la población mexicana y obliga a acudir al juicio de amparo el cual se encontraba --en el momento de decisión de la SCJN-- limitado por el principio de relatividad de

⁷³² TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, noviembre de 1999, p. 46, tesis: P. LXXVII/99.

⁷³³ TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril de 2007, p. 6, tesis: P. IX/2007.

la sentencia (efecto *inter partes*) entonces la situación es preocupante, sobre todo en este contexto en el que nos encontramos de sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano por violación de derechos humanos emitidas por la CorteIDH.

Aunado a ello, el Estado mexicano no puede desconocer los compromisos internacionales contraídos libremente en ejercicio de su soberanía. En ese tenor, vale la pena recordar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: un Estado parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Se debe reiterar que los tratados internacionales son parte integrante del ordenamiento jurídico, son parte del derecho interno y constituyen parte de la Ley Suprema de toda la Unión, en virtud del artículo 133 constitucional. Los derechos humanos son parte integrante de la Constitución y son normatividad positiva, por lo que se debe dejar de lado cualquier discusión decimonónica que restrinja derechos de las personas, más aún en un país como México que necesita fortalecer sus mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección de derechos.

Esta grave situación producida en el caso arriba analizado, fue superada y reparada con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 ya citada, por la que se modificó el artículo 105 y se precisó:

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA	NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL
<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I (...)</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.</p> <p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:</p> <p>a) - f) (...)</p>	<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I (...)</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.</p> <p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:</p> <p>a) - f) (...)</p>

<p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p>	<p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p>
--	--

7. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Atienza lanza un reto al mundo jurídico, que adquiere primordial importancia para la actividad interpretativa realizada por los órganos de justicia constitucional en el marco de 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 modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia.⁷³⁴

Así, los órganos de justicia constitucional deben coadyuvar, a través de sus resoluciones, a la lucha contra la injusticia.

⁷³⁴ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 311 y 312. Énfasis propio.

Al interpretar la ley debe tomarse en cuenta que las leyes --incluida la norma constitucional-- deben satisfacer condiciones materiales y formales; es decir, según la Corte Interamericana, la legalidad comprende dos dimensiones: formal y material. Aquella existe cuando se ha observado el procedimiento establecido para la creación de leyes o su reforma; la material atiende al contenido de la norma: respetuoso de los derechos humanos, en el marco de la sociedad democrática.⁷³⁵

Para que una norma merezca el título de “ley” es preciso: a) Que se trate de una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁷³⁶, y b) Que la norma responda a razones de interés general y sirva al propósito para el que fue establecida. En la especie, razones de interés general significa que la norma corresponda a los requerimientos del bien común.⁷³⁷ Estos conceptos, que han sido aplicados en opiniones consultivas⁷³⁸ y en la solución de litigios⁷³⁹ ante la misma Corte Interamericana, deben ser recogidos por los Estados al momento de crear, interpretar o aplicar leyes.

En este marco, pueden surgir problemas cuando la legalidad formal no coincide con la legalidad material de un ordenamiento. Entendiendo a esta última como legitimidad, puede resultar que tengamos sólo legalidad (formal) o legalidad ilegítima. Lo anterior puede exponer a las personas a graves peligros, que deben ser prevenidos por la interpretación constitucional.

Se debe considerar que “la pretensión de legalidad (puede) convert(ir) 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

⁷³⁵ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, 13, 2009, pp. 497-539.

⁷³⁶ *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrs. 26-30 y 35.

⁷³⁷ *Idem*.

⁷³⁸ A manera de ejemplo: *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, párr. 31.

⁷³⁹ *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 72, párrs. 169 y 170.

por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante”.⁷⁴⁰ 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 órganos de justicia constitucional. Por lo que hay que hablar de “la sujeción del Estado Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁷⁴¹ 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 --en el sentido sustancial de la expresión-- si reconocen y garantizan derechos humanos.

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 y ninguna ficción normativista de `unidad` impedirá que cada uno de los grupos en pugna se apodere de aquél fragmento o palabra de la Constitución que le parezca más apropiado para derribar al partido contrario, también en nombre de la Constitución. La legalidad, legitimidad y la Constitución, en vez de impedir la guerra civil, solo contribuyen a exacerbarla”.⁷⁴² En un sentido similar al descrito por Schmitt, pero defendiendo a la Constitución como único elemento de unidad al interior de un país heterogéneo se ubica Zagrebelsky.⁷⁴³ Independientemente de la postura que se adopte, es innegable que la actividad realizada por los jueces constitucionales se desarrolla en un contexto político-económico de lucha de poderes y se debe cuidar que éste no influya en la resolución jurisdiccional de los asuntos.

Así,

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

⁷⁴⁰ Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971, p. 46.

⁷⁴¹ Expresión de Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, pp. 72 y 73.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 152.

⁷⁴³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 37-40.

de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras...⁷⁴⁴

Por otro lado, se ha dicho 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”.⁷⁴⁵

Se presentan entonces dos situaciones: 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 y multiculturales? 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 mediante la garantía jurisdiccional de éstos a cargo de los órganos de justicia constitucional.⁷⁴⁶ La legitimidad de la ley puede o no trasladarse a las decisiones adoptadas por los jueces pero, sin duda, las sentencias constitucionales gozan de legitimidad cuando son respetuosas de derechos humanos y cumplen con los compromisos internacionales contraídos en esta materia.

Así, la justicia constitucional es la “energía correctora capaz de detener o revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución (sobre derechos humanos, en particular), provenga tanto de los particulares como del propio poder político”.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ 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.

⁷⁴⁵ 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.

⁷⁴⁶ 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.

⁷⁴⁷ Castillo Córdova, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007, p. 207.

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”.⁷⁴⁸

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 los órganos constitucionales tienen “la competencia de la interpretación autorizada en última instancia de los derechos fundamentales”⁷⁴⁹ a nivel interno.

Así, los Tribunales Constitucionales representan el intento legislativo de someter la acción política y los órganos del Estado a la “disciplina constitucional”.

Ahora bien, “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”.⁷⁵⁰

Es importante subrayar aquí el margen de discrecionalidad que existe en la actividad del intérprete constitucional debido al grado de apertura que provocan los valores y principios constitucionales.⁷⁵¹

Claramente, las Constituciones en múltiples ocasiones tienen redacciones y contenidos abiertos e indeterminados, como menciona Gregorio Peces-Barba: “los derechos aparecen normalmente en

⁷⁴⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores...*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁴⁹ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, ¿Cómo se interpretan en el Derecho Constitucional alemán los derechos fundamentales?, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona...*, *op. cit.*, pp. 429 y 430.

⁷⁵⁰ 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.

⁷⁵¹ “...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.*, p. 364.

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”.⁷⁵²

Aunque la interpretación puede corresponder a múltiples funcionarios o instituciones, el papel más relevante o de mayor trascendencia en la interpretación de los derechos humanos lo desempeñan los órganos jurisdiccionales en general, y en particular, los tribunales supremos de los países. Retomando a Rubio Llorente se puede decir que la interpretación jurídica de los derechos humanos es, esencialmente, la “interpretación judicial de los derechos humanos”.⁷⁵³

Así, 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”;⁷⁵⁴ 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 supremos 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”.⁷⁵⁵ 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”.⁷⁵⁶ Lo anterior debe de ser considerado

⁷⁵² Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578.

⁷⁵³ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 584-585.

⁷⁵⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales...*, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁵⁵ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 11.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

por los tribunales supremos al momento de interpretar y aplicar normas que reconocen derechos humanos.

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;⁷⁵⁷ en mi opinión quienes sostienen lo anterior no se han percatado de las transformaciones que han sufrido el concepto de soberanía⁷⁵⁸ y el principio de legalidad decimonónico.⁷⁵⁹ Aunado a ello, la jurisdicción internacional existe gracias a la decisión y acción soberana de los Estados.

Otra complicación aparece cuando se quieren establecer vínculos entre las jurisdicciones, 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

⁷⁵⁷ Se ha dicho: "no puedo conceder que con motivo de cualquier pacto, convenio o tratado internacional, México pierda su soberanía y relegue a la Constitución de la República a un segundo plano, ya que aceptar resoluciones, más allá de la forma y términos de los compromisos adoptados, es correr el riesgo de que se tomen decisiones ajenas o francamente contrarias a los del pueblo mexicano que sólo pueden ser determinadas en los términos de nuestra Constitución, por los órganos constituidos conforme a la norma suprema nacional y derivados de la voluntad popular. Nada y nadie por sobre la Constitución". Véase voto particular del Ministro Aguilar Morales en el Engrose del Expediente Varios 912/2010, <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/10009120.008.doc> (fecha de consulta: 03 de octubre de 2011). Énfasis propio. Así también se sostuvo "no se puede entender que las consideraciones que la Corte internacional en cita plasmara en las sentencias en las que fuera parte el Estado Mexicano, son vinculantes para el Poder Judicial Federal y, en general para todos los juzgadores del país, en las resoluciones que emitan, es decir, que los criterios de dicha Corte constituyan una especie de jurisprudencia obligatoria para los juzgadores locales y a partir de ellos se les constriña a resolver los asuntos de su competencia o de los tribunales locales con el criterio de la Corte Interamericana, sin que el juzgador federal o local pueda variarlos al serle obligatorios; lo cual, en mi opinión, es incorrecto y por lo mismo no lo comparto, ya que esa determinación implica asumir una obligación a la que el mismo Tribunal internacional no ha condenado, ni lo podría condenar, ya que evidentemente violentaría la soberanía nacional y, en cierta medida, la autonomía de sus juzgadores". Voto particular del Ministro Pardo Rebolledo, *idem*.

⁷⁵⁸ Al que supra se hizo referencia.

⁷⁵⁹ Los términos utilizados pertenecen a Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 12 y 13. Respecto a las fuerzas corrosivas o factores demoleedores 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.

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.⁷⁶⁰

La interpretación constitucional puede o debe cambiar en materia de derechos humanos ya que la comunicación entre jurisprudencias es razonable cuando se tiene como eje a la persona y a sus derechos. Además, todos los Estados que se digan democráticos deberán proteger y tener como directriz de la actuación pública a los derechos humanos.

Diversos Estados han reformado sus textos constitucionales para incluir o fortalecer la aplicabilidad de las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos, para lo cual se han creado cláusulas jerárquicas⁷⁶¹ de incorporación de los tratados en general o al bloque de constitucionalidad,⁷⁶² cláusulas reguladoras de procedimientos especiales,⁷⁶³ cláusulas que

⁷⁶⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad...*, op. cit., p. 752. Sobre la fuerza normativa de la Constitución, *cfr.*, entre otros, Loewenstein, Karl, *Teoría...*, op. cit., pp. 216 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, “El Juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1994; Aragón Reyes, *Constitución, Democracia...*, op. cit., pp. 141-145; Aragón Reyes, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2002, pp. 109-122; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional, ADRUS, Lima, 2009, pp. 16 y 17. *Cfr.* también, Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Trotta, Madrid, 2006, pp. 34 y ss.

⁷⁶¹ Algunas constituciones optan por el predominio de las disposiciones más protectoras del ser humano --versión del principio *pro homine*--: Ecuador (artículo 417), República Dominicana (artículo 74.4), Venezuela (artículo 23) y Bolivia (artículo 256, fracción II).

⁷⁶² Dice la Constitución de Colombia que los tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (artículo 93). La ley fundamental de Venezuela señala: los tratados de derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículo 23). La de Guatemala indica, bajo el epígrafe “Preeminencia del Derecho internacional”, lo siguiente: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno” (artículo 46). Y la Constitución de Bolivia determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, y “los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta” (artículos 13, fracción IV, y 256, fracción I, respectivamente).

⁷⁶³ A través de las cuales se establecen mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de los tratados de derechos humanos. A este respecto es interesante recordar el artículo 142 de la Constitución de Paraguay que prevé: “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los

reconocen la jurisdicción internacional de los organismos internacionales de derechos humanos y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales.⁷⁶⁴

Jairo Revelo menciona que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, emerge como un conjunto normativo con tres características esenciales:

- A) El individuo pasa a ser sujeto directo e inmediato del Derecho internacional público en cuanto el ejercicio y protección de las libertades fundamentales.
- B) Las normas internacionales tienen una finalidad específica: la tutela de los derechos fundamentales para el desarrollo de los pueblos y de los propios seres humanos.
- C) El sistema normativo internacional es fuente del ordenamiento nacional en materia de derechos humanos, debiendo guardar su correlativa conformidad.⁷⁶⁵

Debemos destacar que hace algunas décadas la persona no era sujeto del Derecho Internacional, ahora lo es dentro del ámbito de los derechos humanos, Méndez Silva señala: “parecería que la consideración del individuo ha pasado de la condición de súbdito, a la de ciudadano y a la de persona, sobre la base en este último estadio, del principio rector de la no discriminación y de la protección de los grupos vulnerables. Trato igualitario entre los iguales y diferencia normativa a quienes padecen limitaciones o abuso por su condición individual o grupal”.⁷⁶⁶

Además de lo anterior, en aras de la optimización de los derechos de migrantes, en particular, y de los derechos humanos, en general, la jurisprudencia interamericana ha introducido un relevante factor que debe ser retomado en los diferentes países: el control de convencionalidad. Éste se abordará en el siguiente capítulo.

Por otra parte, Pérez Luño habla de 4 principales enfoques o teorías de interpretación:

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 iusnaturalista de los derechos humanos;

procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”. Esta norma implica cierta constitucionalización de los tratados de derechos humanos.

⁷⁶⁴ Algunas Constituciones latinoamericanas consagran el principio de interpretación conforme a tratados internacionales en materia de derechos humanos; entre ellas se encuentran las de Bolivia (artículo 13, fracción IV), Colombia (artículo 93) y Perú (artículo 4º transitorio).

⁷⁶⁵ Revelo, Jairo, “Los Tratados Internacionales como Criterio de Interpretación de los Derechos Fundamentales Constitucionales en el Ordenamiento Español”, en *Revista Derecho del Estado*, número 11, diciembre 2001, pp. 109-110.

⁷⁶⁶ Méndez Silva, Ricardo, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. XII.

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 Derecho (sentencia del Tribunal Constitucional Español de 14 de julio de 1981); y

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 jusnaturalismo crítico persigue superar las limitaciones de las posturas positivistas y jusnaturalistas.

En el próximo capítulo se analizarán los criterios que deben observar los tribunales constitucionales en la interpretación de los derechos humanos, las directrices establecidas por el Derecho internacional de los derechos humanos, así como las propuestas en torno a la interpretación progresiva y extensiva en los países sujetos a estudio.

CAPÍTULO QUINTO
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES POR LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS

1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DIGNIDAD

Diversos textos constitucionales consagran a la dignidad humana como uno de sus principios fundamentales.

El artículo 1 de la Carta Fundamental alemana establece:

1. La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y constituyen derecho directamente aplicable.⁷⁶⁷

El artículo 10 de la Constitución española prescribe que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otros textos se incluye el término “dignidad humana”. La Constitución de Italia establece:

Artículo 3. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, ni circunstancias personales y sociales.

Artículo 41. La iniciativa económica privada es libre. No se puede llevar a cabo en oposición al interés social o de forma que comporte un daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

En el mismo sentido se pronuncia la Constitución griega: “La iniciativa económica no deberá desarrollarse a costa de la libertad y de la dignidad humana ni a expensas de la economía nacional” (artículo 106.2).

El texto fundamental brasileño menciona, entre sus principios fundamentales, la “dignidad de la persona humana” (artículo 1º, fracción III). El artículo 33 de la Constitución de Costa Rica

⁷⁶⁷ Cfr. <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>, <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/el-sistema-politico/main-content-04/la-ley-fundamental.html> (fecha de consulta: 10 junio de 2011).

determina que “todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. La Constitución colombiana indica que Colombia “es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (artículo 1°).

La Constitución de Ecuador dispone que “la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” (artículo 84). El texto constitucional peruano prescribe que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1°).⁷⁶⁸

En los instrumentos internacionales prevalece la referencia a la dignidad humana. Así, por ejemplo, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma 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”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, sostiene que “estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. El Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre menciona que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Y el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, de 1969, sostiene que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

⁷⁶⁸ El Tribunal Constitucional del Perú mencionó que “la dignidad (...) constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”. Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento XV, 218, p. 86, en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, núm. 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

La Declaración y Programa de Acción de Viena⁷⁶⁹ también reconoce que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana.

A continuación se establecerá el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el concepto de dignidad humana por órganos de justicia constitucional. En un primer momento, se hará referencia a dos países europeos en los que se producido un amplio abordaje del concepto. Lo anterior tiene como finalidad vislumbrar el contenido que se le ha dado a este concepto por aquellos órganos que tradicionalmente iniciaron con la interpretación del término o que han emitido una amplia resolución de casos sobre dignidad vinculada directamente a derechos de migrantes. En un segundo momento se entrará al análisis de los criterios establecidos por los jueces constitucionales de los países americanos sujetos a estudio. Lo anterior se hará con la finalidad de determinar la línea argumentativa que ha seguido cada tribunal constitucional respecto a la dignidad humana como base o fundamento de los derechos humanos, ya que ello irradia el resto de su interpretación.

1.1. ALEMANIA

El desarrollo del concepto “dignidad humana” en la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, TFCA) ha sido muy amplio. Se plantearán a continuación los pronunciamientos más relevantes de este órgano al respecto.

El TFCA ha establecido que la Ley Fundamental es un ordenamiento vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como la máxima finalidad de todos los derechos.⁷⁷⁰ Por tanto, ha desarrollado el mandato de que la dignidad humana se encuentra en el centro de su orden de valores, en la idea misma de comunidad jurídica y vinculada al principio del Estado social.⁷⁷¹

Así, la dignidad humana --que es el valor supremo dentro del orden de valores de la Constitución-- predomina sobre todas las demás disposiciones de la Ley Fundamental. “El Estado no puede

⁷⁶⁹ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993. [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument) (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

⁷⁷⁰ Sentencia BVerfGE 33, 1 [Prisioneros], Resolución de la Segunda Sala, del 14 de marzo, 1972, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las Sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, pp. 48 y 49.

⁷⁷¹ Sentencia BVerfGE 98, 169 [Obligación de trabajar], Sentencia de la Segunda Sala, del 1 de julio, 1998 -2 BvR 441, 293/90, 618/92, 212/93 y 2 BvL 17/94-, en *ibidem*, pp. 358 y 359.

mediante medida alguna, ni tampoco mediante una ley, contravenir la dignidad del ser humano. Hacer del ser humano un simple objeto en el Estado contraviene la dignidad humana”.⁷⁷²

Además, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental.⁷⁷³ La concepción del ser humano que tiene la Ley Fundamental, según el TFCA, es la de una personalidad responsable de sí misma, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social.⁷⁷⁴

Una interesante reflexión respecto a la determinación de vulneraciones en contra de la dignidad humana es:

(La disposición de) que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que debe adherirse a éste sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un “trato abyecto”.⁷⁷⁵

El mandato de respetar la dignidad humana significa, especialmente, que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes. En ese sentido, el TFCA estipula que los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse. Del artículo 1, párrafo 1 constitucional, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado “de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana”.⁷⁷⁶

Es fundamental para reflexiones posteriores la siguiente afirmación del TFCA: “La dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular”. Pero como los derechos fundamentales son

⁷⁷² Sentencia BVerfGE 27, 1 [Microcenso], Sentencia de la Primera Sala, del 16 de julio, 1969 -1 BvL 19/63-, en *ibidem*, pp. 92 y 93.

⁷⁷³ Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes], Sentencia de la Primera Sala de fecha 16 de enero de 1957 -1 BvR 253/56- en el recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes, en *ibidem*, pp. 56 y 59.

⁷⁷⁴ Sentencia BVerfGE 30, 173 [Mephisto], Sentencia de la Primera Sala, del 24 de febrero, 1971, en *ibidem*, pp. 255 y 257.

⁷⁷⁵ Sentencia BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica], Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 -2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69-, en *ibidem*, pp. 53-54.

⁷⁷⁶ Sentencia BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua], Sentencia de la Primera Sala, del 21 de junio, 1977 1-BvL 14/76- en *ibidem*, pp. 54-55.

concreción del principio de la dignidad humana, “se requiere siempre una justificación cuidadosa, cuando se crea que el ejercicio de un derecho fundamental puede transgredir la inalienabilidad de la dignidad humana”.⁷⁷⁷

El TFCA ha precisado que no debe confundirse el “contenido esencial” con el “contenido esencial de protección de la dignidad humana” de un derecho fundamental. La posibilidad de que ambas garantías coincidan en el caso concreto no es obstáculo para señalar que una reforma constitucional, por la que se restringe un derecho fundamental, ha de ser analizada exclusivamente a la luz del “contenido esencial de protección de la dignidad humana” de un derecho fundamental. La dignidad humana no se lesiona por el mero hecho de que una persona se vuelva destinataria de medidas encaminadas a la persecución de delitos; sí en cambio, cuando el tipo de la medida adoptada cuestiona de manera fundamental la “calidad de sujeto” de la persona afectada. Tal es el caso cuando el tratamiento otorgado por el poder público ignora el valor que cada persona merece por el mero hecho de ser. Tales medidas no pueden llevarse a cabo ni siquiera en aras de la efectividad de la administración de justicia o con el objeto de investigar la verdad de los hechos.⁷⁷⁸

De los debates alemanes en torno a la dignidad humana, en definitiva, podría extraerse una conclusión provisional: “su peculiar eficacia normativa, su pretensión de intangibilidad depende de su capacidad para integrarse como derecho fundamental, en el contexto dogmático de los derechos fundamentales, así como de la posibilidad de orientar este peculiar sistema”.⁷⁷⁹

Se ha entendido en Alemania que la dignidad humana reduce los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental a unidad sistemática, por más que al efecto se hayan desarrollado perspectivas diferentes. La primera situaba la dignidad de la persona como cúspide del *orden objetivo de valores* consagrado por la Constitución, especialmente en la sección relativa a los derechos fundamentales.⁷⁸⁰

Como se vio, para precisar el alcance del derecho a la dignidad de la persona se ha empleado la denominada *Objektformel* o fórmula de no-instrumentalización. De acuerdo con ella, el respeto a

⁷⁷⁷ Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos], Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre, 1995 -1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92-, *ibidem*, pp. 219 y 223.

⁷⁷⁸ Sentencia BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular], Sentencia de la Primera Sala, del 30 de marzo, 2004 -1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99-, en *ibidem*, pp. 387-390.

⁷⁷⁹ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad...*, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 25.

la dignidad humana termina por coincidir con el imperativo categórico. La formulación kantiana es recibida en el ámbito del Derecho constitucional alemán: la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple objeto.⁷⁸¹

Así, el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental obliga al Estado a proteger a todas las personas contra atentados opuestos a la dignidad humana, tales como denigración, estigmatización, persecución, proscripción, etcétera.⁷⁸²

La instrumentalización de la persona “induce a la doctrina alemana a adoptar una perspectiva negativa, que se limita a identificar ciertas conductas como lesiones del mismo”.⁷⁸³

1.2. ESPAÑA

El Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC), en la STC 53/1985 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”.⁷⁸⁴ Posteriormente, el mismo tribunal estableció, en las STC 120/1990 y 57/1994, 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”.⁷⁸⁵

Ahora bien, a finales del año 2007, se pronunciaron un conjunto de sentencias del TC relacionadas con la Ley de Extranjería. Se trata de las sentencias STC 236/2007,⁷⁸⁶ STC

⁷⁸¹ *Idem.*

⁷⁸² Sentencia BVerfGE 102, 347 [Benetton – Publicidad ofensiva], Sentencia de la Primera Sala, del 12 de diciembre, 2000 1-BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95-, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, cit., pp. 233 y 239.

⁷⁸³ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad...*, op. cit., p. 32.

⁷⁸⁴ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053 (fecha de consulta: 23 de febrero de 2011).

⁷⁸⁵ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0057 (fecha de consulta: 23 de febrero de 2011). Esta posición se reitera en el expediente 010-2002-AI/TC, donde el Tribunal Constitucional del Perú mencionó que “la dignidad... constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”. Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento XV, 218, p. 86, en revista *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit., número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

⁷⁸⁶ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sentencia de 7 de noviembre de 2007.

259/2007,⁷⁸⁷ STC 260/2007,⁷⁸⁸ STC 261/2007,⁷⁸⁹ STC 262/2007,⁷⁹⁰ STC 263/2007,⁷⁹¹ STC 264/2007⁷⁹² y STC 265/2007.⁷⁹³ Estas sentencias son relevantes para efectos de este estudio ya que versan directamente sobre derechos de migrantes --especificidad que no es tan común en la justicia constitucional--, por lo que serán estudiadas a pesar de que España no forma parte del grupo de países sujeto a estudio. Asimismo, se señalarán los aspectos más relevantes dentro de la reflexión del TC, aclarando que algunos de ellos fueron impugnados en varias de las sentencias mencionadas pero se resolvieron en las primeras de ellas.

El TC, en cuanto a la calidad de los extranjeros reiteró la existencia de derechos inherentes a su dignidad lo que impide que se les dé un trato diferenciado respecto a los españoles.⁷⁹⁴

Y profundizando aún más, el TC establece la vinculación entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución española, debido a los valores e intereses comunes que protegen.⁷⁹⁵

⁷⁸⁷ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía, sentencia de 19 de diciembre de 2007.

⁷⁸⁸ Sentencia de 20 de diciembre de 2007, recurso presentado por el Parlamento Vasco.

⁷⁸⁹ Sentencia de 20 de diciembre de 2007, recurso interpuesto por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso.

⁷⁹⁰ Interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sentencia de 20 de diciembre de 2007.

⁷⁹¹ Sentencia de 20 de diciembre de 2007, recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁷⁹² Sentencia de 20 de diciembre de 2007, recurso interpuesto por la Junta de Extremadura.

⁷⁹³ Interpuesto por el Principado de Asturias, sentencia emitida el 20 de diciembre de 2007.

⁷⁹⁴ "Nuestra jurisprudencia ha reiterado que *existen derechos del título I que "corresponden a los extranjeros* por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]" (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). *También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana"* (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva...*la dignidad de la persona, como "fundamento del orden político y la paz social" (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador.* A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana". *Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido* (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) *ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano"*. Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007.

Más adelante el TC, determinó que la dignidad constituye el primer límite a la libertad del legislador, aunque sorprende que no extienda ese límite al intérprete legal y constitucional. Además de ello, el TC se refiere al grado de conexión de un derecho en específico con la dignidad para determinar en qué medida es imprescindible para ésta última.⁷⁹⁶ Aunque se entienda perfectamente el razonamiento del TC, éste no deja de ser cuestionable a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud de los siguientes argumentos.

El TC observa que existen algunos derechos más vinculados a la dignidad humana que otros. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, criterio de interpretación de los derechos fundamentales según el artículo 10.2 de la Constitución española, refiere en su artículo 2 que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.

⁷⁹⁵ “...la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7)”. *Idem*. Énfasis propio.

⁷⁹⁶ “La dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. *El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE...En concreto, como ya se ha avanzado, el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español.* Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal...Ahora bien, dicha opción está sometida a los límites constitucionales señalados puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. *El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España*”. *Idem*. Énfasis propio.

Aunque quizás la referencia más clara que cuestiona el razonamiento del TC se encuentra en la Declaración y Programa de Acción de Viena, producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, en la cual se reconoce y afirma “que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana” y que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.⁷⁹⁷ Es decir, según esta Declaración, no existen derechos que estén más vinculados a la dignidad humana.

En lo relativo al derecho de reunión, señaló que:

la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre...*El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.*⁷⁹⁸

En el mismo sentido y en lo que concierne al derecho de asociación, indicó que el legislador puede establecer “condicionamientos adicionales” al ejercicio de dicho derecho pero no configurar libremente su contenido, ya que éste está salvaguardado por la Constitución.⁷⁹⁹

Frente al derecho a la educación, el TC adoptó una postura muy clara y señaló que existe una “inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para establecer una sociedad democrática avanzada, como reza el preámbulo de nuestra Constitución”.⁸⁰⁰ Se reitera aquí el cuestionamiento respecto a la vinculación más o menos estrecha de algunos derechos con la dignidad humana.

⁷⁹⁷ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument) (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2010).

⁷⁹⁸ Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Énfasis propio.

⁷⁹⁹ *Idem.*

⁸⁰⁰ “De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales” (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4). En

Otro de los temas controvertidos fue el del derecho a la sindicación y libertad sindical, ante el cual el TC precisó:

En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a "todos" los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a "todos" los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), *entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización. También aquí debemos precisar que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre* (énfasis propio)...⁸⁰¹

Por otra parte y vinculado a la reagrupación familiar, el TC recordó que el TEDH ha deducido del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos un derecho a la vida familiar más no un derecho a la reagrupación familiar. Y en el caso español, la Constitución, según el TC, no reconoce un derecho a la vida familiar ni un derecho a la reagrupación familiar.⁸⁰² Y quizás esta sea una de las razones por las cuales España no ha suscrito la CIPTMF.

conclusión, *el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir.* El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. *Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.* Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre". Énfasis propio. *Idem.*

⁸⁰¹ *Idem.*

⁸⁰² "El art. 8.1 CEDH establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía* (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52). *Sin embargo, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH* (SSTEDH Caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, § 68; Caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67; Caso Gül, de 19 de febrero de 1996, §§ 39-43), que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico (SSTEDH caso Sen, de 21 de diciembre de 2001, §§ 28-40; Caso Boultif, de 2 de agosto de 2001, §§ 53-56). Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que *nuestra Constitución no reconoce un "derecho a la vida familiar" en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE.* A la vista de todo ello resulta

Posteriormente, el TC abordó lo relativo a tutela judicial efectiva en la cual no declaró inconstitucional los preceptos de la Ley impugnada en este sentido pero al entrar a abordar lo concerniente a la vinculación de ésta con el derecho a la asistencia jurídica gratuita observó que sí existía inconstitucionalidad.⁸⁰³

El TC recuerda jurisprudencia del TEDH a propósito de que “los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, (dicho tribunal) no ha dejado

claro que *los preceptos impugnados* (arts. 16.2 y 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, así como el nuevo art. 18, en la redacción dada por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), *no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), ni a la reserva de ley establecida para los "derechos y libertades reconocidos en el capítulo II" (art. 53.1 CE), sin que ello nos obligue a llevar al fallo un pronunciamiento en tal sentido dados los términos en los que se plantea este proceso. En consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales, por lo que debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad.”* *Idem.* Énfasis propio.

⁸⁰³ “El derecho a la tutela judicial efectiva, según una reiterada doctrina de este Tribunal, “exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente” (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). *La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional* pues “con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE” (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5). *Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa* (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales. El precepto enjuiciado en dicha Sentencia (art. 2 LAJG) disponía lo siguiente: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. La demanda del *Defensor del Pueblo se dirigió contra el inciso “que residan legalmente en España”, contenido en el citado precepto, por estimar que excluía de tal derecho a los extranjeros que se encontrasen en España sin autorización de estancia o residencia, vulnerándose el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva* (art. 24 CE), dada la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de medios económicos para litigar (art. 119 CE) y aquel derecho fundamental. La inconstitucionalidad del precepto se basaba exclusivamente en que los extranjeros que se hallasen en aquella situación de irregularidad en España, y que carecieran de recursos económicos, no podrían interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su status de extranjero, singularmente las que acordaran su expulsión. Pues bien, la STC 95/2003, de 22 de mayo, *partiendo de “la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 3), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, “con independencia de su situación jurídica” (FJ 5), concluye que la norma impugnada está viciada de inconstitucionalidad por entrañar “una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España)” (FJ 6). Es más, al precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 LAJG, la Sentencia puntualiza que: “Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación” (FJ 8). *La aplicación de esta jurisprudencia al enjuiciamiento del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la Ley aquí impugnada, lleva directamente a apreciar su inconstitucionalidad”.* *Idem.* Énfasis propio.*

de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio”.⁸⁰⁴

En el mismo sentido, se encuentra la ya analizada Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados* de la CorteIDH respecto a que los Estados tienen la total potestad de regular sus fronteras, determinar sus políticas de migración y expulsar a los migrantes irregulares, pero es también obligación de cualquier Estado, por un efecto de su derecho positivo interno e internacional, proteger los derechos de cualquier persona que se encuentre en su territorio independientemente de su situación migratoria.

En posterior sentencia, el TC se refiere al derecho de huelga y dispone:

Ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/ 2007 (FJ 9) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. *Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador* (énfasis propio).⁸⁰⁵

⁸⁰⁴ SSTEDH *Caso Abdulaziz*, 28 de mayo de 1985; *Caso Berrehab*, 21 de junio de 1988; *Caso Moustaquim*, 18 de febrero de 1991, y *Caso Ahmut*, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4). Finalmente el TC concluye: “En el presente caso *no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley Orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación* a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, *pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación*. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquélla que se somete a su enjuiciamiento. *De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España*. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional. Distinto debe ser el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 relativos al *derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso “residentes”, que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa*”. *Idem*. Énfasis propio.

⁸⁰⁵ STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007.

El tema vinculado a la obligación de residir en un lugar determinado es abordado en sentencia diversa y en ella el TC establece que la:

obligación de residir en un lugar determinado, no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el art. 19 CE. En relación con estas libertades hemos afirmado (entre otras, SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2 y 3; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 30 de enero, FJ 4 y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a) que los extranjeros pueden ser titulares de las mismas de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales y en las leyes españolas. La consecuencia de ello es que las personas que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un tratado o la autorización concedida por una autoridad competente, puesto que “*la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, FJ 3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano* (énfasis propio).⁸⁰⁶

Como se desprende de los fragmentos citados, la interpretación del TC garantizó los derechos de migrantes irregulares, entendiendo que algunos de ellos están directamente vinculados a la dignidad humana y no pueden condicionarse a un trámite administrativo ni estatus migratorio.⁸⁰⁷

Sin embargo, el criterio para determinar el mayor o menor grado de vinculación de algunos derechos a la dignidad humana, no logra ser tan claro.

Así, el TC ha constatado que el artículo 13.1 de la Constitución no identifica los derechos que corresponden a los extranjeros. La dicción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos tampoco ofrece, al parecer, un criterio satisfactorio para delimitar su alcance subjetivo. La jurisprudencia constitucional ha optado por diferenciar los derechos en función de su *mayor o menor* vinculación con la dignidad de la persona, entendiendo que unos son comunes a todos por igual; otros admiten una regulación diferenciada, sin que el extranjero pueda verlos afectados en su *contenido esencial*, y otros, en fin, quedan a la libre disposición del legislador (y no serían, en este sentido, *fundamentales* para los extranjeros). Esta clasificación, “sin un fundamento constitucional más patente que el de la vaga noción de la dignidad humana (...) con un método abstracto de elaboración doctrinal”,⁸⁰⁸ genera incertidumbre. Mientras el punto de apoyo de la

⁸⁰⁶ STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007.

⁸⁰⁷ Un interesante estudio sobre estas sentencias se encuentra en Valdueza Blanco, Ma. Dolores, *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Lex Nova, 2008, pp. 270-271.

⁸⁰⁸ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad...*, *op. cit.*, p.12

jurisprudencia constitucional “esté referido a un concepto preferido por la dogmática, el legislador podrá ampararse fácilmente en la imprecisión de sus límites constitucionales”.⁸⁰⁹

En consecuencia, en la jurisprudencia constitucional española, las coordenadas de la dignidad humana se mueven, en el ámbito constitucional, entre la autodeterminación y la prohibición de trato vejatorio, pero sin inferir ninguna consecuencia adicional, puesto que no se establecen cuáles son los mínimos invulnerables. Se puede afirmar, por tanto, que la dignidad en el ámbito constitucional no tiene un contenido sustantivo propio. Sin embargo, resulta también innegable que el TC, al resolver los casos concretos, aunque evite realizar una formulación jurídica propia, no puede dejar de proyectar su visión del ser humano y de lo que considera digno de él.⁸¹⁰

El TC en la sentencia 337/1994, de 23 de diciembre, sostuvo que la dignidad constituía un “valor superior del ordenamiento que se contiene en el art. 10.1 CE como pórtico de los demás valores o principios allí consagrados, lo que revela su fundamental importancia”.⁸¹¹

1.3. ARGENTINA

En Argentina se ha producido interpretación en torno al concepto que ocupa este apartado.

Así, la Corte Suprema ha sostenido que la relación laboral --puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador está constituida nada menos que por la actividad humana--, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad. Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen como términos "naturalmente entrañables". En este caso también ha afirmado que “el ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo --más allá de su naturaleza trascendente-- su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.⁸¹²

⁸⁰⁹ *Idem.*

⁸¹⁰ Cfr. Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson, Civitas, Pamplona, 2007, p.130.

⁸¹¹ Prieto Álvarez, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson, Civitas, Caja de Burgos, Navarra, 2005, pp. 167 y 168.

⁸¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina, A. 1023. XLIII, Recurso de hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud, S.A. s/ acción de amparo, 7 de diciembre de 2010. Y Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., Fallos: 332:2043, 2054 y Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004. Doctrina de Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P., Fallos: 329:1638; Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Fallos: 329:4918.

El trabajo humano exhibe características que exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia.⁸¹³ Dicha justicia no es otra que la justicia social, es decir, aquella por la que se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad".⁸¹⁴

Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado la defensa y protección de los derechos del trabajador frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, "el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común".⁸¹⁵

Por tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que la prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador, es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, "que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana", por lo que debe producirse "la subordinación del interés de la empresa a las exigencias fundamentales de la dignidad humana individual y familiar de quienes trabajan en ella".⁸¹⁶

En otro caso, la Suprema Corte sostuvo:

la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquélla. En este contexto vital, puede afirmarse que en *una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal*, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa.... En consecuencia, *si lo que siempre ha prevalecido y debe prevalecer es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia...* ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada.⁸¹⁷

⁸¹³ "Mansilla", Fallos: 304:415, 421.

⁸¹⁴ "Berçaitz", Fallos: 289:430, 436 -1974-; v., entre otros, caso "Aquino": "Prattico c. Basso y Cía.", Fallos: 246:345, 349; "Roldán c/ Borrás", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas, y "Pérez c. Disco SA", Fallos: 332:2043, 2057/2058.

⁸¹⁵ P. 1911. XLII, Recurso de hecho, Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., 1 de septiembre de 2009.

⁸¹⁶ A. 374. XLIII, Recurso de hecho, Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA s/ cobro de pesos, 10 de agosto de 2010 y T. 964. XL. Recurso de hecho, Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros, 24 de noviembre de 2009.

⁸¹⁷ A. 891. XLIV, Recurso de hecho, Arriola, Sebastián y otros s/ causa n. 9080, 25 de agosto de 2009. Énfasis propio.

1.4. COLOMBIA

En torno a la dignidad, y en sentido similar, se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-900/05 cuando afirma que “el principio de la dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados así: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral”.

Así lo ha manifestado la Corte en sus pronunciamientos, Sentencia T-1134:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a *la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana*. De esta manera, la dignidad *se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano*. Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del *derecho a la vida* ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las *condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano*. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia.⁸¹⁸

En Sentencia T-881 se observó que la determinación del contenido de la “dignidad humana” puede darse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Corte ha identificado a lo largo de su jurisprudencia, tres lineamientos claros y diferenciables:

- a) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera);
- b) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); y
- c) La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

⁸¹⁸ Énfasis propio. A este respecto, también véase Sentencia T-848/05.

Desde el punto de vista de su funcionalidad, se pueden identificar 3 “lineamientos”:

- a) La dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor;
- b) La dignidad humana entendida como principio constitucional; y
- c) La dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

En Sentencia T-792/05 se precisó que la dignidad humana --como principio fundante del Estado-- es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Además se aclaró que dicha dignidad tiene un valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones. “El respeto a la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado”. Por lo tanto, "la dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal".

1.5. COSTA RICA

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al referirse al principio de igualdad, precisó que éste hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, a los derechos fundamentales, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente “afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos”.⁸¹⁹

De esta manera, surgen dos elementos para determinar la violación del principio de igualdad: el primero de ellos, consistente en el *parámetro de comparación que permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica*, y que por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable; y el segundo, *la razonabilidad de la diferenciación*, con lo que se estatuye el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad. De esta suerte, no basta que la diferenciación no sea contraria a la dignidad humana, o que esté justificada en la protección de otros bienes constitucionales o en

⁸¹⁹ Sentencia: 07689, expediente: 04-012348-0007-CO.

la tutela de otros derechos fundamentales, sino que debe estar determinada en la relación medio-fin de la norma.⁸²⁰

1.6. ECUADOR

Por otra parte, la Segunda Sala de la Corte Constitucional de Ecuador, ha determinado bajo su nuevo texto constitucional, que:

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el adoptado por nuestro país con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Constitucional está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional; y, proteger los derechos, garantías y libertades públicas.⁸²¹

La Segunda Sala también estableció diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado de Derechos.

En los Estados de Derecho más consolidados, la función de garantía del orden jurídico la cumple una Corte o Tribunal Especial que tiene como función primordial, garantizar el principio de la supremacía de la Constitución.

De conformidad con la realidad de los países, es preciso consolidar la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas. Y determinó que la Corte Constitucional debe ser un órgano especializado que coadyuve a que nazca, crezca y se consolide el Estado Social y Democrático de los Derechos, “donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales para que todos los derechos sean para todas las personas”. La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, “simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna”. Por tanto, la Corte debe fortalecer el mandato constitucional relativo a la protección de la dignidad humana. “Si el fundamento del Estado que explica y justifica su razón de ser, es la

⁸²⁰ *Cfr. Idem.*

⁸²¹ Segunda Sala, Resolución N° 0072-09-RA.

protección de la dignidad humana, la Corte debe ir elaborando de manera creativa jurisprudencias, que salvaguarden la protección de la dignidad humana”.⁸²²

1.7. EL SALVADOR

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que la dignidad “implica un valor jurídico esencial e inherente a la persona humana por su calidad de tal, en el cual se cimientan todos los demás valores, así como todos los derechos fundamentales; y en efecto, lleva a concebir al ser humano como fin en sí mismo y no como instrumento para los fines de otros”.

Por lo tanto, la dignidad es inherente a toda persona humana y no está sujeta a las circunstancias particulares de cada cual, tales como edad, sexo, condición económica o nivel de instrucción; “tampoco se desvanece en razón de la conducta mostrada, pues aún cuando el individuo incurre en actos reprobados socialmente o incluso perpetra hechos que el ordenamiento jurídico considera como delictivos, su dignidad --en tanto es consustancial a su calidad de ser humano-- permanece”.

Como consecuencia de lo anterior, la dignidad se convierte en “un mínimo irreducible protegido por el ordenamiento jurídico, que incluso en los casos en que se hayan impuesto limitaciones al goce de derechos fundamentales, las mismas no deben constituir un detrimento para el respeto que, como ser humano, merece la persona”.

Pero la Sala de lo Constitucional también precisó que “la dignidad en abstracto no puede ser objeto de reclamación constitucional, por lo que para determinar si se ha atentado contra ella,

⁸²² Segunda Sala, Resolución N° 0072-09-RA. También se dijo en esta oportunidad que: “Evidentemente, como señala Roberto Viciano Pastor, se trata de un proceso en construcción de un nuevo constitucionalismo que dé respuesta adecuada a los problemas generados por el constitucionalismo tradicional. El constitucionalismo surge como mecanismo de la ciudadanía para la sujeción y control del poder político que los gobierna; no se puede autolimitar a manejar las viejas soluciones, que ya han demostrado que no han resuelto los problemas de legitimidad del sistema de control de constitucionalidad. Si se las reproduce, inexorablemente, se estará con la condena a reproducir las fallas que ya se han detectado. El juez constitucional en su labor hermenéutica tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos fundamentales. Al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que en estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos. El juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos fundamentales. La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos, como bien lo dice Robert Alexy los jueces constitucionales ejercen una representación argumentativa”.

debe analizarse --en concreto-- si alguno de los derechos que le son inherentes ha sido quebrantado”.⁸²³

1.8. MÉXICO

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana también ha precisado --en tesis aislada-- que el mandato de no discriminación consagrado en el artículo 1º constitucional y los

instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, *reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos*, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, *deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana*, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁸²⁴

En torno a la dignidad humana, el Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito ha establecido que “es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”;⁸²⁵ “es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna”.⁸²⁶

Así, la conceptualización que en torno a la dignidad humana han realizado los tribunales constitucionales demuestra que ésta es un límite para la actuación pública y da fundamento a los derechos. La dignidad humana se ha fortalecido en la jurisprudencia constitucional democrática.

⁸²³ Sentencia 33/2009, 5 de mayo de 2010 y Resolución HC 65-2005, de fecha 5 de marzo de 2007.

⁸²⁴ *Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, diciembre de 2009, tesis P. LXV/2009, p. 8. Énfasis propio.*

⁸²⁵ *Dignidad humana. Definición. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, agosto de 2010, tesis I.5o.C.131 C, p. 2273.*

⁸²⁶ *Dignidad humana. Su naturaleza y concepto. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, agosto de 2010, tesis I.5o.C.132 C, p. 2273.*

2. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES

Se analizará a continuación la jurisprudencia constitucional vinculada a determinados derechos, seleccionados en virtud del mayor grado de vulneración que se produce en el caso de migrantes irregulares, conforme a información manejada por la sociedad civil. Se debe precisar que, en virtud de que no todas las cortes y salas constitucionales de los 7 países sujetos a estudio se han pronunciado sobre todos los derechos aquí referidos, en algunos apartados sólo se encontrarán las decisiones de aquellos tribunales que sí lo han hecho. Lo anterior afecta la proporcionalidad de los apartados ya que algunos tribunales se han pronunciado más profusamente sobre determinados derechos.

Así también, con la finalidad de que a partir del examen de dichas sentencias se pueda desprender la vinculación con la jurisprudencia interamericana, previamente al abordaje de las sentencias constitucionales nacionales se planteará la jurisprudencia que en relación a cada derecho ha emitido la Corte Interamericana, con lo que --en un primer momento-- se podrá vislumbrar el grado de recepción o diálogo entre jurisdicciones.

2.1. PRIVACIÓN ARBITRARIA DE LA VIDA

La jurisprudencia interamericana ha establecido que el derecho a la vida, presupuesto para el ejercicio de los demás derechos,⁸²⁷ no está sujeto a suspensión y debe ser amparado por salvaguardas prácticas y efectivas.⁸²⁸ Por ende, los Estados deben generar las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones a este derecho e impedir que sus agentes (particularmente los cuerpos de seguridad, a quienes se confía el uso legítimo de la fuerza) atenten contra él. El artículo 4 de la Convención Americana, que prohíbe la privación arbitraria de la existencia (obligación negativa), también requiere que los Estados adopten *todas las medidas* conducentes a proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).⁸²⁹

⁸²⁷ Cfr. *Caso Escué Zapata*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 165, párr. 40; *Caso Zambrano Vélez*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 166, párr. 78; *Caso Albán Cornejo y otros*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 171, párr. 117.

⁸²⁸ Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros*, *cit.*, párr. 79.

⁸²⁹ Cfr. *Caso Escué Zapata*, *cit.*, párr. 40; *Caso Zambrano Vélez y otros*, *cit.*, párrs. 79 y 80; *Caso Kawas Fernández*, Sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 196, párr. 74.

Entre las medidas que debe proveer el Estado, en virtud de la obligación a su cargo de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, se encuentra tanto el “establecimiento de un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares”, como la salvaguarda del “derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna”.⁸³⁰

Se ha extendido la aplicación del artículo 4 de la Convención Americana a los sobrevivientes de una masacre, tomando en cuenta la fuerza utilizada, la intención y el objetivo de quienes la emplean y la situación en que se encontraban las víctimas.⁸³¹ Esto es relevante y se relaciona con la desaparición forzada cuando se sostiene que ésta involucra la vulneración del artículo 4, aunque no se conozca si el sujeto desaparecido perdió la vida.

Vinculado al uso legítimo de la fuerza y límites al ejercicio del poder público, los Estados tienen la obligación de crear y garantizar las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción. Esta obligación considera tanto la violación proveniente de agentes del poder público como el ataque en que incurran los particulares.⁸³² Implica que el despliegue de las acciones del Estado esté sujeto a límites precisos.⁸³³

Como se dijo anteriormente, la Corte Interamericana ha señalado que “si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales”.⁸³⁴ Tampoco se ignora que la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Sin embargo, no es admisible que el poder se ejerza sin límite

⁸³⁰ Cfr. *Caso Escué Zapata*, cit., párr. 40; *Caso Zambrano Vélez y otros*, cit., párr. 81.

⁸³¹ Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela*, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 163, párrs. 124 y 128.

⁸³² Cfr. *Caso Baldeón García*, Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 147, párr. 83; *Caso de las Masacres de Ituango*, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 148, párr. 129; *Caso Montero Aranguren y otros*, cit., párr. 64; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 160, párr. 237.

⁸³³ Cfr. *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C No. 68, párr. 69; *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70, párrs. 143 y 174; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 99, párr. 111.

⁸³⁴ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, cit., párr. 111; *Caso Bámaca Velásquez*, cit., párrs. 143 y 174; y *Caso Durand y Ugarte*, cit., párr. 69.

alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al Derecho. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana. El respeto a los derechos humanos constituye un límite infranqueable; la administración no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los gobernados. Prevalece, pues, la regla de racionalidad en el ejercicio de la función pública. En este sentido se ha mencionado que el dogma que sostiene que “el fin justifica los medios” debiera sustituirse por un principio de signo contrario: “la legitimidad de los medios empleados justifica y acredita el fin alcanzado”.⁸³⁵ La función primordial del Estado es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias.⁸³⁶

Por tanto, al ocuparse del derecho a la protección de la vida, la Corte Interamericana ha establecido --como podría hacerlo, asimismo, en el supuesto de otras violaciones: p. ej., de la integridad física o psíquica o de la libertad personal-- los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de los agentes del Estado:⁸³⁷ 1) excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad;⁸³⁸ 2) existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza;⁸³⁹ 3) planificación del empleo de ésta, capacitación y entrenamiento de los integrantes de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales;⁸⁴⁰ y 4) control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.⁸⁴¹

El ejercicio del poder público, como injerencia del Estado en el ámbito de derechos y libertades individuales, se halla sujeto a la ley, tanto en sentido formal como en sentido material.

La Corte Interamericana ha destacado la importancia de formar y capacitar a los miembros de los cuerpos armados y de seguridad para el debido ejercicio de sus atribuciones, dotándoles de

⁸³⁵ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004, pp. 35 y 64.

⁸³⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4, párr. 154; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5, párr. 162; *Caso Neira Alegría y otros*, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C No. 20, párr. 75; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 52, párrs. 89 y 204; *Caso Durand y Ugarte*, *cit.*, párrs. 68 y 69; *Caso Bámaca Velásquez*, *cit.*, párrs. 143 y 174; *Caso Baena Ricardo y otros*, *cit.*, párr. 126; *Caso del Caracazo*, Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), Serie C No. 95, párr. 127; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *cit.*, párrs. 86 y 111; *Caso Bulacio*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100, párr. 124; *Caso Lori Berenson Mejía*, *cit.*, párr. 91; y *Caso Montero Aranguren y otros*, *cit.*, párr. 70.

⁸³⁷ Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros*, *cit.*, párr. 82.

⁸³⁸ *Ibidem*, párrs. 83-85.

⁸³⁹ *Ibidem*, párr. 86.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, párr. 87.

⁸⁴¹ *Ibidem*, párrs. 88, 90, 96 y 104.

entrenamiento adecuado. Por ello es necesario limitar rigurosamente la actuación de las fuerzas armadas en materia migratoria ya que el entrenamiento que éstas reciben se concentra en la derrota del enemigo, no en la protección y el control de civiles, como es propio de los entes policiales.⁸⁴²

También es preciso adoptar procedimientos que permitan verificar la legalidad del uso de fuerza letal por agentes estatales; cuando se emplee esta fuerza el Estado debe llevar adelante la investigación correspondiente --seria, imparcial y efectiva--, de oficio y sin dilación,⁸⁴³ abierta al escrutinio público. Aquélla comprenderá todas las circunstancias del caso y su contexto, inclusive las acciones de planeación y control de los hechos sujetos a examen.⁸⁴⁴

Ahora bien, es sabido que los Estados responden por las acciones y las omisiones de sus agentes, realizados al amparo de su desempeño oficial, como también cuando actúan fuera de los límites de su competencia o contravienen el derecho interno. Deben velar, especialmente, por el respeto al derecho a la vida por parte de los cuerpos de seguridad pública, a los que se atribuye el uso de la fuerza legítima.⁸⁴⁵ Los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, así como para prevenir y sancionar ejecuciones arbitrarias cometidas por miembros de sus propias fuerzas de seguridad,⁸⁴⁶ esta situación se agrava cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos⁸⁴⁷ tal y como sucede en el caso de migrantes.

Procede mencionar que la jurisprudencia interamericana ha sido clara, enfática y constante en la acotación rigurosa del ámbito objetivo y subjetivo de la jurisdicción militar, tema relevante en la

⁸⁴² La Corte Interamericana ha determinado “que los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas (...) puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, cit., párr. 78.

⁸⁴³ Cfr. *Ibidem*, párrs. 118-120; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 134, párr. 219; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 140, párr. 143; *Caso Baldeón García*, cit., párr. 92; y *Caso Montero Aranguren y otros*, cit., párr. 79.

⁸⁴⁴ Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros*, cit., párr. 82.

⁸⁴⁵ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*, cit., párr. 172; *Caso Juan Humberto Sánchez*, cit., párr. 111; *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 101, párr. 139; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párr. 128; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, cit., párr. 232; *Caso Baldeón García*, cit., párr. 87; *Caso Montero Aranguren y otros*, cit., párrs. 65 y 66; *Caso Servellón García*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 152, párr. 102; y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, cit., párr. 238.

⁸⁴⁶ Cfr. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, cit., párr. 232; y *Caso Baldeón García*, cit., párr. 87.

⁸⁴⁷ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, cit., párr. 139; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 128; y *Caso Baldeón García*, cit., párr. 87.

expresión jurisprudencial del Derecho interamericano de los derechos humanos. En ningún caso puede operar la jurisdicción militar para conocer de violaciones a derechos humanos.⁸⁴⁸ Sólo es admisible el ejercicio de la jurisdicción castrense con respecto a militares en ejercicio y en lo que concierne a ilícitos estrictamente vinculados a la función militar.⁸⁴⁹

En torno al derecho a la vida, la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha sostenido que “el ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo (más allá de su naturaleza trascendente) su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental, mayormente cuando el derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser privado de ésta arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida a la persona el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.⁸⁵⁰

2.2. INTEGRIDAD PERSONAL

La prohibición de la tortura y de cualesquiera penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes,⁸⁵¹ subsiste en todas las circunstancias y pertenece, hoy día, al dominio del *jus cogens* internacional.⁸⁵² Cuando hay indicios que hagan suponer la comisión de tortura o tratos de aquella naturaleza, el Estado debe iniciar inmediatamente y de oficio una investigación imparcial, independiente y minuciosa.⁸⁵³ Esto se vincula directamente con el trato que pueden recibir los migrantes irregulares detenidos en los países receptores o de tránsito.

⁸⁴⁸ *Caso Radilla Pacheco*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 209, párr. 273; *Caso Fernández Ortega y otros*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 215, párr. 176; *Caso Rosendo Cantú y otra*, Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 216, párr. 160; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 220, párrs. 197 y 198.

⁸⁴⁹ *Cfr. Caso Radilla Pacheco, cit.*, párrs. 273-275.

⁸⁵⁰ T. 205. XLIV, Recurso de Hecho, Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, 31 de marzo de 2009 y fallo: 323:3239.

⁸⁵¹ En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha debido pronunciarse sobre diversos casos de tortura, se alude a los elementos constitutivos de ésta: a) acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos. *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela, cit.*, párr. 132; *Caso Bueno Alves*, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 164, párrs. 77 y 79; y, *Caso Bayarri*, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 81.

⁸⁵² *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela, cit.*, párr. 132; *Caso Bueno Alves, cit.*, párrs. 76 y 77; y, *Caso Bayarri, cit.*, párr. 81.

⁸⁵³ *Cfr. Caso Bayarri, cit.*, párr. 92.

Frente al fenómeno creciente de “secuestro” y privación arbitraria de la vida de la que son sujetos los migrantes irregulares hay que recordar que la Corte Interamericana ha considerado que la desaparición forzada implica una violación de la libertad personal; empero, también entraña vulneración de la integridad: en efecto, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva constituyen un tratamiento cruel e inhumano. La desaparición afecta todas las dimensiones de la integridad.⁸⁵⁴ Es necesario precisar que “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o *por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de *informar sobre el paradero de la persona*, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.⁸⁵⁵ Algunos de los “secuestros” de migrantes podrían encuadrar en esta categoría.

2.3. ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO LEGAL

Bajo el epígrafe “Garantías judiciales”, el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra los principales lineamientos del “debido proceso legal” --también integrado, en supuestos específicos, por otras disposiciones de aquel instrumento--,⁸⁵⁶ vinculado con varios conceptos aledaños --tutela judicial efectiva, plena defensa, acceso a la justicia--, que se traduce en el derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por la ley, para la reclamación de sus derechos, el establecimiento de sus deberes o la determinación de su responsabilidad.⁸⁵⁷

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

⁸⁵⁴ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 170, párr. 171; *Caso Ticona Estrada y otros*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 191, párr. 58.

⁸⁵⁵ Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Énfasis propio.

⁸⁵⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, año 12, t. II, 2006, pp. 1111-1173.

⁸⁵⁷ Cfr. *Caso Salvador Chiriboga*, Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), Serie C No. 179, párr. 56; *Caso Yvon Neptune*, Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 180, párr 79; y, *Caso Bayarri*, cit., párr. 101.

humanos --incluidos los extranjeros--, que deben ser sustanciados de conformidad con las garantías judiciales.⁸⁵⁸

El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación estatal de ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Esta garantía se proyecta en la legislación interna⁸⁵⁹ y no se reduce a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales, ni a la mera posibilidad de recurrir a los tribunales. Los recursos deben ser efectivos:⁸⁶⁰ servir al objetivo que los determina. El artículo 25 establece la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si se ha violado un derecho fundamental; de ser así, el recurso debe restituir al interesado en el goce de su derecho y proveer la correspondiente reparación.⁸⁶¹ Esto no significa, por lo demás, que quien recurre deba recibir invariablemente una respuesta estimatoria de sus pretensiones, cualquiera que sea la naturaleza y la justificación de éstas.⁸⁶²

La Corte Interamericana, como se observó, ha insistido en la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.⁸⁶³

Y concluyó que “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes”.⁸⁶⁴

La CorteIDH determinó que “el Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas

⁸⁵⁸ Cfr. *Caso Salvador Chiriboga, cit.*, párr. 58; *Caso Yvon Neptune, cit.*, párr. 77; *Caso Bayarri, cit.*, párr. 103.

⁸⁵⁹ Cfr. *Caso Bayarri, cit.*, párr. 102; *Caso Castañeda Gutman, cit.*, párr. 78; y, *Caso Reverón Trujillo*, Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 197, párr. 59.

⁸⁶⁰ Cfr. *Caso Castañeda Gutman, cit.*, párr. 78; *Caso del Pueblo Saramaka, cit.*, párr. 177; y *Caso Yvon Neptune, cit.*, párr. 77.

⁸⁶¹ Cfr. *Caso Castañeda Gutman, cit.*, párr. 100.

⁸⁶² Cfr. *Ibidem*, párr. 101.

⁸⁶³ *Caso Vélez Loor, cit.*, párr. 205.

⁸⁶⁴ “En particular, en lo relativo a la notificación a los detenidos extranjeros sobre su derecho a la asistencia consular, así como a asegurar la revisión judicial directa ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención”. *Ibidem*, párr. 286.

cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos”.⁸⁶⁵

Por otra parte, respecto a los derechos de un migrante irregular detenido en el país destino, se ha establecido que “la legislación interna debe asegurar que el funcionario (administrativo) autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.⁸⁶⁶ Además, la revisión de la detención por parte de un juez o tribunal constituye un requisito fundamental para garantizar un control y escrutinio adecuados de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.⁸⁶⁷

2.3.1. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las Reglas de Brasilia se integra de 100 Reglas reconocidas como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Dichas reglas constituyen un desarrollo de los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún, 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34).⁸⁶⁸

En este instrumento se sostiene que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Aunque se reconoce la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio.

⁸⁶⁵ Que además ofrezca condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado. “El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular”. *Ibidem*, resolutive 16.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, párr. 108.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, párr. 126.

⁸⁶⁸ <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

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

El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo (6, párr. 13).

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

Las Reglas también reconocen la situación que viven las mujeres ya que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”. En este marco, se entiende por “discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Finalmente, se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica (8, párrs. 17, 18 y 19)”.

Las reglas recomiendan adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso

judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses. Y precisa que debe prestarse especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida (4, párrs. 75 y 76).

2.4. ASISTENCIA CONSULAR

Aunque la Corte Interamericana ha reconocido que la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos, también ha sostenido que los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales en cualquier parte en la que se encuentren: “el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado... y se hace acreedor a su protección diplomática”.⁸⁶⁹

Así, la Corte Interamericana ha reiterado que el extranjero detenido debe ser notificado del derecho que le asiste a establecer contacto con un funcionario consular, notificación que debe practicarse cuando el sujeto es privado de su libertad y antes de que rinda la primera declaración ante la autoridad.⁸⁷⁰

La CorteIDH determinó que “... para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ *Propuesta de modificación, cit.*, párrs. 34 y 35. La Corte Interamericana “entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado... La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, *la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos...* La Corte considera que el *principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación* determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las *medidas afirmativas* necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”. *Caso de las niñas Yean y Bosico*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 130, párrs. 136, 137 y 141.

⁸⁷⁰ *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, cit.*, párr. 164.

⁸⁷¹ *El derecho a la información, cit.*, párrs. 117 y 119.

Así, en torno al derecho a la asistencia consular,⁸⁷² la Corte Interamericana observó:

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

c) El derecho a la información sobre la asistencia consular permite que *adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸⁷³

Como se vió, la Corte Interamericana estimó que la inobservancia del derecho a la información sobre la asistencia consular afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente.⁸⁷⁴

2.5. PROTECCIÓN A LA SALUD

En lo que concierne al derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que éste se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos, en particular a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación y a la igualdad, entre otros, los cuales son componentes integrales del derecho a la salud.⁸⁷⁵ La salud no significa sólo la ausencia de enfermedades, sino el pleno estado de bienestar físico, mental y social, según la Organización Mundial de la Salud.

El Comité también determinó cuatro características del derecho a la salud que están interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.⁸⁷⁶

Para la CorteIDH, la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados. Por ello ha manifestado que éstos son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los

⁸⁷² El derecho a la información sobre la asistencia consular es el “derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, sin dilación, que tiene los siguientes derechos: 1) el derecho a la notificación consular; y, 2) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora” (artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares). Y el derecho a la asistencia consular “es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional” (artículos 5 y 36.1.c).

⁸⁷³ *El derecho a la información, cit.,* opinión.

⁸⁷⁴ *Cfr.*, entre otros: Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003, pp. 561-613; y Morales Sánchez, Julieta, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pena de muerte: el caso Medellín vs Texas”, en Patiño Manffer, Ruperto y Ríos Ruiz, Alma (coords.), *Derecho penal..., op. cit.*, pp. 41-58.

⁸⁷⁵ Comité DESC, Observación General núm. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)*, adoptada en el 22º periodo de sesiones, 11 de agosto de 2000.

⁸⁷⁶ *Idem.*

servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida e integridad personal, independientemente de si la entidad que presta dichos servicios es de carácter público o privado.⁸⁷⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina ha precisado que la salud se erige como un verdadero "bien público", según lo ha enunciado el art. 10.2 del Protocolo de San Salvador, y lo ha conceptualizado la Corte Interamericana.⁸⁷⁸

También recuerda la Suprema Corte argentina que “existen suficientes pruebas, según lo afirma la OMS, que desmienten el argumento tradicional de que la salud mejorará automáticamente como resultado del crecimiento económico, al paso que demuestran claramente que, por lo contrario, el mejoramiento de la salud es un pre-requisito del desarrollo económico”.⁸⁷⁹

Este aspecto debe ser tomado en consideración por los Estados al momento de planificar sus políticas públicas y al decidir el destino de su presupuesto.

2.6. CONDICIONES DE TRABAJO

La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos; y que “el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador... independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo”.⁸⁸⁰

La Corte Interamericana precisó que “el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular”.⁸⁸¹ Pero si esas relaciones laborales se entablan, entonces se generan todos los efectos jurídicos.

La Suprema Corte de Justicia argentina ha dicho que cuando la Constitución nacional enuncia derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos, no ilusorios, máxime si se trata de derechos

⁸⁷⁷ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm 149, párr. 89; y *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Fondo Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171, párr. 121.

⁸⁷⁸ T. 205. XLIV, Recurso de hecho, Torriño, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, 31 de marzo de 2009.

⁸⁷⁹ *Idem*.

⁸⁸⁰ Opinión Consultiva 18/03, *cit.*, párr. 134.

⁸⁸¹ *Ibidem*, párr. 135.

humanos. Y recuerda los argumentos de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 18/03, por los cuales la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, "también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales", lo cual alcanza al "marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores". Por lo que, tanto la voluntad del legislador como la del empleador, son inválidas cuando pretendan afectar o afecten dichos derechos.⁸⁸²

En otro caso, la misma Corte argentina recordó que el según el Derecho internacional de los derechos humanos, es fundamental asegurar que las condiciones de trabajo resulten, a la vez, seguras y saludables. En este sentido, cobra particular relieve, entre los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en cuanto dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona, por un lado, "al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] b) La seguridad e higiene en el trabajo" (art. 7.), y, por el otro, "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", para lo cual, entre las medidas que deberán adoptar dichos Estados, "figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo [...] y "c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales"(art. 12).⁸⁸³

El trabajo, para el que lo presta, "debe ser una forma de realización y una oportunidad para que [...] desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano".⁸⁸⁴

La protección de la integridad psicofísica del trabajador, cuando no de la vida misma de éste, mediante la prevención en materia de riesgos laborales resulta, sin dudas, una cuestión en la que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina de esta Corte, según la cual, aquél es un sujeto de preferente tutela constitucional.⁸⁸⁵

En un interesante caso, la Corte argentina afirmó que "en lo que hace al ejercicio de los derechos civiles y especialmente al desempeño de sus profesiones dentro de la República, los extranjeros

⁸⁸² P. 1911. XLII, Recurso de hecho, Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., 1 de septiembre de 2009.

⁸⁸³ T. 205. XLIV, Recurso de hecho, Torriolo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, 31 de marzo de 2009.

⁸⁸⁴ *Idem.*

⁸⁸⁵ *Idem.* Además véase "Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3689 y 3690, y "Aquino", Fallos: 327:3753, 3770 y 3797.

están totalmente equiparados a los argentinos, derecho que por vía de la reglamentación legal ha sido suprimido al disponerse que un extranjero que quiera desempeñarse en el ámbito de la salud pública provincial está obligado a tomar la ciudadanía”.⁸⁸⁶

La Corte argentina también ha determinado:

(En la) relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares, y que los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Esta obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares... Ahora bien, aun cuando es claro que, en principio, resulta imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, no por ello se agotan allí las situaciones en las cuales aquél está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. Así, un hecho ilícito agravante de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional.⁸⁸⁷

En este sentido también decidió que:

la obligación impuesta al Estado de respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros también se basa en que aquél es el que determina su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que debe también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de éstos. En suma, en las relaciones laborales del ámbito privado el Estado tiene un "rol importante" que cumplir, ya que, entre otras finalidades, no debe permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores, para lo cual habrá de velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a estos últimos, así como adoptar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para ello.⁸⁸⁸

2.7. OTROS DERECHOS SOCIALES Y MIGRACIÓN

El acceso de los migrantes irregulares a recursos básicos como la atención sanitaria, la vivienda, la educación o un empleo digno y estable --en muchos países-- es restrictivo y discriminatorio y se encuentra subordinado en todo momento a las exigencias de mano de obra barata. Esta

⁸⁸⁶ C. 3. XXXI, Originario, Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo.

⁸⁸⁷ T. 964. XL, Recurso de hecho, Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros, 24 de noviembre de 2009.

⁸⁸⁸ *Idem*.

situación de privación, especialmente grave en el caso de los trabajadores en situación de irregularidad, repercute tanto en su calidad de vida como en la del resto de la población de los países receptores.

Desde un punto de vista ético y político, la inclusión subordinada de las personas inmigradas y su consiguiente condena a situaciones de marginación y pobreza, constituyen hechos condenables, al menos desde una concepción basada en el rechazo de cualquier forma de dominación sobre las personas y en la atribución de igual dignidad entre todas ellas. En muchos casos, sin embargo, las injusticias cometidas contra la población inmigrante comportan también vulneraciones a la legalidad aceptada por los propios Estados. Desde una perspectiva jurídica, en efecto, la explotación, exclusión y discriminación de las personas inmigradas suponen con frecuencia la violación de prescripciones contenidas en Constituciones y Tratados ratificados por los propios poderes públicos.

En razón de su dilatada y conflictiva construcción como nación receptora de migrantes de culturas diversas, los EUA constituyen un marco de referencia insoslayable en torno al fenómeno de la inmigración.⁸⁸⁹

Las decisiones políticas internas de los países están condenando a los migrantes a la “discapacidad social”. En los últimos años, las “discapacidades sociales” que pesan sobre los inmigrantes se han incrementado, adoptando tres formas diferentes: a) prohibiciones de trabajar; b) exclusiones de las escuelas públicas; c) negociación de derechos establecidos por las leyes, como cartillas de alimentos o servicios médicos, que la asistencia social facilita rutinariamente a quienes se encuentran en situación de pobreza.

Muchas de estas situaciones de discapacidad han sido impuestas por algunos Estados y podrían considerarse ajustes fiscales al federalismo. En EUA, tanto la formulación como la puesta en práctica de las políticas de inmigración queda en manos del gobierno federal. Los servicios sociales, por el contrario, suelen ser prestados por los estados, por lo que un cierto número de ellos, principalmente California y Texas, impusieron “discapacidades sociales” a los extranjeros indocumentados como una forma de protegerse desde el punto de vista financiero frente al fracaso del gobierno federal en su tarea de instaurar una política migratoria integral.⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio, “Presentación” en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, Fontamara, México, 2008, pp. 8 y 9.

⁸⁹⁰ Fiss, Owen, “El inmigrante como paria”, en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales, cit.*, pp. 31-33.

El Tribunal Supremo decidió el caso *Plyler v. Doe* en 1982. En este caso se analizaba una legislación de Texas que denegaba a los niños inmigrantes indocumentados la admisión en las escuelas primaria y secundaria. Todos los niños nacidos en EUA, incluidos aquéllos, cuyos padres estuvieran en situación de ilegalidad en dicho momento, son, en virtud de la Enmienda XIV, ciudadanos de ese país. Ahora bien, si los niños nacidos en el extranjero emigran a los EUA ilegalmente, solo o, lo que es más frecuente, acompañados de sus padres, se les consideraría inmigrantes irregulares. Es a niños de esta clase a los que la normativa de Texas pretendía excluir de las escuelas locales.

La ley de Texas no pudo ser invalidada con el principio de no discriminación puesto que, según algunas visiones, podía justificarse racionalmente como un medio para alcanzar un fin social legítimo, concretamente, desincentivar el flujo de inmigrantes indocumentados a dicho estado.

En su sentencia del caso *Plyler*, el Tribunal encontró que una norma no puede crear una “subclase de analfabetos”. Desde esta perspectiva, la cláusula de igualdad protección ante la ley prohíbe no sólo la discriminación, sino también la creación de estructuras de tipo casta. Prohíbe la creación de grupos social y económicamente desfavorecidos, condenados a vivir al margen del grueso de la sociedad, aislados, siempre en peligro, y considerados, ante su propia mirada y ante la de los grupos dominantes, como inferiores.⁸⁹¹

Lo mismo sucede con las leyes que prohíben trabajar a los inmigrantes indocumentados. Estas leyes suelen imponer sanciones penales a los patronos que contraten extranjeros irregulares. También en este caso, los estados fronterizos fueron los primeros en actuar en este campo. En 1976 el Tribunal Supremo admitió una ley californiana que sancionaba la contratación de extranjeros indocumentados. El Tribunal sostuvo que dicha ley caía dentro de la competencia de los estados por referirse a asuntos de trascendencia exclusivamente local. En 1986, el gobierno federal impulsó y puso en práctica su propia prohibición general. En la actualidad, las leyes que prohíben la contratación de inmigrantes indocumentados constituyen parte de un paisaje familiar y su validez se presume de manera incuestionable.⁸⁹²

Las “discapacidades” que actualmente se imponen a los extranjeros no son el resultado de la competencia federal para reglar la inmigración en ningún sentido legítimo. Los redactores de la

⁸⁹¹ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁸⁹² *Ibidem*, p. 39.

legislación sobre seguridad social se esforzaron por demostrar que la “reforma” ahorraría dinero. Privar a los inmigrantes de prestaciones constituía una parte sustancial del ahorro. Los tribunales tendrían razones para juzgar a la ley como lo que es: no una regulación de la inmigración, sino una regulación de los inmigrantes. Un tratamiento de este tipo, desde el punto de vista del principio de no discriminación, exige una mejor justificación gubernamental que el mero deseo de reducir el gasto federal.⁸⁹³

Así, se crea el estándar de “discapacidad social” que admite interpretaciones dispares, dependiendo del diseño global que la Constitución del país en cuestión realice de la sociedad según las diferentes interpretaciones propuestas por constitucionalistas y tribunales. Si, por el contrario, se acepta el criterio de la dignidad humana, el espacio para las interpretaciones divergentes acerca de las responsabilidades de la sociedad resulta mucho más restringido. Claramente, todas las personas --nacionales y extranjeras, documentadas o indocumentadas-- deben tener acceso a un estándar de vida razonable que no debería negarse a los inmigrantes irregulares; en este sentido, el concepto-categoría de dignidad humana lamentablemente resulta maleable.

Es importante establecer algunos criterios de la Suprema Corte de EUA, que han sentado precedentes relacionados con la materia migratoria y derechos de los migrantes.

Pero antes de ello se considera importante enfatizar que los EUA como Estado parte de la OEA, está sujeto a las obligaciones impuestas por la Declaración Americana, que garantiza el derecho a la vida, al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual también es parte, regula el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a formar sindicatos. Dichos derechos han sido desconocidos o restringidos en la interpretación de la Corte Suprema de ese país.

En el caso conocido como *INS v. López-Mendoza*,⁸⁹⁴ la Corte Suprema de EUA estableció que los indocumentados gozan de manera limitada de una protección judicial resultante de la cuarta

⁸⁹³ Aleinikoff, Alexander, “Primera Clase”, en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, cit., pp. 52 y 53.

⁸⁹⁴ Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo-agosto, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 70-72.

enmienda⁸⁹⁵ de la Constitución estadounidense. La decisión de la mencionada Corte declaró que el arresto había sido ilegal, pero recordó la regla que excluye que toda declaración de aquél que fue detenido ilegalmente, no debe operar en los casos que son materia de deportación. López Mendoza alegaba que tenía derecho a una audiencia con las autoridades migratorias, en la que pudiera demostrar que se le detuvo en contravención a lo garantizado por la cuarta enmienda y reclamaba la no admisión y supresión de las pruebas obtenidas en su detención ilegal. La Corte sostuvo que el indocumentado no tiene derecho a reclamar la protección de la cuarta enmienda constitucional, no obstante que el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) había detenido ilegalmente a López Mendoza y, por ende, debía haber desestimado las pruebas obtenidas en su contra. Sin embargo, la misma corte admitió tales pruebas. Otro caso similar es el *United States v. Verdugo-Urdiquez* en el cual 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 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”.⁸⁹⁶

La Corte Suprema de EUA ha establecido en varios precedentes, que la quinta enmienda⁸⁹⁷ protege al indocumentado, pero sólo en determinadas y limitadas circunstancias.⁸⁹⁸

Un importante caso es el de *Jones vs. Alfred Mayer Co.*,⁸⁹⁹ en el cual el señor Jones presentó una demanda alegando que el demandado estaba violando la Ley de Derechos Civiles⁹⁰⁰ cuando se

⁸⁹⁵ 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”.

⁸⁹⁶ Verdugo-Urdiquez, 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. En estas condiciones él alego que las evidencias obtenidas en su contra por los agentes no debía ser admitidas en el proceso penal iniciado en su contra, ya que tales pruebas habían sido obtenidas ilegalmente. Véase Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos..., *op. cit.*, pp. 70 y ss.

⁸⁹⁷ Dicha 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*).

⁸⁹⁸ 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. En este 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. Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos..., *op. cit.* p. 77.

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, resolvió que no se puede discriminar con base en la raza del demandante. La tesis de la Corte sustentó la distinción entre discriminación por raza y discriminación por nacionalidad. Aceptando y permitiendo la discriminación con base en la nacionalidad; y prohibiendo la discriminación con base en la raza, argumentando que la raza es inmutable, mientras la nacionalidad puede cambiar.⁹⁰¹

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)*.⁹⁰² En su decisión la Corte consideró que por el hecho de ser un migrante irregular, no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato; es decir, no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante en situación irregular y no ordenó indemnización ni compensación alguna a favor del trabajador. 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

⁸⁹⁹ Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos...”, *op. cit.* p. 78.

⁹⁰⁰ La sección 981 del título 42 de la esta ley, emanada de la decimotercera enmienda constitucional establece que: “Todas las personas que estén dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos 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...”

⁹⁰¹ Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos...”, *op. cit.* pp. 79 y ss.

⁹⁰² La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los EUA., que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. *Cfr.* “Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y otros*”, en *Opinión Consultiva OC-18/03...*, *cit.*, pp. 97-103. Además de que dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que: “...Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios...”.

la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB reconocer el pago de salarios caídos⁹⁰³ a extranjeros indocumentados 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. Por lo que esta decisión negó a un grupo de trabajadores un conjunto de derechos que le son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.⁹⁰⁴

Decisiones como la anterior, en lugar de desalentar la inmigración ilegal, constituyen medidas que hacen más barato y más atractivo para los empleadores contratar trabajadores inmigrantes indocumentados. Además de que esta resolución viola el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y es contraria a normas de *jus cogens* que son obligación de los EUA cumplir, por lo que no debe evadir dicha obligación con la justificante de no haber suscrito la Convención Americana, ya que las normas de *jus cogens* son obligatorias para toda la comunidad internacional, independientemente de la suscripción o no de algún instrumento. Además de que es cuestionable una política que no protege los derechos laborales de los migrantes en situación irregular, pero se beneficia económicamente de su explotación laboral.⁹⁰⁵

A diferencia de las decisiones sustentadas en EUA, la Corte Suprema de Canadá establece la defensa y observancia de los derechos de los trabajadores migrantes. Así en el caso *Dunmore vs. Ontario*, en el cual dicha Corte 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 de ser libre de discriminación.⁹⁰⁶

⁹⁰³ Como se sabe, 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”, en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, León, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, 2000, p.38.

⁹⁰⁴ *Idem*

⁹⁰⁵ 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 Supremas locales han decretado que los trabajadores no autorizados no pueden pretender recibir salarios caídos relacionados con accidentes laborales. Cfr. *Sánchez/Vázquez v. 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.

⁹⁰⁶ Brooks, Tekila, “Últimos avances...”, *op. cit.*, pp. 36-37.

Destaca entonces la obligación de interpretar⁹⁰⁷ el ordenamiento jurídico de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Respecto a lo anterior, Zagrebelsky menciona que “la jurisprudencia deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad” y si esto no se da “...la interpretación se cerrará en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser”.⁹⁰⁸

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ANÁLISIS DE SU EJERCICIO POR LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ha cobrado gran importancia en el debate y en la práctica el denominado control de convencionalidad. Éste implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales, en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.

En rigor, cualquier autoridad doméstica llamada a aplicar disposiciones del orden internacional debe conocer éstas y valorar sus actos --y los de otros órganos que se encuentren sometidos a su conocimiento y supervisión-- en los términos de la propia norma internacional. Sin embargo, ahora solamente se hará referencia al control de convencionalidad que se atribuye a órganos jurisdiccionales nacionales cuando se indica o espera que revisen el comportamiento de otras autoridades en los términos de su adecuación a las normas de los tratados y convenciones que resultan de obligatoria observancia para el Estado.

Por supuesto, ese control de convencionalidad no se contrae solamente a los textos convencionales, sino a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en nuestro caso, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta jurisprudencia concurre a integrar el Derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales.

⁹⁰⁷ Véase Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, *passim*.

⁹⁰⁸ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley..., op. cit.*, pp. 132-133.

La premisa del control de convencionalidad reside en la idea --que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional-- de que la norma de este carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no sólo algunos órganos o agentes, quien asume los compromisos y los deberes de carácter internacional. Así las cosas, ningún sector del Estado --nacional o regional, federal o local-- podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes (salvo exclusiones explícitas cuyas características no examinaremos ahora);⁹⁰⁹ en consecuencia, los tribunales internos deberían analizar la observancia de aquéllos y ajustar sus decisiones a estos imperativos. De ahí que ejerzan un control de convencionalidad que se extiende tanto a la actuación de órganos no jurisdiccionales como a la de órganos jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana el concepto de control de convencionalidad surgió primero en algunos votos particulares⁹¹⁰ y posteriormente quedó recogida, formal y

⁹⁰⁹ Así, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales será obligatorio para cada uno de los Estados partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (artículo 29. Ámbito territorial de los tratados). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en torno a la cláusula federal, determina “las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna” (artículo 50). Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención” (artículo 28. Cláusula federal).

⁹¹⁰ Uno de los autores de este libro introdujo el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. García Ramírez afirmó que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo”; de ahí que todos los órganos del Estado deban atenerse a los criterios sustentados por el tribunal internacional a propósito de la Convención; bajo ésta, interpretada por su propia instancia judicial, se realiza el control externo de convencionalidad. *Cfr. Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Myrna Mack Chang* del 25 de noviembre de 2003, párr. 27, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Posteriormente el mismo Juez observó que “en la lógica del sistema --y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste-- reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno --que son el puente entre el sistema internacional y el nacional--, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional”. *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrs. 3-6. Sobre estos planteamientos de los votos citados, *cfr.* Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009, pp. 1-5; Rey Cantor,

reiteradamente, en diversas sentencias del citado tribunal.⁹¹¹ Así, la elaboración del control de convencionalidad en la sentencia *Almonacid Arellano* ha sido reiterada en otros casos vinculados a leyes de autoamnistía, como en *La Cantuta vs. Perú* (2006), y ha servido de base para nuevas precisiones en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (2007) y *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008).

Así, se hizo referencia directa a la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*. En todos los casos la Corte Interamericana ha manifestado que este control ha de practicarse dentro de las atribuciones de las autoridades jurisdiccionales y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación interna:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, *evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. En esta

Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pp. 46 y 167-171. En torno a la misma materia, *cf.* Sagües, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, en Bogdandy, Armin von Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM-Max Planck Institut, México, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

⁹¹¹ En 2006, este concepto fue retomado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros*: 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”. *Caso Almonacid Arellano y otros, cit.*, párr. 124. Asimismo, véase la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, *cit.*, párr. 128 y el voto del Juez García Ramírez en relación con esa misma sentencia, íntegramente dedicado al examen del control de convencionalidad. Sobre control de convencionalidad, *cf.* Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2008; García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana...”, *op. cit.*, pp. 497-539; Londoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 128, mayo-agosto 2010, pp. 761-814; y García Morelos, Gumesindo, *Control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, Ubijus, México, 2010. Asimismo véase el voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* de 26 de noviembre de 2010.

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 (énfasis agregado).⁹¹²

La doctrina ha abordado diversos tópicos en torno al control de convencionalidad.

En primera instancia, se ha preguntado ¿quién debe practicar el control de convencionalidad?

En el caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte Interamericana parece indicar que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe, asimismo, practicar el control de convencionalidad.

El asunto puede no ofrecer problemas en una nación que posea un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo juez es competente para ejercitar tal revisión.

Tampoco hay dificultades en Estados que practican un régimen “mixto”, dual o híbrido, en el que todos los jueces comunes, pueden inaplicar las normas opuestas a la Constitución en los procesos que deben resolver, pero también lo hacen organismos especializados (cortes o tribunales constitucionales específicos, salas constitucionales), en ciertos supuestos.⁹¹³

Sin embargo, se suscitan problemas en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, ya que en este caso puede existir un juez del Poder Judicial federal o local incompetente para realizar el control de constitucionalidad que, por el contrario, sí deba realizar el control de convencionalidad.

En determinados países ocurre que algunos jueces comunes no realizan control de constitucionalidad, y no siempre hay una escalera para remontar el caso al organismo que sí puede hacerlo. Ante ello, el problema debe resolverse de un modo razonable y en su caso creativo.

En definitiva, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad y no existen caminos procesales para remitir la litis a quien sí está autorizado a practicarlo, caben estas alternativas, según Néstor Pedro Sagüés: 1) como ruta más preferible, consumar una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; 2) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o

⁹¹² *Caso Radilla Pacheco, cit.*, párr. 339.

⁹¹³ Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad’ ..., *op. cit.*, p. 453.

3) diseñar --pretorianamente también-- un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad.⁹¹⁴

Claramente son las autoridades domésticas las que deben establecer, regular y evaluar el sistema de control constitucional-convencional más adecuado para el país en cuestión pero en todo caso deben hacerlo de forma tal que eviten que las sentencias de la Corte Interamericana y la Convención Americana en sí, sean o se conviertan en “letra muerta”.

Ahora bien ¿cómo y cuando se realiza el control de convencionalidad en el ámbito nacional?

La sentencia dictada en Trabajadores Cesados del Congreso aclaró el fallo Almonacid Arellano, en el sentido que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también *de oficio*, esto es, por la propia iniciativa del juez. Al respecto, habla expresamente de un “deber” de practicar tal revisión.

La directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad, en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas, todo ello sin perjuicio de su competencia.

Claramente para realizar el control de convencionalidad los jueces deben conocer, asimilar y operar el Derecho internacional de los derechos humanos.⁹¹⁵

Hay que recordar que a través del control de convencionalidad se puede evitar que los casos lleguen a la justicia internacional.

No se puede perder de vista tampoco que el control de convencionalidad es un análisis de confrontación normativo.⁹¹⁶ Aparentemente, el “control de convencionalidad” es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos *inter partes*. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza.

Así, se ha definido al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente.⁹¹⁷

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 454.

⁹¹⁵ *Cfr. Ibidem*, pp. 453-457.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 460; y Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, p. 46.

⁹¹⁷ Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El Control...*, *op. cit.*, p. 15.

El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana --control de convencionalidad en sede internacional-- o los jueces internos --control de convencionalidad en sede nacional o interna--, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), sea incompatible con la Convención Americana u otros tratados, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto; como resultado de lo cual se dicta una sentencia judicial y se ordena la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.⁹¹⁸

En este sentido, Rey Cantor sostiene que el control de convencionalidad en sede interna es un tipo de control difuso y el control de convencionalidad en sede internacional es un tipo de control concentrado a cargo de la Corte Interamericana.⁹¹⁹

Algunos autores han tratado de enunciar la diferencia existente entre el control de convencionalidad y control de constitucionalidad. En una primera aproximación se ha dicho que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica y el otro la primacía de la Constitución. En este trabajo no se coincide con esta visión ya que se estima que ambos dispositivos (Constitución y Convención) persiguen y están al servicio de la misma finalidad: la protección inexcusable del ser humano. Por lo que aun tratándose de dos “dispositivos” distintos, ambos fueron creados por la voluntad soberana del Estado en cuestión y ambos están --o deberían de estar-- diseñados para alcanzar el mismo fin. Así, se concluye que, desde una visión extensiva, tienen identidad sustancial.

Ahora bien, se reconoce que por un lado el control de convencionalidad está dirigido a buscar la compatibilidad entre la normativa secundaria con la Convención; el control de constitucionalidad se conduce a la subordinación de la normativa secundaria a la Constitución. Si entre dichos “dispositivos” hay identidad, entonces podría hablarse de cierto nivel de igualación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad por lo que, desde la perspectiva de quien escribe, todos los jueces deberían --bajo un sistema híbrido-- ejercer los dos tipos de controles en beneficio de la persona. Con ello se evitaría que rigorismos jurídicos pudieran

⁹¹⁸ Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad...*, op. cit., pp. 45-49.

⁹¹⁹ *Ibidem*, pp. 48 y ss.

obstruir la plena vigencia de los derechos humanos, meta a la que el Estado está sometido. Sin duda, hay que tener cuidado de que lo anterior no conduzca a que el orden jurídico sea aplicado a capricho por los órganos estatales ordinarios, bajo el pretexto de que una determinada norma o acto resultan “convencionales” cuando no lo son o viceversa, lo que mermaría considerablemente la seguridad jurídica que persigue todo sistema legal.⁹²⁰

La justicia constitucional tiene como fin último contribuir a fortalecer el Estado de Derecho en un contexto democrático, superando las crisis institucionales y políticas que nos asedian. Una finalidad semejante, con parecidas dificultades, se propone realizar la Corte Interamericana, conscientes de que la dignidad del ser humano sólo se consolida, protege y defiende eficazmente en un Estado democrático de Derecho.⁹²¹

Por todo lo dicho, en principio, una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable. No es suficiente, entonces, con que una regla local sea constitucional, también debe ser “convencional”.⁹²²

Sería interesante, y sólo será planteado sin entrar a su análisis, la posibilidad de trasladar aquí las reflexiones sobre los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de las sentencias emitidas por la justicia constitucional; es decir, si la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley tiene efectos sólo “desde ahora” --*ex nunc*-- o “desde siempre” --con efectos retroactivos, *ex tunc*--.

La doctrina del “control de convencionalidad”, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y “edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana”.⁹²³

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 615.

⁹²¹ Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad” en Bogdandy, Ferrer MacGregor y Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, 2011, t. II, p. 493.

⁹²² *Ibidem*, p. 462.

⁹²³ *Ibidem*, p. 466. Se trata de una innovación muy significativa, quizá “copernicana”, que: a) Provoca una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica. b) Recorta el margen de acción de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación del pacto y de las Constituciones locales. c) Parte del supuesto de la primacía del pacto sobre las Constituciones domésticas, cuestión muy polémica pero que es positivo que se defina de una vez. d) Posee una vertiente “destructiva” o “saneadora” (no aplicar las reglas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la interpretación de la Corte Interamericana), y otra “constructiva”, tan importante como la primera (interpretar las normas domésticas en consonancia con el pacto y con la Corte Interamericana). *Idem*.

Se ha dicho, que para consolidar el control de convencionalidad es necesario “que la Corte Interamericana la encuadre con mayor corrección y que cuide la calidad y prudencia de sus veredictos. Solamente en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales”.⁹²⁴

Incluso se ha mencionado que la misma Corte Interamericana “se encuentra confundida respecto a la manera en la cual se debe llevar a cabo el control de convencionalidad que busca”.⁹²⁵ Y es que el control de convencionalidad, puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada y disgregada la opinión de sus miembros.⁹²⁶

Uno de los peligros que se advierten, con una fórmula genérica de control de convencionalidad en manos de los jueces nacionales, es la cuestión de la fragmentación jurisprudencial, a partir de un abuso de dicho control ejercido por quienes se crean competentes de interpretar la Convención. De verificarse este riesgo, se estaría desconociendo justamente el fin de esa figura que, contrario a la dispersión, procura la unidad y la integración.

Ahora bien, cabría preguntar si ¿acaso la CorteIDH además de ordenar el control de convencionalidad, también ordena y faculta a que todos los jueces y tribunales desarrollen el control de constitucionalidad? Si un Estado tiene un control centralizado de convencionalidad ¿la CorteIDH puede ordenar que a partir de su determinación se lleve a cabo un control difuso? Claramente a estas preguntas debe responderse en sentido negativo ya que la decisión está en la esfera de cada Estado pero hay que precisar que “esto no significa que los jueces y tribunales que no ejercen control de constitucionalidad no tengan la obligación de observar y aplicar lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.⁹²⁷

Hay quien ha sostenido que el control de convencionalidad sólo puede ser realizado por la CorteIDH y que los jueces nacionales pueden hacer una *especie* de control de convencionalidad.⁹²⁸ En este sentido, las diferencias doctrinales y conceptuales no se estiman relevantes; lo verdaderamente relevante es que las personas tengan la seguridad jurídica de que

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 466.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 616.

⁹²⁶ Albanese, Susana, “La internacionalización...”, *op. cit.*, p. 44.

⁹²⁷ Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 604.

⁹²⁸ *Ibidem*, p. 608.

cuando su caso llegue a un tribunal, en él se aplicarán las mismas normas y los mismos criterios que en otros casos similares y que la resolución no quedará al arbitrio discrecional de un juez, es decir, que la resolución de su caso sería la misma ya sea que estuviera con éste o con otro juez ya que ambos --y todos-- conocen, entienden y aplican tanto el Derecho interno como el Derecho internacional de los derechos humanos.

Los poderes judiciales tienen la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en el sistema jurídico nacional de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que conlleva, por una parte, a velar porque ninguna norma jerárquicamente inferior a éstos afecte el objeto y fin de protección de la persona, pero a la vez que por el contenido de éstos se nutra el texto constitucional, se amplíe y se mejore donde sea necesario o prevalezca aquél donde es suficiente su contenido. Y, mejor aún, que sin importar el origen de la norma, se aplique el principio *pro persona* a fin de que aquella norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos sea la que prevalezca.⁹²⁹ Sin duda, todo esto debe darse conforme a la competencia y los procedimientos establecidos a nivel nacional, tal y como lo ha dicho la CorteIDH. Así, los jueces nacionales debieran de cumplir los criterios de la CorteIDH en los casos que éstos ya existan y sólo podrían pronunciarse nuevamente al respecto cuando se trate de situaciones no previstas ya en la jurisprudencia interamericana o cuando la interpretación sea más amplia o extensiva que la realizada por la Corte Interamericana (con base en el principio *pro persona*). Lo ideal sería que cada país legislara a este respecto, sin restringir o matizar el cumplimiento efectivo de la Convención Americana en su orden interno. Pero si esto no sucede, tampoco podemos atar el ejercicio del control de convencionalidad en sede interna por la legislación inexistente o ineficiente. Sin embargo, los Estados deben de mediar. No se trata de implementar un control de convencionalidad de forma desproporcionada, discrecional o arbitraria, tampoco se trata de generar “ultra-activismo judicial” ni fomentar la “hiperactividad” de los jueces. La tarea no es fácil.

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido a la jurisprudencia interamericana como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de los derechos fundamentales (sentencia C-010/00), como una fuente de derecho internacional (sentencia T-679/05 y sentencia

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 613.

C-370/06) y como una guía de interpretación de derechos con arreglo a tratados internacionales (sentencia C-370/06).

Sin embargo, a este respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que “las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y *la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad* --es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado--: “(...) *En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución*”.⁹³⁰

Pero también se precisó que “por regla general los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y comercial no constituyen parámetros de constitucionalidad, por cuanto no despliegan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”⁹³¹ toda vez

⁹³⁰ Sentencia C-750/08 y sentencia C-028. Énfasis propio. Así también, según se precisó en la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): “[t]al como se estableció en la sentencia C-400/98 (M.P. Martínez Caballero), la primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. En el fallo que se cita, la Corte formuló este principio así: ‘la doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido que la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión’. En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad. La Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro. // En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de interpretación conforme, las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia. Así lo dijo esta Corporación en la providencia antecitada, refiriéndose a las normas convencionales: ‘en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la carta (C.P. art. 9), como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país’. Por este motivo, no son de aceptación las interpretaciones de la ley que, al oponerla a lo dispuesto en las normas internacionales aplicables, pretendan otorgarle un sentido que riñe con los mandatos de la Carta”. *Cfr.* además Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³¹ Sentencia C-191 de 1998 y sentencia C-155 de 2007.

que dicha condición la tienen exclusivamente los convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción.⁹³²

Por su parte, la Corte Suprema de la República Argentina reconoce a la jurisprudencia interamericana como una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana (sentencia 319: 1840, caso Bramajo, 1996) y como una pauta de interpretación (sentencia del 11 de diciembre de 2003, caso Astiz).

Se debe enfatizar que de los 7 países sujetos a estudio, el único que ha sido condenado por la Corte Interamericana a ejercer el control de convencionalidad es México, en las sentencias de los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega, Rosendo Cantú y Cabrera García y Montiel Flores.⁹³³

Esto no debería importar si se considera que los criterios o jurisprudencia de la Corte Interamericana son vinculantes para todos los Estados parte y no sólo para el Estado a quien se dirige la sentencia, tal y como se sostiene en este estudio. Así, bajo esta visión, otros países han ejercido el control de convencionalidad. Para efectos de este apartado, se hará especial referencia al caso de México.

En México, el 11 de mayo de 2010 el Pleno de la SCJN, al analizar la acción de inconstitucionalidad 121/2008, discutió si ésta podía llevar a cabo el control de convencionalidad. En la discusión se introdujo la idea de control convencionalidad *directo e indirecto*, y finalmente una mayoría decidió que no podían hacer éste en ninguna de las dos modalidades que se proponían. Esto fue superado en el expediente 912/2010, en donde la SCJN estableció la obligación que tienen todos los jueces mexicanos de realizar el control de convencionalidad, a la que a continuación se hará referencia.

En julio de 2011, posteriormente a la entrada en vigor a la reforma constitucional en materia de derechos humanos mexicana publicada el 10 de junio de 2011 en el DOF, el Pleno de la SCJN inició la resolución de la Consulta a trámite, Expediente varios 912/2010 *relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución de 7 de septiembre de 2010 dictada en el Expediente varios 489/2010, relacionado con la*

⁹³² M.P. Alvaro Tafur Galvis. Ver también sentencias C-864 de 2006, C-339 de 2006, C-988 de 2004, C-067 de 2003, C-1490 de 2000, C-1022 de 1999, C-582 de 1999 y C-256 de 1998.

⁹³³ *Caso Radilla Pacheco, cit.*, párrs. 339 y 340; *Caso Fernández Ortega y otros, cit.*, párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y otra, cit.*, párrs. 219 y 220; *Caso Cabrera García y Montiel Flores, cit.*, párrs. 225 y 233.

*sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.*⁹³⁴

Durante las sesiones de los días 4, 5, 7, 11 y 12 de julio de 2011, la SCJN ha debatido la resolución del citado expediente 912/2010 y adoptado decisiones en algunos tópicos relevantes, a los que a continuación se hará referencia.⁹³⁵

En la sesión de 5 de julio se decidió, por mayoría de 8 votos,⁹³⁶ que frente a las sentencias de la Corte Interamericana, la SCJN no puede revisar las salvedades, reservas y declaraciones interpretativas, es decir, que el Pleno de la SCJN carece de competencia para analizar cuestiones relacionadas con la reserva y declaraciones interpretativas interpuestas por el Estado mexicano al momento de ratificar tratados internacionales en virtud de que éstas ya fueron valoradas --y en algún caso invalidadas-- en las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, por lo que son cosa juzgada.⁹³⁷

En la misma sesión, por unanimidad (con las “salvedades” de los ministros Franco González Salas, Aguilar Morales, Luna Ramos y Aguirre Anguiano)⁹³⁸ se resolvió que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana son obligatorias para el Poder Judicial Federal; y por “mayoría de 6 votos”⁹³⁹ (con la “precisión” del ministro Pardo Rebolledo),⁹⁴⁰ se sostuvo que “los

⁹³⁴ Para profundizar sobre éste y otros temas para el caso de México, *cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos...*, *op. cit.*, *passim*.

⁹³⁵ Se pueden ver las versiones taquigráficas del 4, 5, 7, 11 y 12 de julio de 2011 en http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Paginas/versionestaquigraficas_2011.aspx (fecha de consulta: 10 de agosto de 2011).

⁹³⁶ Votaron a favor los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. *Cfr.* <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110705v2.pdf> (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

⁹³⁷ En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos y Aguilar Morales; es decir, ellos consideraron que la SCJN sí tiene facultades para revisar las reservas y declaraciones interpretativas frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana. Los ministros Aguilar Morales y Luna Ramos presentarán voto particular a este respecto. *Idem*.

⁹³⁸ Para el ministro Franco González Salas las sentencias condenatorias sí son obligatorias, excepto cuando la SCJN considerara que se violenta la Constitución mexicana; para el ministro Aguilar Morales son obligatorias pero siempre condicionadas al Pacto que le da origen y a la supremacía constitucional. A estas salvedades se sumo la ministra Luna Ramos y el ministro Aguirre Anguiano --éste último sostuvo que las sentencias son obligatorias pero condicionalmente, no en sus términos--. *Idem*.

⁹³⁹ De los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia. *Idem*.

⁹⁴⁰ Precisó que “son orientadores para casos subsecuentes en que el Estado mexicano sea parte”. *Idem*.

criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores (no obligatorios) para el Poder Judicial de la Federación”.⁹⁴¹

Los días 7 y 11 de julio se discutieron las obligaciones que de la sentencia Radilla Pacheco derivan para el Poder Judicial Federal y se inició el debate sobre el control de convencionalidad, mismo que se extendió a temas como control concentrado, control difuso, control de la regularidad constitucional, declaración de invalidez de las normas inconstitucionales e inaplicación de normas que se estimen inconstitucionales.⁹⁴² Fue en la sesión del día 12 de julio, cuando se realizó la votación sobre el control de convencionalidad. Al respecto se decidió, por mayoría de 7 votos,⁹⁴³ que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco, “el Poder Judicial de la Federación debe ejercer el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; y por una mayoría de 7 votos⁹⁴⁴ se dispuso que “el control de convencionalidad debe ejercerse por todos los tribunales (o jueces) del Estado Mexicano”. También se aprobó por mayoría de 7 votos⁹⁴⁵ “el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad propuesto por el señor ministro Cossío Díaz (con ajustes)”.⁹⁴⁶

⁹⁴¹ El ministro Ortiz Mayagoitia señaló que “frente a sentencias condenatorias al Estado Mexicano, ya resolvimos que es obligatoria la decisión y los criterios que la informan. Frente a criterios en los que el Estado Mexicano no es parte y que se refieren a derechos humanos, es donde estamos precisando si son o no obligatorios, esto es muy importante que se declare”. Los ministros Cossío Díaz, Valls Hernández, Silva Meza, Sánchez Cordero y Zaldívar Lelo de Larrea consideraron que los criterios interpretativos de la Corte Interamericana sí son vinculantes u obligatorios. *Idem.*

⁹⁴² *Cfr.* <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110707v2.pdf> y <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110711.pdf> (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

⁹⁴³ Votaron a favor los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Cfr.* <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110712.pdf> (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

⁹⁴⁴ Votaron a favor de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad, los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem.*

⁹⁴⁵ Votaron a favor de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad, los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem.*

⁹⁴⁶ Votaron a favor los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra de la propuesta votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem.*

En torno al fuero militar, en la misma sesión del 12 de julio, se decidió, por unanimidad de 10 votos (con las “salvedades” de los ministros Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Aguirre Anguiano),⁹⁴⁷ “que del contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla, resultan obligaciones para los jueces del Estado mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que se ha reconocido como obligatorio”. Por unanimidad de 10 votos (con las “salvedades” de los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia),⁹⁴⁸ se dispuso que “los jueces del Estado mexicano deberán replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia Radilla y en aplicación del artículo 1º constitucional”. Y por unanimidad de 10 votos (con la “precisión” del ministro Aguilar Morales)⁹⁴⁹ se acordó que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la efectividad del cumplimiento y en aplicación del artículo 1º constitucional, deberá reasumir su competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil”.

El Pleno de la SCJN, en la sesión del día 14 de julio, concluyó la resolución del expediente 912/2010 y determinó:

1. Por mayoría de 8 votos⁹⁵⁰ (con la “salvedad” del ministro Pardo Rebolledo),⁹⁵¹ generar cursos para el Poder Judicial Federal sobre: 1) el conocimiento general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el sistema interamericano; y 2) sobre desaparición forzada.
2. Por mayoría de 7 votos,⁹⁵² “garantizar” que la averiguación previa del Caso Radilla Pacheco permanezca en la jurisdicción ordinaria y no vuelva a la jurisdicción militar.⁹⁵³

⁹⁴⁷ El ministro Franco González Salas se reservó “el derecho a hacer un voto concurrente cuando conozca el engrose”; el ministro Pardo Rebolledo precisó que “sólo para casos futuros”; para el ministro Aguilar Morales, “sólo para casos concretos y futuros”. *Idem.*

⁹⁴⁸ La votación se produjo con las salvedades siguientes: para el ministro Aguirre Anguiano, “si hacen un análisis del caso concreto que involucre estudio de la Constitución, estudio de la convencionalidad y reflejo en el acto concreto que este *sub júdice*”; para los ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales, “si las particularidades del caso concreto lo ameritan”; y para el ministro Ortiz Mayagoitia “sí, por razón de su oficio y de acuerdo con su competencia como lo dice la propia sentencia”. *Idem.*

⁹⁴⁹ El ministro Aguilar Morales sostuvo que “sí, hasta que se genere jurisprudencia”. *Idem.*

⁹⁵⁰ A favor votaron los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Pardo Rebolledo, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano y Aguilar Morales. *Cfr.* <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110714.pdf> (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

⁹⁵¹ El ministro sostuvo “creo yo que solo podríamos asumir la obligación de lo que depende de esta Suprema Corte de Justicia nada más. Así es que estoy de acuerdo con la impartición de cursos, pero con esta salvedad señor Presidente”. Además anunció que hará un voto concurrente a este respecto. *Idem.*

3. Por mayoría de 7 votos,⁹⁵⁴ que todos los jueces del Estado Mexicano están obligados a inaplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que “se proponga la modificación” de la jurisprudencia P./J. 74/99.⁹⁵⁵
4. Por mayoría de 7 votos⁹⁵⁶ (con las “salvedades” y “reservas” de los ministros Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza), que el Poder Judicial Federal deberá adecuar sus “subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar con los estándares internacionales en materia de derechos humanos”.

⁹⁵² A favor votaron los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem*.

⁹⁵³ “De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana, una vez que el Poder Ejecutivo lleve a cabo las medidas que le corresponden para el cumplimiento de la citada sentencia, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la averiguación previa, abierta respecto al caso Radilla se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra; este efecto no permite de manera alguna que el Poder Judicial de la Federación intervenga o interfiera en las competencias y facultades que tiene la Procuraduría General de la República en el trámite de la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007, lo único que implica es que una vez consignada la investigación, en su caso ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos al fuero militar ni debe serle reconocida competencia alguna al mencionado fuero. Este asunto sólo puede ser conocido por las autoridades jurisdiccionales ordinarias”. El ministro Cossío expuso “el párrafo 332, obliga al Estado Mexicano a garantizar que una averiguación previa que empezó en la jurisdicción militar, que posteriormente pasó a la jurisdicción penal u ordinaria, no vuelva a este sentido. Esto por supuesto lo entendemos en el caso de realización de los actos que en su momento se tuvieran que ir realizando por parte de los órganos correspondientes”. *Idem*.

⁹⁵⁴ A favor votaron los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem*.

⁹⁵⁵ El rubro de esta jurisprudencia es: *Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución*. Y a la letra dispone: “el texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que 'los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados'. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto”.

⁹⁵⁶ A favor votaron los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Cfr.* <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110714.pdf> (fecha de consulta: 15 de julio de 2011).

5. Por mayoría de 7 votos,⁹⁵⁷ que la SCJN “deberá garantizar en las instancias correspondientes -- instancias refiriéndose a procesos-- el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas, por supuesto esto en el ámbito de sus competencias”.

6. Por unanimidad de 10 votos,⁹⁵⁸ comunicar a los tribunales correspondientes que cuando tengan algún asunto vinculado a desaparición forzada, informen a la SCJN para que ésta ejerza su competencia originaria o, en su caso, la facultad de atracción.⁹⁵⁹

El engrose de este expediente Varios se aprobó en sesión privada⁹⁶⁰ el 20 de septiembre de 2011 y en él se encuentran contenidos una cantidad importante de aspectos que a continuación se plantearán en virtud de su relevancia para la temática que ocupa esta investigación.

En el Considerando 5 se indica que “resulta un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano”.⁹⁶¹

Por tanto,

Cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada y corresponde exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por el propio Estado mexicano, ya que nos encontramos ante una instancia internacional.

⁹⁵⁷ A favor votaron los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza. En contra votaron los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. *Idem*.

⁹⁵⁸ *Idem*.

⁹⁵⁹ Se dijo que “de ser del conocimiento de la Suprema Corte la existencia de casos sobre la materia, ésta deberá reasumir su competencia originaria para conocer de conflictos competenciales, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, se propone solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para los efectos anteriores”. *Idem*.

⁹⁶⁰ “Concluye la propuesta de este proyecto con una determinación –y así expresamente lo dice– y dice: Por lo expuesto y fundado, se determina –no resuelve– esto en el Vistos habrá que modificarlos, Vistos para resolver y no para determinar el cumplimiento, etcétera. Los puntos de este tema son: Primero –que fue el objetivo precisamente de la formación de este expediente Varios– determinar la participación del Poder Judicial, por eso, el punto Primero es: La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, se circunscribe a los términos precisados en la presente decisión. Segundo: Infórmese esta determinación al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal y al titular del Poder Ejecutivo Federal, por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, para los efectos que haya lugar”. *Idem*. Diversos ministros anunciaron que harían votos particulares y concurrentes y otros se reservaron el derecho de hacerlo en caso de considerarlo pertinente. *Cfr. Idem*.

⁹⁶¹ Engrose del Expediente Varios 912/2010, el cual puede encontrarse en la página <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/10009120.008.doc> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2011).

En efecto, el Estado mexicano es parte en el litigio ante la Corte Interamericana y tiene la oportunidad de participar activamente en el proceso. Es el Estado mexicano el que resiente las consecuencias del mismo, ya que las autoridades competentes del país litigaron a nombre de éste. *Este Tribunal, aun como tribunal constitucional, no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos.*

En este sentido, *esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso.* Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, *lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos* (Énfasis propio).⁹⁶²

Con base en los argumentos antes citados, la SCJN decidió que “las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio”.⁹⁶³

Mientras que, por otra parte, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es decir, aquella jurisprudencia que deriva de las sentencias en las que el Estado mexicano no figura como parte, “tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional”.⁹⁶⁴

Así, la SCJN consagró el mecanismo bajo el cual se debe desarrollar la actividad jurisdiccional en México. Dicho mecanismo radica en que:

los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de

⁹⁶² *Idem.* Énfasis propio.

⁹⁶³ *Idem.*

⁹⁶⁴ *Idem.*

su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.⁹⁶⁵

En el Considerando sexto se establecen las obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial Federal, las cuales son:

- A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

La SCJN interpretando los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional reformado estableció: “De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, *adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona*”.⁹⁶⁶

Así, precisó que “los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces *no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico* las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), *sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia*”.⁹⁶⁷

A raíz de la discusión y resolución de este expediente, el tipo de control constitucional en México se “traslada” --aunque aún se encuentra en construcción-- desde el control concentrado al control difuso --sólo con efectos de inaplicación, no emisión de declaratoria general de invalidez--.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país y se integra de la manera siguiente:

⁹⁶⁵ *Idem.* Énfasis propio.

⁹⁶⁶ *Idem.* Énfasis propio.

⁹⁶⁷ *Idem.* Énfasis propio.

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
 - Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
 - Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.
- Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone, según la Suprema Corte, “la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación”.⁹⁶⁸

De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

⁹⁶⁸ *Idem.*

A este respecto se ha dicho que “una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es a través de la llamada *cláusula de interpretación conforme*. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.⁹⁶⁹

Además se ha precisado que “no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”.⁹⁷⁰

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, señala la Suprema Corte, se encuentra el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

⁹⁶⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, pp. 357-358.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 358-359.

Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<u>Concentrado:</u>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<u>Control por determinación constitucional específica:</u>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6° 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental*
<u>Difuso:</u>	a) Resto de los tribunales a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales	1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados 1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<u>Interpretación más favorable:</u>	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

* Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

Sin embargo, la SCJN reconoce que se trata de “un sistema que es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general”.

La SCJN también advierte que “durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación”.

Asimismo, la SCJN indica que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

En torno al fuero militar, la SCJN sostuvo “como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia y favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”. Esta interpretación debe observarse en todos los casos futuros que sean del conocimiento de este Tribunal, funcionando en Pleno o en Salas e independientemente de la vía por la cual el asunto llegue a ser del conocimiento de estos órganos. Esto es, por las vías ordinarias para la resolución de asuntos, sean estos de competencia originaria del tribunal o sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de importancia y trascendencia para el ejercicio de las competencias correspondientes.

Ahora bien, las medidas a implementar por sus órganos en el ámbito de sus competencias derivadas de la sentencia internacional analizada deberán ser:

Por lo que se refiere a los párrafos 346, 347 y 348 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativas al establecimiento de cursos y programas de capacitación para

todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas en el Poder Judicial de la Federación, lo conducente es generar:

- A) Capacitación permanente respecto del sistema en general y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia, y
- B) Capacitación para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada y de los hechos constitutivos del mismo, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada, así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones; el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo a la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Para este efecto se determinó que tanto la SCJN como el Consejo de la Judicatura Federal, auxiliados por el Instituto de la Judicatura Federal, deberán implementar a la brevedad todas las medidas necesarias para concretar estas medidas.⁹⁷¹

De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana, la SCJN determinó que una vez que el Poder Ejecutivo lleve a cabo las medidas que le corresponden para el cumplimiento de la citada sentencia, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la averiguación previa abierta respecto al caso Radilla se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra. Este efecto no permite de manera alguna que el Poder Judicial de la Federación intervenga o interfiera en las competencias y facultades que tiene la Procuraduría General de la República en el trámite de la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007. “Lo único que esto implica es que, una vez consignada la investigación ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos

⁹⁷¹ En este sentido la Suprema Corte precisó: “No escapa a la consideración de este Tribunal Pleno que las medidas aquí dadas relativas a los cursos de capacitación, si bien son obligatorias para todos los funcionarios señalados del Poder Judicial Federal, lo cierto es que pueden quedar abiertos al público en general que esté interesado en el conocimiento del tema, pudiendo incluso tenerse algún tipo de coordinación con los poderes judiciales locales para que sus funcionarios también sean capacitados”.

al fuero militar, ni debe serle reconocida competencia alguna al mencionado fuero. El asunto sólo puede ser conocido por las autoridades jurisdiccionales civiles”.⁹⁷²

En relación al párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana, y dados los alcances de la resolución dictada por el Tribunal Pleno, “todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte”.⁹⁷³

Además para concretar el efecto anterior, resulta necesario que un ministro de este Tribunal Pleno solicite, con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 197 de la Ley de Amparo, la modificación de la jurisprudencia P./J. 74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

De conformidad con el párrafo 340 de la sentencia de la Corte Interamericana y atendiendo al efecto precisado en el inciso anterior, en los casos concretos de este tipo que sean del conocimiento del Poder Judicial de la Federación, éste deberá orientar todas sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

De acuerdo a los párrafos 252 y 256 de la sentencia de la Corte Interamericana, este Tribunal Pleno ordena que deberá garantizarse, en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas.

Se ordena a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para que ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia.

Como parte del engrose arriba descrito, se incluyeron los votos particulares de la ministra Luna Ramos y de los ministros Aguirre Anguiano, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales y Pardo Rebolledo.

⁹⁷² *Idem.*

⁹⁷³ *Idem.*

4. DIÁLOGO ENTRE LA JURISDICCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: ¿TENSION O COMPLEMENTARIEDAD?

A continuación se analizarán una serie de sentencias dictadas por los órganos de justicia constitucional en torno a la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos y el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con ello se pretende determinar el grado de diálogo que se produce entre la jurisdicción nacional e internacional.

CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

La Corte Suprema de Argentina se ha caracterizado por resoluciones progresistas en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Como se señaló Argentina tiene un sistema de justicia constitucional difuso, desde el criterio sostenido en sentencia del 14 de abril de 1888 en el Caso Municipalidad de la capital c/ Isabel de Elortondo, que se registra en fallos 33-162: “Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella...”

Esta doctrina ha sido reiteradamente sostenida por el Alto Tribunal, como es el caso de la sentencia del 21 de marzo de 2000 (fallos: 323-518) en la que afirmó, enfáticamente, que “Todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero, pueden y deben por expreso mandato de la Ley Fundamental, interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, en las causas cuyo conocimiento les corresponde”, es decir, todos los tribunales que integran tanto el Poder Judicial federal como los Poderes Judiciales provinciales. Y en fallos: 323-477 dijo que ello era así “sin perjuicio de que las cuestiones federales eventualmente comprendidas, puedan ser objeto de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario”, ya sea que dichas cuestiones hayan sido planteadas en procesos ante los tribunales federales o provinciales (fallos 323-2590, del 14 de septiembre de 2000).⁹⁷⁴

⁹⁷⁴ Cfr. Haro, Ricardo, *Constitución, Poder y Control*, UNAM, México, 2002, p. 220.

En innumerables e inveteradas sentencias, la Corte Suprema tiene reiteradamente sentado que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia. Por ello debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional, es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable” (fallos: 319-3148, entre otros).

Por otra parte, en el Caso Municipalidad c/Elortondo (fallos: 33-162), la Corte Suprema asimismo destacó la función garantista que le compete como cabeza de poder, junto a los demás tribunales inferiores, al afirmar que el control de constitucionalidad constituye una atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (véase, entre numerosos casos similares, el registrado en fallos 321-562, del 17 de marzo de 1998).⁹⁷⁵

También se han generado pronunciamientos sobre la interpretación dinámica vs interpretación estática del Derecho y de los derechos.

En 1937 en el caso “Bressani” (Fallo 178:9) dijo que la “interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.

En 1958 en el caso “Kot SRL” (Fallo 241:291) la mayoría de la Corte dijo que “las leyes (léase normas constitucionales) no pueden ser interpretadas históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”.

En 1963 en el caso “Nación Argentina c/Prov. de Buenos Aires” (Fallo 256:588), la mayoría de la Corte sostuvo que no corresponde “una exégesis estática, referida a las circunstancias de la oportunidad de la sanción de la ley. Y esa exégesis no es adecuada, particularmente en el ámbito de la interpretación constitucional y de las leyes de su inmediata reglamentación”. A su vez, advirtió como consecuencia negativa de la interpretación estática, “la paralización de la acción

⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 221.

gubernativa y del progreso de la República, comprometiendo la satisfacción de las necesidades más ineludibles”.

En 1966, en el caso “Fernández Orquín c/Ripoll” (Fallo 264:416), la mayoría de la Corte ratificó esta doctrina sosteniendo que “no es acertada una interpretación estática de la Constitución Nacional porque ella dificulta la ordenada marcha y el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la Ley Fundamental”. A su vez, agregó que la interpretación dinámica resulta imperiosa cuando a la clásica consagración de las libertades individuales se agregan cláusulas de contenido social.

En 1990, en el caso “Peralta” (Fallo 313:1512), la mayoría de la Corte recurre a la interpretación dinámica: “Si se declarara que la Constitución significa hoy, lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confiarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación”.

En el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (Fallo 315:1492), uno de los más relevantes, se dijo expresamente que su interpretación debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, la Corte Suprema 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)”;⁹⁷⁶ además “esta Corte conside(ró) que *entre las medidas* necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse *comprendidas las sentencias judiciales*. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”.⁹⁷⁷

La Corte Suprema también ha establecido 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 se implementen las obligaciones internacionales de la Nación a través de las sentencias judiciales.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ Corte Suprema argentina, caso *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, considerando 21, fallo 315:1492, 7 de julio de 1992, en revista *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit., número 1, julio-diciembre de 2006, p. 15. La cursiva es mía.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, considerando 22, página 16. La cursiva es mía.

⁹⁷⁸ 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”.

En 1995, en el caso “Giroldi” (Fallo 318:514), se dijo que la jerarquía constitucional de esa Convención “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “*en las condiciones de su vigencia*”, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”; agregó a continuación que la aludida jurisprudencia debe “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención” (considerando, 11).

Posteriormente, con la reforma constitucional argentina de 1994 que le confirió jerarquía constitucional al Pacto de San José, la Corte Suprema indicó que:

la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida *jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado argentino *reconoció la competencia de la Corte Interamericana* para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.⁹⁷⁹

En 1996, en el caso “Bramajo” (Fallo 319:1840), la Corte argentina extiende su doctrina de los casos “Ekmekdjian” y “Giroldi” al señalar que la opinión de la Comisión Interamericana también “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (considerando 8). Todo ello, no obstante que la Comisión Interamericana no tiene naturaleza jurisdiccional en sentido estricto y que sus decisiones pueden ser dejadas de lado por la Corte Interamericana en los casos que ante ella se ventilen. Este reconocimiento a la Comisión se reitera en el caso “Sánchez Reisse” (Fallo 321:1328) donde la Corte hace suyo el dictamen del Procurador Fiscal al no homologar la liberación anticipada del actor pues las circunstancias concretas del caso hacen presumir su fuga; precisamente, porque la Comisión entiende que el “plazo razonable” no puede ser establecido en abstracto.⁹⁸⁰

⁹⁷⁹ Corte Suprema argentina, caso *Giroldi, H. D. y otros s/ recurso de casación*, sentencia del 7 de abril de 1995, considerando 11. La cursiva es mía.

⁹⁸⁰ Benedetti, Miguel Ángel, *et. al., Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 99 y 100.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.⁹⁸¹

Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.⁹⁸²

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Corte Constitucional de Colombia, desde la sentencia C-225 de 1995 ha incorporado la doctrina del bloque de constitucionalidad,⁹⁸³ y ha reconocido una creciente relevancia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a las recomendaciones de la Comisión Interamericana. En sentencia de 1999, estableció que las recomendaciones de la Comisión Interamericana eran vinculantes para el Estado colombiano,⁹⁸⁴ y en 2000 determinó que una ley nacional puede vulnerar la Constitución por contravención a los estándares fijados por la Corte Interamericana, debido a que ese órgano judicial es el “intérprete autorizado” de la Convención Americana.⁹⁸⁵

En la sentencia C-406 de 1996, estableció que, debido a que los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos

⁹⁸¹ Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6.

⁹⁸² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20

⁹⁸³ Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Compilación de jurisprudencia nacional e internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2000, vol. 1; del mismo autor *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=47 (fecha de consulta: 07 de octubre de 2010).

⁹⁸⁴ Sentencia T-568/1999.

⁹⁸⁵ Sentencia C-010/2000.

ratificados por Colombia (según la cláusula interpretativa del artículo 93 de la Constitución), la jurisprudencia de los órganos de supervisión de tales tratados es un criterio hermenéutico “relevante” de interpretación constitucional.⁹⁸⁶ Así, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.⁹⁸⁷

En la sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte Constitucional Colombiana efectuó un interesante paralelo de su relación con la Corte Suprema de Justicia en materia de acciones de amparo contra sentencias.

La facultad de la Corte Constitucional de ordenar a un juez de última instancia revocar una decisión no afecta la distribución de competencias entre las altas cortes, en el entendido de que el juez constitucional no tiene competencias para intervenir en la definición de un problema jurídico que debe ser resuelto bajo leyes ordinarias, su rol es meramente la garantía subsidiaria de la aplicación de derechos fundamentales, incluso en los procesos judiciales ordinarios. Del mismo modo, la facultad de la Corte Interamericana de revocar la decisión de un juez de última instancia (incluyendo una sentencia de la Corte Constitucional) por vulneración de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana no implica que la Corte Interamericana se haya convertido en una tercera o cuarta instancia en la punta de la jerarquía judicial en temas civiles, contenciosos o constitucionales. Con ello, la Corte Constitucional reconoce que sus decisiones están sujetas a la supervisión de la CorteIDH por la interpretación y aplicación de normas interamericanas. Empero, esto no implica un seguimiento incondicional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana; según la Corte Constitucional, un estándar nacional prevalece si ofrece mayor protección que un estándar judicial interamericano, en aplicación del principio *pro homine*.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ Sentencias C-406 de 1996, T-235A/2002, C-251/2002, SU-058/2003 y T-786/2003.

⁹⁸⁷ Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

⁹⁸⁸ Sentencias T-1319/2001, C-551/2003 y T-679/2005. A este respecto, *cf.* Manuel Eduardo Góngora Mera, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de

En su sentencia C-148/05, la Corte se refiere al bloque de constitucionalidad *estricto 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 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*...”.⁹⁸⁹

El modelo de justicia transicional diseñado para Colombia está relacionado directamente con la naturaleza del conflicto que padeció --o padece, al igual que otros tantos países del Continente-- y las características de su sociedad.⁹⁹⁰

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE COSTA RICA

La Sala Constitucional de Costa Rica ha tratado, a través de sus resoluciones, de otorgar fuerza vinculante a las decisiones de la CorteIDH y de ofrecer una interpretación congruente con los instrumentos internacionales ratificados por este país.

La Sala advirtió “que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el *órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San 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*”.⁹⁹¹

Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 404 y ss.

⁹⁸⁹ 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, en *ibidem*, pp. 175 y 179.

⁹⁹⁰ Gómez Quintero, Alfredo, “La administración de justicia en el marco del proceso de paz Colombiano”, en Almqvist Jessica y Espósito, Carlos (coords.), *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 158-160.

⁹⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, número 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII, en *revista Diálogo Jurisprudencial...*, *op. cit.*, p. 37. Énfasis propio.

Como se vió, en la misma resolución, la Sala Constitucional dispuso 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 (Énfasis propio).⁹⁹²

Y llegó a afirmar 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...”⁹⁹³

Las anteriores resoluciones son una muestra de la interpretación extensiva y progresiva que en materia de derechos humanos ha realizado Costa Rica. Aunado a lo anterior, también ha prohibido prácticas discriminatorias a la luz de la Convención Americana.⁹⁹⁴

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 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) 1° 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

⁹⁹² *Ibidem*, p. 38. La cursiva es mía.

⁹⁹³ *Ibidem*, considerando VIII, p. 39.

⁹⁹⁴ 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, en *ibidem*, número 2, enero-junio de 2007, p. 7-10.

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 espacio normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.⁹⁹⁵

Esta resolución es sumamente relevante ya que define a las relaciones entre el Derecho constitucional interno y el Derecho internacional de los derechos humanos como relaciones de compatibilidad y no de jerarquía. Creo que si esta visión se instaurara por los diversos tribunales supremos es posible que se diera un proceso de apertura hacia la jurisdicción internacional, lo cual fortalecería la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La Corte Suprema de EUA no ha protegido los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción y ha interpretado de forma restrictiva y no extensiva ni progresiva los derechos humanos. No se podrá profundizar a este respecto; sin embargo se cree oportuno reiterar la versión resumida que da Alexy de la fórmula de Radbruch: “las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas;”⁹⁹⁶ el ya citado *caso Medellín vs Texas*, resuelto el 25 de marzo de 2008, es un claro ejemplo del incumplimiento de resoluciones internacionales (del caso *Avena* ante la CIJ) por parte de EUA.

Otra muestra se encuentra en el también referido asunto *Hoffman Plastic Compounds vs Nacional Labor Relations Board*, de 27 de marzo de 2002, en el cual se niegan derechos laborales a un trabajador por su condición migratoria irregular.

⁹⁹⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibidem*, número 1, pp.158-161. La cursiva es mía.

⁹⁹⁶ Alexy, Robert, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, p. 269.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO

Previamente a la emisión de la Ley de Migración de 2011,⁹⁹⁷ en México la Ley General de Población preveía 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 había sido objeto de controversia ya que se cuestionaba su constitucionalidad y era contrario a los derechos humanos de migrantes.

El Poder Judicial Federal, 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 reconocerle dicha legitimación se violarían las garantías previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales ya que:

...tomando en consideración que la legitimación activa o pasiva es la posibilidad, aptitud, o facultad que tiene el sujeto para desempeñarse por sí mismo dentro de un juicio determinado a fin de defender los derechos de que es titular, ya sea como actor o como demandado, el solo hecho de que el trabajador haya comparecido al juicio laboral por su propio derecho, lo legitima para tal efecto, no obstante que sea extranjero y no tuviere acreditada su legal estancia en el país, pues de no reconocerle tal legitimación se le violarían las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.⁹⁹⁸

Además, también se vulneraría el artículo 17⁹⁹⁹ constitucional. Lo anterior en virtud de que:

...el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no distingue entre los nacionales y extranjeros al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución;... por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros (no distingue entre regulares o irregulares) tienen derecho a las garantías que otorga en su capítulo I, título primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental ... En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra

⁹⁹⁷ La Cámara de Senadores aprobó el 24 de febrero de 2011 el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Migración, que derogó diversos artículos de la Ley General de Población, entre ellos el artículo 42, fracción V, mencionado. La minuta fue turnada a la Cámara de Diputados y aprobada por ésta el 29 de abril de 2011. La ley se publicó en el DOF de 25 de mayo de 2011.

⁹⁹⁸ Tesis VIII.2o.36 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero 1995, p. 222.

⁹⁹⁹ Tesis I.3o.C.681 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1727.

legitimado para denunciar o querrellarse aun en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país.¹⁰⁰⁰

Es decir, todo extranjero se encuentra legitimado para denunciar o querrellarse y tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales establecidos.¹⁰⁰¹

En otra tesis el Poder Judicial Federal 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.¹⁰⁰²

Y en una destacada jurisprudencia, la Segunda Sala de la SCJN¹⁰⁰³ afirmó 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.¹⁰⁰⁴

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.

Aunado a lo anterior, y 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.

Literalmente entendió:

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.

¹⁰⁰⁰ Tesis XX.2o.13 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, marzo 2001, p. 1740. La expresión entre paréntesis es mía.

¹⁰⁰¹ Tesis VIII.2o.6 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, abril 1995, p. 151.

¹⁰⁰² Tesis III.1o.T.97 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2457.

¹⁰⁰³ 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.

¹⁰⁰⁴ Tesis 2a./J. 230/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 221.

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.¹⁰⁰⁵

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito determinó en tesis aislada que “cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado”.¹⁰⁰⁶

A pesar de estas resoluciones, en México --y en muchos otros países-- existe un fuerte problema de acceso a la justicia para los migrantes. Las causas son diversas: en algunos casos, son los propios migrantes quienes desconocen los derechos que poseen y los medios con los que cuentan para hacerlos valer; en muchos casos, no existen mecanismos accesibles de denuncia. Como afirma García Ramírez “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”.¹⁰⁰⁷

SISTEMAS INTERNACIONALES: EFECTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS Y RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En este punto del análisis surge un cuestionamiento que debe ser abordado: ¿cómo medir la efectividad de los sistemas internacionales de protección tomando en consideración la garantía del acceso a la justicia internacional?

¹⁰⁰⁵ 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.

¹⁰⁰⁶ *Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

¹⁰⁰⁷ García Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia...*, op. cit., p. 55.

Según García Ramírez que para que exista acceso a la justicia internacional de los derechos humanos deben tomarse en consideración 10 parámetros, a saber:

- a) Que existan los instrumentos internacionales en los que se funda su ejercicio;
- b) Que éstos adquieran vigencia universal o regional, en sus respectivos casos;
- c) Que se admitan lo más ampliamente posible, es decir, con las menores reservas, siempre discutibles en el campo de los derechos humanos, o sin ellas;
- d) Que se construya en ese marco un sistema de jurisdicción contenciosa;
- e) Que se acepte el pleno despliegue de ésta, sea porque tenga aplicación inmediata, sea porque ponga en juego una cláusula facultativa;
- f) Que se reconozca seriamente el imperio de sus resoluciones;
- g) Que haya firmeza en la admisión de la competencia [...];
- h) Que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales, con amplios derechos procesales para obtener satisfacción de las pretensiones correspondientes a todos sus derechos sustantivos;
- i) Que haya vías internas de recepción y ejecución de los pronunciamientos internacionales, y
- j) Que existan medios para supervisar y exigir el cumplimiento, hasta obtenerlo.¹⁰⁰⁸

En el sistema interamericano existen tres tipos de sentencias: excepciones preliminares --en caso de que éstas sean alegadas-- fondo y reparaciones. Dichas resoluciones se pueden unir en una sola, lo cual ha sido la práctica reiterada del órgano judicial en los últimos años.

También existe la posibilidad de pedir su interpretación según lo establece el artículo 67 de la Convención Americana. Ahora bien, a pesar de que las sentencias de estos tribunales, son definitivas, motivadas, fundadas en derecho, comprensibles y accesibles a los interesados, no basta para dar el último paso cuando finaliza el proceso ante el Tribunal, resta tomar en cuenta el

¹⁰⁰⁸ García Ramírez, Sergio, “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 32-33, San José, pp. 228-230. También véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Escenarios Idóneos para la garantía del Derecho de Acceso a la Justicia Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 18 y 19; y Abregú, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Una introducción” en Abregú, Martín y Curtis Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 16.

asunto más relevante al momento de asegurar el derecho de acceso a la justicia: el cumplimiento de la sentencia.

Sin duda, las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte, no obstante ellas son meramente declarativas y no ejecutorias, por lo que los medios para lograr dicho cumplimiento son de elección de los Estados.

En el sistema interamericano no existe un órgano de supervisión del cumplimiento de las sentencias. Dicha competencia está en manos de la propia Corte la cual, además de no tener tiempo para dedicarse a esta labor, no cuenta con ninguna herramienta en ese sentido. Su actividad al respecto se limita a pedir informes a los Estados y a los interesados, emitir resoluciones al respecto e incluir en sus informes anuales ante la Asamblea General de la OEA el estado de los casos para informar sobre la reticencia en su cumplimiento.

En la actualidad la Corte sólo dedica parte de su último periodo de sesiones al año para estudiar el estado del cumplimiento de las sentencias. El expediente sólo se cierra cuando la Corte emite una resolución en este sentido, pero más allá de mantener el proceso abierto la Corte no puede hacer nada más y la Asamblea General, que debería asumir las riendas del asunto, no se preocupa por encontrar soluciones.

Existen serios vacíos en relación con la supervisión del cumplimiento de las sentencias en ambos sistemas. En especial, dado el alto nivel político de este asunto, pareciera ser que no existe un camino cierto para presionar el perfeccionamiento de los mecanismos de control.¹⁰⁰⁹

5. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL VINCULADA A MIGRANTES IRREGULARES Y SUS IMPLICACIONES COMO NORMA DE *JUS COGENS*

Antes de iniciar con el estudio de este apartado, se estima necesario precisar el concepto y el contenido de las normas de *jus cogens*.

La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *jus cogens* se

¹⁰⁰⁹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, Tribunal Europeo y..., *op. cit.*, pp. 82-87; y Valiña, Liliana, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Abregú y Courtis (coords.), *La aplicación de los tratados...*, *op. cit.*, p. 175.

incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Literalmente, la Convención enuncia:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

La consagración de *jus cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada.¹⁰¹⁰

Las normas del Derecho internacional que determinan las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros constituyen básicamente normas consuetudinarias; parten de los principios de trato mínimo internacional y nacional. Quizá el que presenta perfiles más problemáticos es el estándar mínimo, donde no existe un acuerdo generalizado sobre cuáles son los derechos que deben garantizarse a todo extranjero. Herdegen señala que "la violación de ese estándar presupone en general una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones civilizadas".¹⁰¹¹

Para que una norma de derecho internacional tenga la categoría de *jus cogens*, se requiere:

a) Que sea una norma de Derecho internacional *general*. Para la Comisión de Derecho Internacional "el criterio para estas reglas consiste en el hecho de que no existen para satisfacer necesidades de Estados individuales sino el más alto interés de toda la comunidad internacional".

No toda norma de derecho internacional general, aun cuando sea un tratado de participación masiva, tiene el carácter de *jus cogens*.

¹⁰¹⁰ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Esencia y Trascendencia*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2007, pp. 77 y 78.

¹⁰¹¹ Herdegen, Mathias, *Derecho internacional público*, UNAM, Konrad Adenauer, México, 2005, p. 211; y Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 2a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1957, p. 262.

b) La norma debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Ese reconocimiento puede ser *expreso o tácito*. El *jus cogens* puede encontrarse en: i) Los principios generales de derecho que, por definición, son reconocidos por las naciones civilizadas; ii) La costumbre internacional. El *jus cogens* reposa fundamentalmente aunque no exclusivamente en el derecho consuetudinario; iii) Tratados generales que los juristas llaman “tratados-ley” o, modernamente, “law-making treaties” para referirse a aquellos que contienen materias de puro derecho. Aunque sobran críticas a estas expresiones, es evidente que hay convenciones que, por razón del objeto y contenido, se distinguen de otras en sus efectos, importancia y jerarquía. No basta, sin embargo, que se trate de un tratado general para que se pueda hablar de *jus cogens*. Debe cumplir los otros requisitos y obtener una participación tal que no quepa duda de que se trata de la comunidad universal de Estados en su conjunto quien lo avala. La expresión “en su conjunto” pierde dimensión e importancia como materia de discusión si la fuente principal es la costumbre y, como ésta, significa generalidad o la mayoría amplia, sin que se pueda ni se deba cuantificar. Lo que es importante es que “only some subjects of international law, acting alone or in conjunction with others” no pueden crear *jus cogens* y luego imponer su interpretación a la mayoría o a otros Estados. De igual manera, unos pocos sujetos de derecho internacional, actuando solos o en unión de otros, no pueden en teoría vetar una decisión tomada por la mayoría.

c) La norma no puede admitir acuerdo en contrario y solamente puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Esta es la característica que distingue el *jus cogens* de otras normas de derecho internacional general. Aunque se consideró arriesgado ejemplificar el *jus cogens*, parece que “[i]t is easier to illustrate these rules than to define them”.

Los Estados poseen una obligación general de protección y respeto de tales derechos ante la comunidad internacional en su conjunto. Estas obligaciones son *erga omnes* insertas en el Derecho internacional general contemporáneo.

Este carácter de obligaciones *erga omnes* puede afirmarse de aquellos compromisos básicos como, por ejemplo, la prohibición de la agresión y también de principios y de reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo de manera especial la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.

Vale precisar que no todas las normas protectoras de derechos humanos ostentan un rango especial de normas imperativas.¹⁰¹²

El principio de igualdad y no discriminación aparece en un sinnúmero de instrumentos internacionales, como obligación fundamental de los Estados. En la mayoría de los casos no se incorporan como un derecho fundamental independiente, sino como una condición indispensable para garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos de la persona. Dichos principios se consagran entre otros en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En algunos de dichos instrumentos internacionales no se define el principio de no discriminación ni se enumeran los motivos de distinción o discriminación que no se encuentran permitidos. Así, por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, después de afirmar la igualdad ante la ley, señala que está prohibida toda discriminación, y que se garantizará a todas las personas protección igual y efectiva "...contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que el término "no discriminación" utilizado por el Pacto se debe entender referido a toda discriminación, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos.

A continuación, se mencionarán criterios relevantes emitidos por algunos de los órganos constitucionales de los países sujetos a estudio, en torno a este tema.

¹⁰¹² Quel Lopez, Francisco Javier, "La protección internacional de los derechos humanos: Aspectos Generales" en Fernández de Casadevante Romani, Carlos (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. ed., Di Lex, Madrid, 2003, p. 96.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina ha establecido que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰¹³

La Corte también determinó que el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente "de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" y que, por el otro, "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno".¹⁰¹⁴

Así, la Suprema Corte observó que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". Por su carácter "imperativo", rige en el "derecho internacional general", en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a "nivel internacional o en su ordenamiento interno", independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.¹⁰¹⁵

Por tanto, la Corte argentina indicó:

El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de "medidas positivas" para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un "deber especial" de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas "perentorias" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, "independientemente de cualquier circunstancia o consideración", la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los

¹⁰¹³ A. 1023. XLIII, Recurso de hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

¹⁰¹⁴ *Idem.*

¹⁰¹⁵ *Idem.* Asimismo Véase Opinión Consultiva 18/03 párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149 y 151.

empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos inter privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores.¹⁰¹⁶

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela que éste se convierte en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.¹⁰¹⁷

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general --*jus cogens*--, o ante la aparición de una de éstas (artículos 53 y 64; asimismo: artículo 71), dejando a la práctica de los Estados y a la "jurisprudencia de los tribunales internacionales" la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens*.¹⁰¹⁸

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-070/04 observó que el “Estado de(be) tratar a todos en igualdad de condiciones, lo cual no significa que no se puedan consagrar tratamientos diferenciales siempre y cuando los mismos estén soportados en una justificación objetiva y razonable”.¹⁰¹⁹

En este sentido y respecto a la situación de los extranjeros, la Corte colombiana decidió que “la situación de los extranjeros admite ser comparada con la de los nacionales colombianos... prima facie puede predicarse una igualdad entre unos y otros ya que el precepto superior al disponer que todas las personas tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades, prohíbe expresamente establecer discriminaciones, entre otros motivos, por razones de origen nacional”. Sin embargo, el aludido mandato no significa que el legislador esté impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen.

¹⁰¹⁶ *Idem.*

¹⁰¹⁷ A. 1023. XLIII, Recurso de hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

¹⁰¹⁸ *Idem.*

¹⁰¹⁹ Sentencia C-070/04.

La Corte colombiana ha precisado que el derecho a la igualdad no presenta, en todos los casos, el mismo alcance para los extranjeros que frente a los nacionales. En efecto, cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar:

- 1) Si el objeto regulado permite realizar tales distinciones;
- 2) La clase de derecho que se encuentre comprometido;
- 3) El carácter objetivo y razonable de la medida;
- 4) La no afectación de derechos fundamentales;
- 5) La no violación de normas internacionales; y,
- 6) Las particularidades del caso concreto.

En torno a los derechos políticos --norma que prohíbe a los extranjeros participar en elecciones--, la Sentencia C-523/03 determinó que los extranjeros disfrutaran en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los nacionales, salvo las limitaciones que se establezcan en aquélla o en la ley.

Así, “es el deber del Estado colombiano... proteger los derechos fundamentales del extranjero y por ende de las autoridades de la República de garantizarlos de forma efectiva, como ocurre con los derechos de los nacionales”.¹⁰²⁰

Correlativo a lo anterior los extranjeros son titulares de los mecanismos constitucionales para hacer efectiva la garantía de los derechos que a ellos les reconoce el ordenamiento jurídico. Así, pueden interponer acciones de *habeas corpus*, tutela, cumplimiento, populares y de grupo por cuanto ellas tienen como sujeto activo a toda persona. Recuérdese que los sujetos de estas modalidades de protección constitucional no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por el hecho de ser personas.¹⁰²¹

Sobre este particular, la Corte colombiana ha determinado “que bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa [...] para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”.¹⁰²²

¹⁰²⁰ Sentencia C-523/03, expediente D-4385, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º del artículo 172 del Decreto-ley 1355 de 1970 - Código Nacional de Policía.

¹⁰²¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰²² Sentencia T-215 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

Es evidente entonces, que se reconoce a los extranjeros el derecho al trato igual, asegurándoles la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales.¹⁰²³ En este sentido, debe precisarse que “dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero, de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de los deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República”.¹⁰²⁴

No obstante, la misma Constitución advierte, que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Sobre estas limitaciones a los derechos de los extranjeros, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-179/94 precisó, que dichas restricciones deben provenir del legislador y justificarse en razón de la preservación del orden público. Se explicó en dicha ocasión que:

si bien es cierto que los extranjeros tienen los mismos derechos "civiles" que los colombianos, es la misma Constitución en el artículo 100, la que permite que "por razones de orden público", se sometan a condiciones especiales o se les niegue el ejercicio de determinados derechos civiles y, en el caso a estudio, se trata precisamente de un estado excepcional cual es el de conmoción interior, en el que el orden público necesariamente debe estar perturbado. Además, obsérvese que en el literal acusado, no se alude a los derechos fundamentales de los extranjeros, sino solamente a sus derechos civiles, con lo cual la norma se adecua al citado canon constitucional.

Sobre la exigencia constitucional de que tales condicionamientos o limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros deben efectuarse por medio de ley, es un requisito que la norma impugnada cumple, pues los decretos legislativos que expide el Presidente de la República durante los estados de excepción son leyes en sentido material.¹⁰²⁵

Aunado a lo anterior debe señalarse, que las facultades del legislador en lo que concierne a las restricciones que puede establecer para salvaguardar el orden público no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales. De esta manera, es claro que la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución y en los tratados y

¹⁰²³ Sobre este particular, la Corte precisó en la Sentencia C-1259 de 2001 que “*el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento está proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales*”.

¹⁰²⁴ Sentencia T-215 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰²⁵ Sentencia C-179 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona humana y tienen un carácter universal.¹⁰²⁶

La Corte colombiana precisó que “a diferencia de los derechos fundamentales y civiles de los cuales son titulares los extranjeros... los derechos de participación política se contraen específicamente a los nacionales, toda vez que aquí el derecho no se reconoce a la persona humana en cuanto tal sino a ella en cuanto ciudadana del Estado”.¹⁰²⁷

Por ello la Corte afirmó “que el derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político está restringido a los ciudadanos. Nótese que tanto el sufragio, el derecho a elegir y a ser elegido, y el derecho a desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, exigen esa condición”.¹⁰²⁸

En sus estimaciones dijo que “la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9° de la Carta, que prescribe que las relaciones exteriores del Estado colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional”.¹⁰²⁹

Sin embargo, en este mismo caso la Corte colombiana reconoció “que la persona que viene de otro lugar no es un extraño, y que por el contrario, es alguien, que en situaciones determinadas puede aportar sus experiencias y cooperar en la realización de las metas de una comunidad cuyas decisiones le afectan directa o indirectamente... (se) reconoce la existencia de una concepción de que el mundo es de todos y por lo mismo cada ser humano es un ciudadano universal”.

Así, el inciso segundo del artículo 100 constitucional colombiano preceptúa: “Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero *la ley podrá* conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

Nótese entonces, que el Constituyente no impuso un mandato al legislador para que concediera el derecho al voto a los extranjeros, “sino que *contrario sensu*, le otorgó la iniciativa para que en desarrollo de la cláusula general de competencia de que es titular, hiciera dicho reconocimiento. Así entonces, el establecimiento del voto a los extranjeros, es una potestad del legislador más no un imperativo proveniente del texto fundamental”.

¹⁰²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-385 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰²⁷ *Idem.*

¹⁰²⁸ *Idem.*

¹⁰²⁹ Sentencia C-093 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por lo que el legislador puede conceder ciertos derechos políticos a los extranjeros residentes en Colombia, concretamente la facultad de votar en las elecciones de Alcaldes mayores, Alcaldes municipales, concejales y ediles. Asimismo, participar en consultas populares que se lleven a cabo en municipios y distritos. El fundamento de esta decisión, ha dicho la Corte, “estriba en que las elecciones municipales y distritales sólo conciernen el destino político local. Las circunscripciones departamentales y nacionales les están vedadas a los extranjeros. En una localidad lo que está en juego no es el destino político de la nación sino la posibilidad de influir en la toma de decisiones sobre los asuntos de orden local”. Tales asuntos son de naturaleza administrativa, de planificación, de participación y en general de desarrollo estrictamente local, “para lo cual resulta legítimo que un extranjero vecino de un municipio, a quien le afectan tal suerte de decisiones, pueda influir en las mismas”.¹⁰³⁰

Lamentablemente --aunque se presupone el respeto a la división de poderes-- la Corte afirmó que lo anterior es una facultad del poder legislativo, por lo que hasta que no se expida una ley que lo permita “no existe para los extranjeros la posibilidad de participar en el control y conformación del poder político local”.¹⁰³¹

La sentencia en estudio recuerda que en el ámbito del Derecho Comparado, se encuentran varios casos en los que la Constitución Política sí reconoce directamente derechos políticos a los extranjeros.¹⁰³²

En otro asunto, la Corte colombiana sostuvo que cuando se alegue que se desconoce el derecho a la igualdad de un extranjero, son dos las revisiones que debe hacer el juez constitucional. “Por una parte, debe precisarse si se trata de una limitación impuesta en alguno de aquellos ámbitos en

¹⁰³⁰ *Idem.*

¹⁰³¹ *Idem.*

¹⁰³² Por ejemplo en la Carta Política de la República Oriental de *Uruguay* se establece: "Artículo 78. *Tienen derecho al sufragio*, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres *extranjeros*, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República. La prueba de la residencia se fundará indispensablemente en instrumento público o privado de fecha comprobada, y si la justificación fuera satisfactoria para la autoridad encargada de juzgarla, el extranjero quedará habilitado para el ejercicio del voto desde que se inscriba en el Registro Cívico, autorizado por la certificación que, a los efectos, le extenderá aquella misma autoridad." Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de *Venezuela* prescribe: **Artículo 64.** Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política. *El voto para las elecciones municipales y parroquiales y estadales se hará extensivo a los extranjeros* o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política." La Carta Política de la República de *Chile* consagra: "Artículo 14. *Los extranjeros avecindados en Chile* por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, *podrán ejercer el derecho de sufragio* en los casos y formas que determine la ley."

los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros (conforme a la Constitución nacional). Si la disposición acusada no se encuentra bajo una de las hipótesis anteriores, debe establecerse si este es un trato razonable constitucionalmente”.¹⁰³³

En varios casos en los que un extranjero ha alegado que se le está desconociendo su derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha llegado a una decisión luego de llevar a cabo ambos análisis. Así, en la sentencia T-380 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), por ejemplo, la Corte Constitucional decidió que el Instituto Colombiano de Cultura, *Colcultura*, había violado los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del ciudadano búlgaro Kiril Dimitrov Gorzdanov, al no designarlo como Flautista Piccolo, Clase A, de la Orquesta Sinfónica de Colombia, a pesar de que él había ganado el concurso realizado por *Colcultura* para proveer tal cargo.¹⁰³⁴

Partiendo de la jurisprudencia constitucional, la Corte colombiana estableció que *Colcultura* estaba obligado a nombrar en el cargo a la persona que hubiese ocupado el primer puesto en la lista de elegibles; al no hacerlo violó la Constitución Política, en especial los principios que inspiran la función pública y los derechos fundamentales de los aspirantes al cargo o empleo.¹⁰³⁵

De forma similar en la sentencia C-385 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte resolvió declarar inconstitucional las restricciones consagradas por la ley laboral a los extranjeros en el ejercicio de sus derechos sindicales. La demanda cuestionó las normas según las cuales: 1) no podía funcionar sindicato alguno cuyo personal no estuviese compuesto, por lo menos en sus dos terceras partes, por ciudadanos colombianos; 2) ningún extranjero era elegible para los cargos directivos del sindicato, sin importar cual fuera la forma de dirección; 3) para ser miembro de la

¹⁰³³ Sentencia C-1058/03, expediente D-4621, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 473 (parcial) del Código del Comercio.

¹⁰³⁴ Kiril Dimitrov Gorzdanov había ganado el concurso que *Colcultura* había realizado con el objetivo de proveer el cargo de Flautista Piccolo al obtener 88.77 puntos; sin embargo el Instituto de Cultura optó por nombrar al segundo de la lista, un flautista colombiano que había obtenido 86.66 puntos. Según le comunicó el Jefe de la División de Música de *Colcultura* a Dimitrov Gorzdanov, la decisión había obedecido a que el Acuerdo número 0011 de 9 de marzo de 1979 (expedido por la Junta Directiva de *Colcultura* y mediante el cual se regula la administración de personal al servicio de la Orquesta Sinfónica de Colombia) establece que, “en igualdad de condiciones”, siempre debe preferirse al nacional colombiano.

¹⁰³⁵ En consecuencia, se consideró que *Colcultura* había discriminado al músico Dimitrov Gorzdanov al negarse a nombrarlo en el cargo que había ganado por concurso, teniendo como criterio de su decisión, únicamente, su “origen nacional”. Además, se había desconocido la igualdad de derechos civiles consagrada por el artículo 100 de la Constitución, al restringirle sus derechos por razones diferentes al orden público. De la misma forma, consideró que el cambio en las reglas que se observarían en el procedimiento de elección, había afectado el derecho al debido proceso y que no nombrarlo en el cargo había conllevado desconocer su derecho al trabajo. Finalmente, en esta ocasión, la Corte reconoció la acción de tutela como un instrumento idóneo para hacer garantizar el goce *efectivo* de los derechos fundamentales de toda persona, incluyendo los extranjeros.

junta directiva de un sindicato se requería ser colombiano para ser miembro de la junta directiva de una federación o confederación de sindicatos se requería ser colombiano; y 5) los delegados del sindicato o de los trabajadores encargados de presentar al patrono el pliego de peticiones, en los casos de conflictos colectivos que puedan llevar a la suspensión del trabajo o en los casos de arbitramento obligatorio, debían ser colombianos. La Corte tomó su decisión con base en dos argumentos fundados en la jurisprudencia constitucional sobre la materia.¹⁰³⁶ Por una parte consideró que se violaba el derecho a la igualdad de los extranjeros porque “las normas acusadas [carecían de] un fundamento serio, objetivo y válido constitucionalmente, que justifique las restricciones que se imponen a los extranjeros para el ejercicio pleno del derecho de asociación sindical.” Por otra parte, consideró que no se trataba de una de las restricciones a los derechos civiles autorizadas por el artículo 100 de la Constitución, por cuanto se trataba del ejercicio de la libertad sindical (artículo 39 constitucional)¹⁰³⁷ y porque “las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta, pues (...) las restricciones a los derechos fundamentales deben ser *expresas, necesarias, mínimas e indispensables*, y estar dirigidas a la realización de *finalidades constitucionales legítimas* en una sociedad democrática, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social”.¹⁰³⁸

En este sentido, la Corte analizó el concepto “orden público” como límite de los derechos. Y ha resaltado la vaguedad y la ambigüedad del mismo, advirtiendo que se trata de una condición que puede generar su uso indebido por parte de los operadores jurídicos, en detrimento de la protección y del goce efectivo de los derechos de las personas. Por esta razón, antes que tratar de

¹⁰³⁶ La sentencia C-385 de 2000 se fundó, entre otras, en las sentencias C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁰³⁷ En este caso la Corte consideró que “(c)on las restricciones que consagran las normas acusadas, no sólo se desconoce el derecho de asociación sindical y los derechos adicionales que éste conlleva, como los de negociación colectiva y de huelga, sino las libertades conexas que el ejercicio de aquél implica, como son los de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, petición y reunión, así como el derecho a la participación, en la medida en que se impide a los extranjeros, por la vía de las aludidas limitaciones, intervenir y participar en los asuntos y en las decisiones que los afectan.” (sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell).

¹⁰³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Con relación al sentido de la norma la Corte señaló: “Las ideas que pudieron inspirar la redacción de dichas normas, posiblemente fueron el modelo económico proteccionista imperante en la época en que ellas fueron expedidas, que se oponía a la injerencia extranjera, y el concepto clásico de soberanía, según el cual, debían protegerse los intereses nacionales no permitiendo que extranjeros pudieran intervenir o tomar decisiones que afectaran la independencia nacional, o pudieran constituir grupos de presión para buscar reivindicaciones sociales y laborales, en el territorio colombiano, acordes con la ideología dominante del proletariado internacional.”

establecer una definición comprensiva que dé cuenta de cada uno de los casos en los que el concepto es empleado como parámetro normativo, la Corte ha preferido fijar criterios que permitan comprender y aplicar la noción de “orden público” como una categoría propia del Estado social de derecho.¹⁰³⁹

Al respecto, la Corte indicó en la sentencia C-179 de 1994 que el

régimen de libertades, suprema *ratio* del Estado de derecho, tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las normas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades.

Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es empresa desalentadora, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito, impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible. De allí el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla. El único control de su evaluación, entonces, estará constituido por el *telos* del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también...una valoración.¹⁰⁴⁰

Así pues, el concepto de orden público debe entenderse estrechamente relacionado con el de Estado social de Derecho. No se trata entonces tan solo de una manera de hacer referencia “a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir”; más allá de esto, el orden público en un Estado social de Derecho supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos. Así, por razones de “orden público” han de entenderse medidas encaminadas a salvaguardar las condiciones y presupuestos básicos de un Estado social de Derecho, que permitan garantizar el goce de los derechos fundamentales.

La Corte ha señalado que “(...) las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros *no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta*, pues (...) las restricciones a los derechos fundamentales deben ser (i) *expresas*, (ii) *necesarias*, (iii) *mínimas* e (iv) *indispensables*, y (v) estar dirigidas a la realización de finalidades *constitucionales legítimas* en

¹⁰³⁹ *Idem.*

¹⁰⁴⁰ En la sentencia C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; salvamentos de voto, parciales, de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Jorge Arango Mejía) la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria “por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia.”

una *sociedad democrática*, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social”.¹⁰⁴¹

Por otra parte, también existen casos que sólo exigen uno de los dos análisis, bien sea porque el otro no es aplicable, bien sea porque claramente no se trata de una medida adoptada por razones de orden público. Por ejemplo, la Corte ha considerado que exigir a las personas, en razón a su origen nacional, requisitos adicionales para llevar a cabo un negocio, sin existir una “razón suficiente” que sustente el trato diferente, constituye una discriminación.¹⁰⁴² Al respecto la jurisprudencia ha indicado que “(s)ólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes (...)”. Las restricciones constitucionalmente legítimas de los derechos de las personas que se hagan con base en el origen nacional, contemplado por el artículo 13 de la Constitución como un “criterio sospechoso”, son en principio inadmisibles, salvo que existan suficientes razones constitucionales poderosas que las justifiquen.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que si bien el artículo 100 de la Constitución autoriza al legislador a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, por razones de orden público, tales restricciones “no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales”. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos como la protección de los derechos de los

¹⁰⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

¹⁰⁴² En la sentencia C-049 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte declaró inexecutable el artículo 239 de la Ley 222 de 1995 según el cual, en los contratos de representación o agencia que debían ejecutarse en territorio nacional, en los que participaban personas naturales o jurídicas extranjeras, debía establecerse que los contratantes extranjeros tuvieran un domicilio permanente en Colombia. La Corte consideró que “(c)uando un colombiano domiciliado en el exterior quiere celebrar un contrato de representación o agencia, para ser ejecutado en Colombia, no se le exige que establezca su domicilio en el territorio nacional. En cambio, si quien va a celebrar uno de los mencionados contratos es una persona natural o jurídica extranjera, a ella sí se le exige tal requisito, sin que medie ninguna razón para ello. Por esto, es ostensible el quebrantamiento de la igualdad, sin razón suficiente.”

niños y el derecho a tener una familia, siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica.¹⁰⁴³

La jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien el artículo 100 de la Constitución autoriza al legislador a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, por razones de orden público, tales restricciones “no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales”.¹⁰⁴⁴ Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos como la protección de los derechos de los niños y el derecho a tener una familia,¹⁰⁴⁵ siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica.¹⁰⁴⁶

En efecto, la Corte ha considerado que la nacionalidad de un profesional como lo es, por ejemplo, un médico especializado en anestesiología, no es un asunto de orden público; en esa medida, no se puede prohibir a los extranjeros el ejercicio de dicha profesión con base en el artículo 100 de la Constitución Política.¹⁰⁴⁷ En el mismo sentido, es inconstitucional impedir a un extranjero

¹⁰⁴³ Cfr. *Idem*.

¹⁰⁴⁴ Sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰⁴⁵ En la sentencia T-215 (M.P. Fabio Morón Díaz) se decidió tutelar los derechos fundamentales de dos niños, en especial el derecho a tener una familia, debido a que su padre, un ciudadano alemán, había sido deportado y sancionado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con la prohibición de ingresar al país durante 12 meses debido a que había permanecido ilegalmente en el país más allá del tiempo que la ley le permitía (90 días). La Corte ordenó al DAS que suspendiera transitoriamente, y por el término de treinta (30) días hábiles la ejecución de la Resolución mediante la cual se había adoptado la medida y que durante dicho término permitiera el reingreso legal al ciudadano alemán, para que resolviera sin dilaciones y sin sanciones su legal estancia y permanencia en el territorio de la República, y para que atendiera sus deberes familiares.

¹⁰⁴⁶ En la sentencia T-321 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se decidió que el Ministerio de Relaciones Exteriores no había violado los derechos de los niños y el derecho a tener una familia al negarle la solicitud de visa a un ciudadano cubano que había contraído matrimonio con una colombiana madre de una niña. La Corte consideró que “(...) no se observa vulneración del derecho a la familia, pues de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el accionante no convive con su cónyuge, ni con la hija de ésta, por lo cual resulta inexistente la conformación de un núcleo familiar propiamente dicho, a efecto de ordenar su protección.” En el expediente se demostró que el matrimonio había sido celebrado estratégicamente para solicitar la visa de residente.

¹⁰⁴⁷ En la sentencia C-280 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte consideró que es inconstitucional impedir a un extranjero ejercer la profesión de médico anestesiólogo, cuando reúne los requisitos legales para ello, por lo que declaró inexecutable la expresión “colombiano de nacimiento o nacionalizado”, que aparecía en el literal (a) del artículo 2o. de la Ley 6a de 1991 (Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones), y la palabra “nacionalizado” que aparecía en el literal (c) del mismo artículo 2o. La Corte señaló que “(n)o existe razón para que solamente los ‘extranjeros nacionalizados’ puedan ejercer tal especialidad. Cualquier extranjero puede hacerlo si tiene un título reconocido en Colombia. La norma viola el artículo 13, porque consagra una discriminación inaceptable, por causa de la nacionalidad. Y, además, el artículo 100, pues no hay motivos de orden público que justifiquen este recorte de los derechos de los extranjeros. Y no existe una razón para que la ley restrinja así el derecho al trabajo del extranjero, y en particular el que éste tiene al ejercicio de la especialidad mencionada. || Todo lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el ejercicio de la medicina y de sus especialidades, es un servicio humanitario, que va más allá de rígidos conceptos excluyentes.”

desempeñar un cargo directivo en el área de anestesiología, en cualquier entidad pública o privada, salvo los casos en que los colombianos reciban igual trato en el país de origen del extranjero. La Corte consideró que no se trata de cargos que el Constituyente de 1991 hubiese vedado a los extranjeros y que tampoco existían razones de orden público para prohibirle su desempeño con base en el artículo 100 de la Constitución.¹⁰⁴⁸

En la sentencia C-1259 se declaró que el primer inciso del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 141 de 1961), mediante el cual se indica que “(t)odo patrono que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza”, es constitucional. La Corte consideró que “(s)e trata de una norma que se dirige a proteger el trabajo nacional, (y) de un medio adecuado que implica una restricción proporcional y razonable de los derechos de los extranjeros en Colombia.” Para la Corte “si bien la ley ha establecido un tratamiento diferenciado, él tiene una justificación objetiva y razonable; existe proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y, por último, si bien se han afectado los derechos de los extranjeros, a la luz de la Constitución es mayor el beneficio reportado por los trabajadores nacionales que el perjuicio sobrellevado por aquellos. De todo ello se infiere que el legislador no ha desconocido el derecho al trabajo de los extranjeros ni les ha impuesto una discriminación injustificada pues simplemente se ha limitado a regular los porcentajes de aquellos que pueden laborar en las empresas que ocupen más de diez trabajadores”.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁸ Así, en la sentencia C-280 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte consideró que es inconstitucional impedir a los extranjeros desempeñar los cargos de dirección y manejo orgánicamente establecidos en instituciones oficiales, seguridad social, privadas o de utilidad común relacionados en el área específica de anestesiología, salvo en aquellos casos en los que exista la misma restricción a los colombianos. La Corte señaló lo siguiente: “La Corte encuentra que la exigencia que hace esta norma en cuanto a la nacionalidad colombiana, solamente es exequible en los casos en que en el país de origen del extranjero no se dé a los colombianos el mismo trato a que aquél aspira en Colombia. Esto, para garantizar un mismo tratamiento a colombianos y extranjeros en los respectivos países, recíprocamente. La declaración de exequibilidad, pues, será condicionada. || De otra parte, se advierte que los cargos que se reservan a los nacionales colombianos son aquellos que llevan anexa autoridad y jurisdicción, según el artículo 99 de la Constitución, y los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil y política, del artículo 127 de la misma. || A todo lo cual hay que agregar que el legislador, por razones de orden público, como lo prevé el artículo 100 de la Constitución, y particularmente por motivos sociales y económicos vinculados al mantenimiento del orden público económico, puede establecer, en casos especiales, restricciones al trabajo de los extranjeros, en determinadas ocupaciones y profesiones. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que se dicten para asegurar el pleno empleo de los colombianos”.

¹⁰⁴⁹ Concretamente, con relación a las razones que llevaron al legislador a aprobar la norma que restringe el número de extranjeros que pueden ser contratados en empresas de más de 10 trabajadores, la Corte sostuvo: “En cuanto a la existencia de un fin que explique esa diferencia de trato y a su validez constitucional, hay que indicar que ese fin está implícito en el enunciado normativo demandado: Al limitarse el derecho al trabajo de los extranjeros en aquellas

La Corte colombiana ha sostenido, en otro caso, que “dada la trascendencia que la nacionalidad tiene en la dinámica de los Estados modernos, como una emanación del principio de soberanía, (éstos) disponen de la facultad de regular el ingreso y permanencia de extranjeros. Esto es comprensible pues todo Estado debe tener conocimiento de los nacionales de otros países que ingresan a su territorio, de los propósitos con que lo hacen y de las actividades a que se dedican”.¹⁰⁵⁰

Además ha dicho que:

La nacionalidad es la relación existente entre un Estado y el elemento humano que lo integra. Constituye un vínculo que une a una persona con un Estado y tiene múltiples implicaciones pues recoge una serie de elementos que identifican a una comunidad, permite participar en la conformación y control de los poderes públicos y genera derechos y deberes correlativos. De ese modo, el elemento humano del Estado son sus nacionales. No obstante, de la población de un Estado también hacen parte los no nacionales, esto es, los extranjeros, aquellas personas que mantienen un vínculo de esa naturaleza pero no con el Estado en el que se encuentran sino con uno diferente.

Si bien históricamente los Estados cuentan con una amplia discrecionalidad para regular el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio, esa discrecionalidad se ha ido limitando no sólo por las atenuaciones que el mundo de hoy ha impuesto al concepto de soberanía sino también porque en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. De allí por qué esa regulación tenga como límite infranqueable a los derechos fundamentales de los extranjeros, derechos a cuyo respeto se encuentran comprometidos todos los Estados.

El mismo constituyente, si bien no establece un tratamiento diferenciado entre los trabajadores nacionales y los extranjeros, sí admite la posibilidad de que él sea determinado por el legislador.

La sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como

empresas que ocupen más de diez trabajadores se fomenta la ocupación de mano de obra nacional. Ello quiere decir que el tratamiento diferenciado previsto en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo se orienta a proteger preferencialmente el derecho al trabajo de los nacionales. Esa protección es un recurso que hace parte de la política de empleo adoptada por el Estado y que debe compaginarse con las exigencias impuestas por el modelo de desarrollo para atender satisfactoriamente las demandas sociales. || Además, es constitucionalmente válido que el Estado proteja la ocupación de mano de obra nacional no sólo por las profundas implicaciones que la dinámica del mercado laboral tiene en todo el contexto social sino también porque la regulación del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los extranjeros debe compaginarse con la política migratoria del país. En efecto, ya se vio cómo los Estados tienen la facultad de regular el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio pues ellos no están exonerados del cumplimiento de la Constitución y la ley para el desempeño de actividades en el territorio nacional. No obstante, tampoco el Estado está exonerado del deber que le asiste de fijar una política de inmigración coherente que no cause traumatismos en el mercado laboral ni en la economía nacional y que al tiempo propicie condiciones dignas y lícitas para el trabajador migrante y su familia. Precisamente por ello los Estados que han aprobado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada mediante Ley 146 de 1994, se han comprometido, entre otras cosas, a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares (Artículo 64 de la Convención).”

¹⁰⁵⁰ Sentencia C-1259/01, expediente D-3574, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 de la Ley 141 de 1961, Código Sustantivo del Trabajo.

principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado. Lo importante es determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental. Para ello debe establecerse la diferencia de los supuestos de hecho, la presencia de un fin que explique la diferencia de trato, la validez constitucional de ese fin, la eficacia de la relación entre los supuestos de hecho, la norma y el fin y, por último, la proporcionalidad de esa relación de eficacia.¹⁰⁵¹

Ahora bien, dada la trascendencia que la nacionalidad tiene en la dinámica de los Estados modernos, como una emanación del principio de soberanía, disponen de la facultad de regular el ingreso y permanencia de extranjeros. Esto es comprensible pues todo Estado debe tener conocimiento de los nacionales de otros países que ingresan a su territorio, de los propósitos con que lo hacen y de las actividades a que se dedican pues ese conocimiento le permite ejercer un control adecuado que atienda también los intereses de sus nacionales.¹⁰⁵²

La Corte colombiana afirmó que:

en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento... para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, *así aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular*. Cabe destacar que el principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia que es invocada como fundamento 'lógico' y político para definir reglamentariamente las competencias de las autoridades de inmigración ... queda sometido a la vigencia superior de los derechos constitucionales fundamentales y al respeto inderogable de los derechos humanos por parte de las autoridades encargadas de la situación de permanencia de los extranjeros.¹⁰⁵³

En el mismo sentido, en la Sentencia T-321-96 se expuso que “si el ejercicio de las facultades discrecionales en cada caso no se hace con adecuada motivación y con sujeción a los procedimientos correspondientes, se comprometen los derechos fundamentales del ciudadano extranjero, los cuales, la Constitución les garantiza y las autoridades de la República están obligadas a proteger, y puede dar lugar además, al ejercicio de las acciones correspondientes, a fin de que a aquél se le garanticen de manera efectiva los derechos de los cuales es titular.”¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵¹ *Idem.*

¹⁰⁵² *Idem.*

¹⁰⁵³ Sentencia T-215-96. M. P. Fabio Morón Díaz. Énfasis propio.

¹⁰⁵⁴ Sentencia T-321-96. M. P. Hernando Herrera Vergara.

En otros casos, la Corte colombiana ha reflexionado sobre el interés superior del menor.¹⁰⁵⁵ La jurisprudencia de la Corte ha recogido los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores y que deben guiar toda actuación oficial o privada que los involucre. Se dijo: “i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad”.¹⁰⁵⁶

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte de Colombia¹⁰⁵⁷ ha establecido que las decisiones en las que se involucre un menor deben atender a criterios jurídicos relevantes y basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas específicas del caso que rodean al menor para lograr la protección de su interés superior:

La determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: *“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,¹⁰⁵⁸ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepitibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”*. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, *“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento*

¹⁰⁵⁵ Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la cual se explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. Cfr. también Sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Treviño, Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁵⁶ Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁵⁷ Ver Sentencias T-510 de 2003 MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁵⁸ Sentencia T-408 de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

jurídico para promover el bienestar infantil-”. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.¹⁰⁵⁹

En la sentencia T-808 de 2006¹⁰⁶⁰ se reiteraron los criterios jurídicos generales relevantes para determinar el interés superior del menor: “(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado”.¹⁰⁶¹

En el sentido de las reflexiones anteriores, en distinto caso, la Corte colombiana sostuvo:

El derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como todo el conjunto de derechos constitucionales fundamentales de los niños que se reconocen en su favor por la Carta Política y por los tratados internacionales suscritos por Colombia, que incluye sin duda a los hijos de los extranjeros en Colombia, también están llamados por la misma normatividad constitucional a ser protegidos y garantizados por la "familia, la sociedad y el Estado" y comprenden a todo menor sin discriminación alguna. Aquellos menores y sus derechos no pueden ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten aunque medie la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁹ Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁶⁰ Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia la Corte conoció de un caso en el que el padre de una menor consideraba vulnerado su derecho al debido proceso cuando mediante sentencia judicial se había otorgado permiso de salida del país a su hija sin examinar las pruebas dentro del proceso y desechar varias que, según el accionante, tendían a establecer que la separación de su padre en las circunstancias del caso concreto podían afectar su desarrollo armónico e integral y que el ambiente en el que viviría podría lesionar su integridad y seguridad personal. La Corte consideró que en efecto si se había vulnerado el derecho al debido proceso. Ver también sentencia T-446 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁶¹ Sentencia T-090/07, expediente T-1481143, Acción de tutela instaurada por *Sandra* actuando como agente oficioso del menor *Julio* contra el Instituto de Bienestar Familiar ICBF.

¹⁰⁶² Sentencia T-215/96, Expediente T-88456.

Por tanto, la misma Corte determinó que:

Resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, la deportación del territorio nacional a una persona extranjera que sea padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia, pues la mencionada sanción de plano comporta, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, una especie de discrecionalidad administrativa, para efectos de autorizar el regreso al país del extranjero afectado con la medida.

La deportación produce un irreparable distanciamiento de padre e hijos que efectivamente afecta con mayor gravedad a estos últimos, y que aun cuando decretada en este caso esta situación sea temporal, se produce el daño irreparable y se violan los derechos de los menores.¹⁰⁶³

No obstante lo anterior, precisó que:

el simple hecho de que los menores hijos del señor Müller, sean nacionales colombianos ciertamente no le permite al deportado adquirir, ipso iure, el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sin el previo cumplimiento de los requisitos que señala la Constitución y la ley; empero ...todas las autoridades competentes deberán tener en cuenta las condiciones especiales del extranjero en el sentido de que es padre de dos menores hijos colombianos para que, en aras de la protección de sus derechos fundamentales, puedan mantener unida la familia y proceder con racionalidad y ponderación a respetar y a hacer respetar los derechos de los menores.

En distinto asunto, la Corte definió como irregular “el ingreso al territorio nacional en los siguientes casos: (i) ingresar al país por lugar no habitado; (ii) ingresar al país por lugar habitado pero evadiendo u omitiendo el control migratorio e (iii) ingresar al país sin la correspondiente documentación o documentación falsa”.¹⁰⁶⁴

Asimismo, observó que “es potestativo de todo Estado, como expresión de la soberanía, reservarse la facultad de permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, con mayor razón es imperioso impedir dicha permanencia si existen elementos de juicio convincentes de que el extranjero ingresó y permanece en el país de manera irregular”.

Acerca del ejercicio de las facultades discrecionales, ha puntualizado la Corte Constitucional:

(que) en mayor o menor grado, (éstas) vienen a establecer una gradualidad en los contenidos propios del derecho al debido proceso. Porque el debido proceso tiene las especificidades que le imponga la ley o la naturaleza propia del proceso respectivo. Debe detenerse la Sala en la indagación de la naturaleza del derecho de defensa, como elemento esencial del derecho al debido proceso, de contenido más amplio, y sus alcances frente al poder discrecional. El problema consiste en conciliar la naturaleza jurídica de la potestad o competencia y la del derecho cuando concurren en una lógica de intereses encontrados. Se ha precisado atrás, que

¹⁰⁶³ *Idem.*

¹⁰⁶⁴ Sentencia T-321/05, expediente T-848847, Acción de tutela instaurada por Vladimir Pettit Ramírez contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

la facultad discrecional obedece a razones especiales de interés público o general, mientras que en los derechos humanos, y en especial en los fundamentales, concurre un interés público general orientado a la protección de intereses individuales, personales o particulares. Cuál debe prevalecer de manera general y en cada caso? He allí el dilema a dilucidar. La regla general está en el precepto constitucional que impone 'la prevalencia del interés general' (art. 1o.) frente al resto de intereses individuales, personales o particulares como se ha indicado. De donde, el poder discrecional prevalece sobre el interés del titular del derecho al debido proceso.¹⁰⁶⁵

Ha señalado la Corte que “en todo caso la intensidad del juicio de igualdad en casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta por analizar”.¹⁰⁶⁶

En distinto expediente, la Corte observó que “los cupos para el acceso a la universidad pública son bienes escasos (por lo que es procedente) la exigencia del mérito académico como criterio básico para el acceso a la universidad pública.”¹⁰⁶⁷

A este respecto, conviene recordar lo dicho en la sentencia T-441:

En las condiciones actuales del país, los cupos en las universidades públicas constituyen bienes escasos, es decir pertenecen a la categoría de recursos respecto de los cuales es superior la demanda por el bien que las existencias de éste. Prueba de ello es el alto número de aspirantes por cada plaza de estudios existente en las universidades públicas. Como ya se ha señalado por esta Corporación, cuando se trata de la distribución de bienes escasos no se puede partir de la base de que todos los interesados en ellos tienen derecho a recibirlos. La aceptación de este planteamiento sería, además de contraria a la realidad, problemática para la credibilidad de las instituciones y para la estabilidad política. Por eso, en estas situaciones la aplicación del principio de igualdad adquiere una modalidad específica, consistente en que todas las personas interesadas en la adjudicación del bien tienen derecho a estar en igualdad de condiciones para acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que su distribución se realice acatando los procedimientos establecidos.

Para que la repartición de los bienes sea practicada con arreglo a fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario responsable, se requiere de la fijación de unos determinados criterios. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen”.

Como ya lo ha manifestado esta Corporación, el mérito académico es el criterio básico para la asignación de cupos en las universidades públicas. Las pruebas de Estado, o sus equivalentes del ICFES, persiguen medir los conocimientos y las aptitudes de los aspirantes a un cupo

¹⁰⁶⁵ Sentencia T-321/96, Expediente No. T-94765. *Cfr.* también Sentencia T-380/98, Expediente T-147.485, Acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Cultura COLCULTURA y el Ministerio de Cultura por una presunta violación de los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

¹⁰⁶⁶ Sentencia T-680/02, expediente T-609848.

¹⁰⁶⁷ Sentencia T-774/98, Expediente T-183.470, Acción de tutela presentada por Luis Eduardo Rosero Zúñiga contra la Universidad del Valle.

universitario, con el objeto de distribuir las escasas plazas disponibles entre los postulantes que obtengan las mejores calificaciones.

Se ha dicho que la igualdad formal impone la prohibición de actuaciones discriminatorias. Es así como el derecho a la igualdad contempla una esfera de abstención, que implica la prohibición de utilizar criterios sospechosos, por ejemplo el género, el pensamiento político o el origen nacional, como sustento de tratos diferentes para situaciones similares. Por su parte, la igualdad material reviste al derecho de una esfera activa, que conlleva la obligación Estatal y social de incluir tratos diferentes a favor de determinados grupos o sujetos que, por realidades históricas, no tienen el mismo acceso a los beneficios colectivos y se hallan en situaciones desaventajadas. Se trata entonces de las denominadas acciones afirmativas, que buscan erradicar las desigualdades materiales para que la igualdad formal sea ejercida por todas las personas con las mismas oportunidades y ventajas.¹⁰⁶⁸

Ahora bien, en cuanto a la igualdad formal y en especial a la dimensión de abstención, debe tenerse en cuenta que la misma se divide en dos, la prohibición de las discriminaciones directas y la veda de discriminaciones indirectas. Las primeras, como fue señalado en la sentencia T-291 de 2009, se configuran en aquellos “(...) *actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio (...)*”. Así, por ejemplo, sucederían cuando se le prohíbe a determinada población ingresar a espacios de recreación, como discotecas, debido al color de la piel.¹⁰⁶⁹ Mientras las segundas, conforme a la misma providencia, son aquellas que “(...) *se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado*”, como sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales se exige una estatura superior al promedio nacional para ingresar a determinados cargos.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ Al respecto, ver el Auto 268 de 2010. En cuanto a la doctrina, puede consultarse a Fiss, Owen, “Grupos y Cláusula de Igual Protección”, en Gargarella, Robert (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Gedisa, Yale Law School, Universidad de Palermo, Barcelona, 1999, pp. 137-159.

¹⁰⁶⁹ Sentencia T-1090 de 2005. En este caso, la Corte analizó si la conducta de los dueños de unas discotecas de Cartagena, al prohibir la entrada de afrodescendientes a sus instalaciones, constituía una actitud discriminatoria.

¹⁰⁷⁰ Sentencia T-1266 de 2008. En esta providencia se revisaron varios casos en los cuales una entidad estatal exigía como requisito para la convocatoria de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, la estatura mínima de 1.65 mts. para hombres y 1.60 mts. para mujeres. La Corte halló que tal requisito era discriminatorio en el caso de las mujeres, por cuanto imponía 2 centímetros más que el promedio nacional, mientras que a los hombres les exigía 5 centímetros menos de la media nacional. Énfasis propio.

Así, tanto la sociedad como el Estado, deben adoptar medidas para que estos grupos desventajados¹⁰⁷¹ puedan alcanzar las condiciones materiales que les permitan poder ejercer efectivamente --en iguales condiciones -- los derechos de los que son titulares.¹⁰⁷²

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte colombiana, un grupo marginado puede estar compuesto por: 1) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta;¹⁰⁷³ 2) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales;¹⁰⁷⁴ 3) “diminuidos” físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento;¹⁰⁷⁵ 4) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana;¹⁰⁷⁶ o 5) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan.¹⁰⁷⁷

Así, el concepto de grupo marginado es más amplio que el de grupo discriminado. “Comprende no solo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a los beneficios de una sociedad organizada”.¹⁰⁷⁸

La Corte ha reiterado “que en ningún caso las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales ni los inherentes a la persona humana,

¹⁰⁷¹ Al respecto Fiss, Owen, “Grupos y Cláusula..., *op. cit.*, pp. 137-159.

¹⁰⁷² Auto 268/10, Solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724.

¹⁰⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992, donde se tutelaron los derechos de convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, a pesar de haber cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad.

¹⁰⁷⁴ Sentencia T-595 de 2002.

¹⁰⁷⁵ Sentencia T-255 de 2001, donde la Corte tutela el derecho a la educación de un menor de edad a quien no se le había renovado el cupo en el colegio, porque el centro educativo afirmaba no estar preparado para impartir educación especial a un niño hiperactivo.

¹⁰⁷⁶ Sentencia T-177 de 1999.

¹⁰⁷⁷ Sentencia SU-225 de 1998.

¹⁰⁷⁸ Auto 268/10, Solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724.

garantizados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en el caso de los extranjeros, así se encuentren en condiciones de permanencia irregular”.¹⁰⁷⁹

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha pronunciado sobre el nexo existente entre la igualdad y razonabilidad. Entre otros desarrollos jurisprudenciales, la Sala ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad del acto o disposición jurídica.¹⁰⁸⁰

Un análisis de estos tres elementos fue realizado en la sentencia 08858-98, en donde la Sala sostuvo que el principio de razonabilidad, surge del llamado "debido proceso sustantivo", es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.

Así,

un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.

Lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, lo cual sólo puede hacerse con aplicación de criterios de razonabilidad.

¹⁰⁷⁹ Sentencia T-321/05.

¹⁰⁸⁰ Sentencia T-321/05 y Sentencia: 07689, expediente: 04-012348-0007-CO.

De esta forma, las únicas desigualdades inconstitucionales serán aquellas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad.¹⁰⁸¹

En la Sentencia 1059-95 la Sala estimó que “no basta con imponer limitaciones atendiendo exclusivamente al hecho de la nacionalidad, porque aquí podrían imperar criterios xenofóbicos ajenos a los parámetros de racionalidad que deben utilizarse a la hora de analizar las diferencias entre iguales”.

En la Resolución 2002-11230, la Sala Constitucional se pronunció sobre la reunificación familiar y afirmó que el derecho de la Constitución le prodiga una protección especial del Estado a la familia, sea ésta de hecho o de derecho; esa institución es el “elemento natural y fundamento de la sociedad”. El núcleo familiar es básico y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que lo conforman o integran y, por consiguiente, de todo el conglomerado social. Bajo esa inteligencia, ninguna política pública, instrumento legal o reglamentario o, en general, actuación administrativa activa u omisiva puede propender a la desintegración o desmembración de la familia como base esencial de la sociedad.¹⁰⁸²

La igualdad en la ley impide establecer una norma de forma tal que se otorgue un trato diferente a personas o situaciones que, desde puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación de hecho.¹⁰⁸³

La Sala Constitucional de Costa Rica determinó que “no toda desigualdad constituye una discriminación. Así las cosas, la igualdad solo es violentada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable de acuerdo con los principios y derechos constitucionales”. En múltiples ocasiones, “la Sala ha sostenido que este principio pretende garantizar que quienes se encuentren en iguales condiciones objetivas y relevantes reciban un mismo tratamiento jurídico. De esta manera, por razones de justicia se obliga a que todo trato diferenciado se encuentre justificado y que toda discriminación debe fundarse en diferencias reales y en criterios objetivos y relevantes de suficiente entidad como para desviarse de la regla de igualdad”.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ Expediente 06-014560-0007-CO, Resolución N° 2009006837 de 2009.

¹⁰⁸² Véase también 08-012279-0007-CO.

¹⁰⁸³ Expediente 08-012571-0007-CO, Resolución número 2009016300.

¹⁰⁸⁴ Expediente número 09-014008-0007-CO, Resolución N° 2010-003298.

La Corte Constitucional de Ecuador reitera “que no toda diferencia de trato a la persona conduce a la vulneración del derecho a la igualdad, ante lo cual resulta indispensable distinguir entre la diferenciación que puede hallarse razonable y objetivamente fundamentada de la discriminación, que por carecer de la referida justificación, se traduce en una conducta arbitraria e injusta que se contrapone a los principios de dignidad humana y, obviamente de la igualdad ante la ley”.¹⁰⁸⁵

En torno al derecho a la defensa ha dicho que éste “es una constante dentro del proceso, por lo que impedir el ejercicio del mismo es vulnerar los derechos fundamentales del procesado. Efectivamente, evitar el ejercicio de este derecho produce indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso”.¹⁰⁸⁶

En este tenor, la Corte ecuatoriana ha dicho que “una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, *de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga*”.

El derecho a la defensa consta de las siguientes partes esenciales:

- 1) El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra.
- 2) La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- 3) El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado.¹⁰⁸⁷

La Corte ha precisado que la discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Generalmente, se usa la "no discriminación" para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, razones de género o étnico-culturales, entre otros. “La *discriminación positiva* o la *acción afirmativa* se produce cuando se observan las diferencias y se

¹⁰⁸⁵ Resoluciones números 0187-09-RA, 0046-09-RA, 0086-09-RA y 1249-200S-RA.

¹⁰⁸⁶ Sentencia número 024-10-SCN-CC, caso número 0022-2009-CN del 24 de agosto del 2010.

¹⁰⁸⁷ *Idem*.

favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características o circunstancias, sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos; en cambio, *la discriminación negativa* se concreta cuando se realiza un prejuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio.¹⁰⁸⁸

La jurisprudencia europea también se ha pronunciado respecto al derecho a la igualdad y no discriminación. En el caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, sentencia de 23 de julio de 1968, el TEDH señaló que “las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además no tienden sino a corregir desigualdades de hecho”.¹⁰⁸⁹ En este mismo sentido, como se mencionó, se pronuncia la OC-18/03 de la Corte Interamericana en cuanto a que es posible que exista una distinción pero no una discriminación entre nacionales y extranjeros. En esta misma sentencia, el TEDH también afirma que “una diferencia de trato no sólo debe de perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.¹⁰⁹⁰

Sin embargo, el TEDH también precisa en el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, sentencia 7 de diciembre de 1976 que “el artículo 14 prohíbe en el campo de los derechos y libertades garantizados un trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal (situación) mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros”.¹⁰⁹¹

Así, “una distinción es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar”.¹⁰⁹²

En el caso Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tekdal de 31 de julio de 2001, el TEDH afirma que los “Estado(s) tienen la obligación positiva de garantizar a toda persona dependiente de su jurisdicción el beneficiarse plenamente, y sin poder renunciar de antemano, de los derechos y las

¹⁰⁸⁸ *Idem.*

¹⁰⁸⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, pp. 156 y 157.

¹⁰⁹⁰ *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años..., op. cit.*, pp. 103 y 104. Este mismo criterio se reitera en el caso Sindicato Nacional de la Policía belga, sentencia de 27 de octubre de 1975, *ibidem*, pp. 279 y 280.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 346.

¹⁰⁹² TEDH, *Caso Marckx*, sentencia de 13 de junio de 1979, en *ibidem*, p. 544.

libertades garantizados por el Convenio”.¹⁰⁹³ Esta determinación claramente incluye a los migrantes irregulares.

Como puede verse, existe un carácter persistente y permanente en torno a la importancia del principio de igualdad y no discriminación reiterado por las Cortes y Salas constitucionales y contenido en múltiples instrumentos internacionales.

Por ello, la Corte Interamericana recordó el carácter que reviste el principio de igualdad y no discriminación como una norma de *jus cogens*, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional que debe ser respetada por todos los Estados independientemente de la suscripción o no de algún instrumento internacional.

En la Opinión Consultiva 18/03 ya mencionada se diferenciaron los términos distinción y discriminación. “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos” (párrafo 84).

Además, la CorteIDH destacó que:

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional (párrafo 85) ... los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias (párrafo 88). Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados (párrafo 96).

Respecto al carácter fundamental de este principio, la CorteIDH enfatizó que:

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 918.

en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas (párrafo 100).

En base a lo anterior la CorteIDH “considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (párrafo 101).

La CorteIDH exaltó que: “de esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas” (párrafo 102).

Entre esas consecuencias se encuentran las siguientes:

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* (párrafo 103)... Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas (párrafo 104). El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado,... la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas (párrafo 106)... Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas... (párrafo 109).

Todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (párrafo 110).

También asentó que:

...la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (párrafo 118)... pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben

siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana... (párrafo 119).

La CorteIDH aseguró que: “se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten” (párrafo 126).

En su opinión 4 determinó “que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

**NOTA PROSPECTIVA Y CONCLUSIONES:
CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES POR
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

1. CONCLUSIONES

Durante esta investigación se ha comprobado que la mejor garantía de los derechos humanos de migrantes irregulares es independiente a diversos factores que se habían considerado determinantes.

Así, en la hipótesis general de esta investigación se estimó que el tipo de control constitucional vigente en los países podría incidir en la tutela de los derechos humanos. Se han analizado los casos de Argentina (control difuso), Colombia (control híbrido o mixto), Costa Rica (control concentrado), Ecuador (control concentrado), El Salvador (concentrado-mixto), EUA (control difuso) y México (control híbrido o mixto en construcción después de la decisión en el expediente Varios 912/2010). Como se desprende de las decisiones analizadas, algunos de estos tribunales cuentan con decisiones más abundantes, progresistas y diversas en materia de derechos de migrantes; sin embargo, este aspecto es independiente del tipo de control constitucional prevaleciente en cada país. Argentina y EUA --ambos con un sistema difuso-- poseen estándares de protección de derechos distintos --por no decir, opuestos--. Esta primera variable de nuestra investigación ha quedado descartada.

El segundo eje de análisis se ubicó en la determinación del grado de influencia que tiene el fenómeno migratorio sobre las decisiones de los órganos de justicia constitucional. Aquí se concluye que el grado de incidencia es variable. Los países sujetos a estudio en esta investigación fueron seleccionados por los altos flujos migratorios que viven en su territorio o fuera de él (emigración); así hay países de origen, destino y tránsito migratorio. Aunque el nivel de protección constitucional de los derechos de migrantes irregulares se ve afectado por otros factores --como visión estatal sobre el fenómeno, situación económica o problemas estructurales al interior de los países--, la incidencia de los altos flujos migratorios arrojan conclusiones contradictorias: en EUA el nivel de protección de derechos se ve restringido por los altos niveles de migración que experimenta ese país, cosa que no sucede en Argentina (uno de los principales

destinos de migración regional) o en México (país de origen, destino y tránsito migratorio) en donde los órganos de justicia constitucional han protegido de forma coherente los derechos de migrantes, aunque con ello no se quiere decir que en los mencionados países no existan sistemáticas y aberrantes violaciones a los derechos de este grupo de personas.

Como se dijo, la protección de los derechos humanos es independiente del tipo de control constitucional que exista, por tanto, un sistema difuso, concentrado o híbrido no determina la mejor --o peor-- garantía de derechos. Aunque lo que sí es importante señalar es que en el sistema de control constitucional que cada país adopte deben de preverse --o en los sistemas ya existentes, ampliarse-- las garantías o mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de migrantes irregulares. Lamentablemente en algunos de los países sujetos a estudio -- particularmente, México-- las garantías jurisdiccionales son escasas o únicas. Esto afecta gravemente los problemas de acceso a la justicia que enfrentan los migrantes indocumentados. Si no logramos una mayor incidencia de las garantías existentes, o si la discriminación, el temor o la vulnerabilidad impiden a los migrantes irregulares acudir ante los órganos de justicia a denunciar las violaciones a sus derechos caeremos --o ya hemos caído-- en un círculo de impunidad agravada, en donde los casos nunca llegan a los órganos jurisdiccionales y menos a aquéllos que ejercen el control constitucional.

Sin duda, 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 y la justicia constitucional pero sin olvidar la reflexión multidisciplinaria del fenómeno. A continuación se enunciarán las conclusiones de esta investigación:

1. El diagnóstico realizado demostró que los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados --en mayor o menor medida-- en los países sujetos a estudio. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Además revela que no basta el Derecho interno mexicano para asegurar el respeto a los derechos de migrantes.
2. La mayoría de estos países están marcados por la desigualdad y la mala distribución de la riqueza. Entre otros factores, la pobreza impide que los derechos humanos sean universales. La pobreza ha excluido a vastos sectores de población del goce y ejercicio de

sus derechos. La migración se erige, en múltiples ocasiones, como la única opción ante la falta de oportunidades.

3. A nivel legislativo, hacen falta reformas integrales del marco jurídico en materia migratoria que den uniformidad y congruencia con los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía, así como con su actuación internacional. La armonización legislativa es deficiente y lejana de los compromisos internacionales suscritos por algunos Estados, esta situación genera y perpetúa las violaciones a los derechos humanos en nuestro país, genera impunidad y dificulta el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la actividad de los órganos de justicia constitucional.
4. Con base en la Opinión Consultiva OC-16/99 se debe de garantizar, por todos los países, el derecho a la información sobre la asistencia consular como un elemento constitutivo del debido proceso legal.
5. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la 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 reprobamos las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella. Es urgente además que se diseñen mecanismos eficaces de acceso a la justicia para los migrantes.
6. Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos, muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos. Por ello, es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno, tanto por las autoridades como entre particulares. Los poderes públicos deben de garantizar, interpretar y aplicar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los

derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Es necesario que los órganos de justicia constitucional interprete los derechos humanos de migrantes irregulares siguiendo el principio *pro persona*. Aunque a nivel jurisdiccional existen avances, aún se está lejos de la recepción integral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A la par del control de constitucionalidad debe de realizarse el control de convencionalidad.

7. Es importante recordar que existe el sistema interamericano de protección de derechos humanos ante el cual se puede acudir. Aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de renuencia que lo consideran atentatorio a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éste tiene frente a la jurisdicción interna de los Estados. Las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional deben ser de complementariedad, de armonía y no de tensión como ha sucedido en algunos casos.
8. Actualmente se observa incapacidad para solucionar las causas estructurales de la migración, lamentablemente en en algunos países se sigue viendo a la migración como un problema de seguridad y no de desarrollo humano. Estamos inmersos en un círculo vicioso que no se ha comprendido: a más desigualdad, más miseria, más desempleo, más falta de oportunidades, más migración, más medidas restrictivas, más violaciones a los derechos humanos, más desigualdad y miseria. 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. En esta investigación --véase infra colofón-- se ha demostrado que existen elementos para transitar desde el límite de la utopía hacia la realidad.

A continuación --y como parte de este capítulo conclusivo-- se plantearán los retos, perspectivas y propuestas derivadas de esta investigación para la mejor garantía jurisdiccional de los derechos humanos de migrantes irregulares.

2. DIRECTRICES DE INTERPRETACIÓN QUE PERMITEN LA MEJOR TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Durante el desarrollo de esta investigación se han analizado los criterios --en algunas ocasiones, escasos-- emitidos por los órganos de justicia constitucional. Con base en el análisis comparado entre ellos en el siguiente apartado se abordarán una de las directrices que es fundamental para la mejor tutela de los derechos humanos de migrantes indocumentados: principio *pro persona*.

2.1. PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Uno de los principios elementales, quizás el más importante, que debe de guiar la actividad jurisdiccional de los tribunales supremos, es el principio *pro homine o pro persona* 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 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”.¹⁰⁹⁴ Carpio Marcos,¹⁰⁹⁵ 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”, “está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material”.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de...*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁹⁵ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, pp. 28-34.

¹⁰⁹⁶ Citado por *idem*.

- 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 negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad de otra”.¹⁰⁹⁷

- 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.

De esta manera, el principio *pro homine* obliga a que una norma que protege derechos humanos con mayor amplitud, prevalezca sobre una norma con disposiciones más restrictivas; que las normas de un tratado, en la medida en que su contenido enriquezca las disposiciones de una norma constitucional que contenga derechos fundamentales, deban prevalecer en el orden jurídico interno, o viceversa, es decir, que si en una ley determinado derecho fundamental está consagrado con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, será aquella la que prevalecerá.

Este principio, finalmente, permite establecer que, ante eventuales interpretaciones distintas de una misma norma, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.¹⁰⁹⁸

Esta consideración cobra sentido si entendemos la relación de los tratados con las leyes como normas de la misma jerarquía. Mientras que en la aplicación de tratados en general la disyuntiva se reduciría a un problema de ámbitos de aplicación en virtud del principio de *lex posterior derogat priori*; en el caso de los instrumentos de derechos humanos la norma que resultaría aplicable sería la más favorable al individuo, desplazando a la otra --interna o internacional-- dependiendo del caso. Esto implica el examen del contenido de las normas en conflicto para la determinación de cuál de ellas es la que resulta aplicable, recordemos que los instrumentos internacionales relacionados con los derechos fundamentales establecen un “piso” mínimo de

¹⁰⁹⁷ *Idem.*

¹⁰⁹⁸ Cossio Díaz, José Ramón, “Los instrumentos internacionales en materia de derecho fundamentales y el principio *pro homine*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, número 247, enero-junio 2007, UNAM, p. 382.

protección, pero eso en ningún momento es obstáculo para que las normas internas establezcan una protección más amplia.¹⁰⁹⁹

En virtud de esta regla del principio *pro homine*, una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. Una vez más, importa señalar que las propias normas internacionales disponen expresamente que aunque las normas sean posteriores, en el momento de ser ratificadas no derogan otras disposiciones nacionales o internacionales anteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano, dejan de lado las reglas de la jerarquía y la temporalidad, y consagran la conservación de las normas que mejor protegen.¹¹⁰⁰

Una de las formas es emplear la regla de interpretación *pro homine*, cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, y elegir aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos.¹¹⁰¹

Así, cuando un juez se encuentre frente a una norma de derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles, esto es, cuando exista una *res dubia* de una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma el juez deberá elegir aquella que mejor proteja a las personas.

La decisión de establecer una relación de jerarquía entre normas de derecho interno e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en lugar de establecer una relación de ámbitos de aplicabilidad y prevalencia en la aplicación de normas más beneficiosas al individuo en el caso de derechos fundamentales, socava los incentivos del Estado y, más importante, de sus partes integrantes, para desarrollar de modo progresivo el ámbito de protección interno más allá de lo establecido internacionalmente, lo cual pareciera contraproducente y aun contradictorio con

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*, pp. 382 y 383.

¹¹⁰⁰ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 39, San José, enero-junio de 2004, p. 94.

¹¹⁰¹ *Ibidem*, p. 93.

el espíritu progresivo del cuerpo normativo internacional relacionado con la protección de la persona.¹¹⁰²

Incluso se ha llegado a decir que el principio *pro homine* es “reconocido como parte de la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos”.¹¹⁰³

Son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación *pro homine*, tanto en el ámbito universal, como en el propio sistema interamericano de estos derechos. Sin pretender presentar una enumeración detallada y exacta de las normas internacionales, y a modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones de algunos de estos instrumentos internacionales de carácter universal:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.
- b) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.
- c) Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.

¹¹⁰² Cossio Díaz, José Ramón, “Los instrumentos internacionales...”, *op. cit.*, p. 383.

¹¹⁰³ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales...”, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

- d) Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.
- e) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.
- f) Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

También en el ámbito del sistema interamericano, los instrumentos internacionales de alcance regional, reconocen y consagran el principio de interpretación *pro homine*. A continuación se enuncian algunos:

- a) Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. 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; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.
- b) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XV: “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”.

- c) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII: “No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Partes limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado”.

De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del Derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos.¹¹⁰⁴

En el caso de los extranjeros, la aplicación del principio *pro persona* se torna complejo. Los Estados condicionan --en ocasiones de forma excesiva-- el goce y ejercicio de diferentes derechos, y en la aplicación de dichas restricciones se realizan interpretaciones que violentan los compromisos internacionales contraídos por los Estados. Aquí se “revela la encrucijada teórica y práctica de la ciudadanía en nuestro tiempo”.¹¹⁰⁵

2.2. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS 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 suprimir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

¹¹⁰⁴ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales...”, *op. cit.*, pp. 89-91.

¹¹⁰⁵ Rosales, José María, *Patriotismo, Nacionalismo y Ciudadanía: en Defensa de un Cosmopolitismo Cívico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 21 y 22.

- 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.

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”.¹¹⁰⁶

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 los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamiento jurídicos internacional e interno”.¹¹⁰⁷

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”.¹¹⁰⁸

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

¹¹⁰⁶ Opinión Consultiva 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.

¹¹⁰⁷ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín*, excepciones preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, párr. 94; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 41 y *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 42.

¹¹⁰⁸ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín*, *cit*, párrs. 82 y 83.

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 adquiera todo “su efecto útil”.¹¹⁰⁹

La CorteIDH 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”.¹¹¹⁰

De la actividad contenciosa de la CorteIDH se pueden desprender varias directrices que se tratarán de sistematizar de la mejor forma posible:

- a) Contenido axiológico de la Convención Americana. 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 los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamiento jurídicos internacional e interno”.¹¹¹¹
- b) Efecto útil de las disposiciones de la Convención en el derecho interno de los Estados Americanos. 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 argumentos de los casos del Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein: “*los Estados*

¹¹⁰⁹ *Casos contra Honduras Caso Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales*, párr. 30.

¹¹¹⁰ *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 164-165.

¹¹¹¹ *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, párr. 41 y *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 42. La cursiva es mía.

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”.¹¹¹²

- c) Objeto y fin de la Convención, así como los requisitos de su interpretación. La CorteIDH determinó 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...*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 adquiera todo “su efecto útil”.¹¹¹³
- d) Interpretación evolutiva. La CorteIDH señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste... sino también *el sistema dentro del cual se inscribe...* 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”.¹¹¹⁴

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

¹¹¹² *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín, cit*, párrs. 82 y 83. La cursiva es mía.

¹¹¹³ *Casos contra Honduras Caso Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencias de 28 de julio de 1988, 20 de enero de 1989 y 15 de marzo de 1989 respectivamente, párr. 30. La cursiva es mía.

¹¹¹⁴ *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 164-165. La cursiva es mía.

alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales”.¹¹¹⁵

En el caso *Tibi vs Ecuador*, la CorteIDH valora a 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)”.

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 jugadores internos deben tomar en cuenta tanto el tratado mismo como la interpretación de éste por la Corte Interamericana.¹¹¹⁶

En suma, se considera que las directrices básicas que los intérpretes constitucionales deben 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 el país de referencia;¹¹¹⁷ b) toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine* o *pro persona*, es decir, éstos deben ser interpretados y aplicados de la manera que más favorezca al ser humano; c) debe de dar cumplimiento a las normas de *jus cogens* de derechos humanos; d) la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional;¹¹¹⁸ y, e) a la par del control de constitucionalidad se debe de realizar el “control de convencionalidad”.

¹¹¹⁵ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1987, p. 100.

¹¹¹⁶ *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

¹¹¹⁷ 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.

¹¹¹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática...*, *op. cit.*, p. 365.

2.3. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Siguiendo el modelo de Atienza,¹¹¹⁹ se establecerán los requisitos que desde la perspectiva de derechos humanos deben cumplir las sentencias de derechos humanos emitidas por los órganos de justicia constitucional.

Atienza aborda diferentes tipos de racionalidad de las leyes, los cuales deben considerarse en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. En lo que concierne a la racionalidad pragmática, se busca que la conducta de los destinatarios --autoridades y particulares-- se adecue a lo prescrito en las leyes; esto es, que el Derecho sea eficaz. Ahora bien, una ley --o parte de una ley-- puede resultar ineficaz por factores de tipo subjetivo u objetivo: en el primer supuesto, los destinatarios no están suficientemente motivados para cumplir las leyes (la ley no ha establecido sanciones --negativas y positivas-- adecuadas, no ha sido suficientemente conocida, etcétera); en el segundo, la ley no se puede cumplir por falta de medios objetivos (por ejemplo, por falta de cobertura financiera o administrativa).¹¹²⁰

Al aplicar derecho ineficaz, los jueces deben considerar las causas de dicha ineficacia aunque claramente ello no pueda ser determinante en la resolución del caso concreto. Esto tiene importancia en materia de derechos humanos en donde se encuentran disposiciones de reconocimiento de derechos que se hallan desprovistas de garantías de protección por lo cual los jueces no pueden decidir sobre la efectividad del derecho ya que existen obstáculos procesales que lo impiden.

En cuanto a la racionalidad teleológica, las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados objetivos sociales. Ahora bien, uno de los problemas que pueden surgir aquí es que no siempre es fácil saber qué contenidos normativos son los más idóneos para alcanzar esos fines, o incluso si esos medios son en absoluto idóneos; por ello, la eficacia de una ley no es lo mismo que su eficiencia social: es posible que los destinatarios --particulares y autoridades-- cumplan puntualmente con lo establecido pero que, sin embargo, no se alcancen los objetivos

¹¹¹⁹ Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2003.

¹¹²⁰ *Ibidem*, pp. 218 y 219.

previstos. El otro tipo de problema es que esos objetivos sociales pueden, por diversas razones, no ser claros.¹¹²¹

Las finalidades de la ley antes descritas son las que, de manera manifiesta, aparecen en el preámbulo y en la discusión parlamentaria. Sin embargo, las leyes --las normas jurídicas-- suelen, con cierta frecuencia, cumplir no sólo funciones manifiestas, sino también funciones latentes: los efectos sociales que producen no son a veces declarados por sus autores --por los legisladores-- bien porque éstos no son conscientes de los mismos, o bien porque no desean hacerlos explícitos.¹¹²²

Mostrar cuáles son las “verdaderas” funciones de las leyes (las consecuencias sociales que realmente producen) y distinguirlas de los objetivos declarados o de los previstos (pero no declarados) por sus autores es, por supuesto, de una gran importancia, pero normalmente es una tarea que envuelve dificultades muy considerables. Por un lado, es fácil equivocarse a la hora de atribuir “intenciones” a *grupos* de personas --los legisladores-- que, además, poseen ideologías distintas y elaboran un texto que, muchas veces, es fruto de una transacción, esto es, no es querido realmente por nadie. Por otro lado, no siempre puede saberse --antes de su entrada en vigor-- cuáles van a ser los efectos sociales que, de hecho, producirá la nueva ley.¹¹²³

Finalmente, en la aplicación del Derecho surgen con frecuencia problemas de ética que no podrían resolverse apelando exclusivamente a criterios como la aplicación correcta del Derecho vigente, la obediencia al legislador o la eficiencia económica; el juez necesita también disponer --y dispone-- de alguna concepción de la ética, aunque se trate de la más cruda o de la más ingenua. Es por ello que la formación y experiencia vital de los jueces se traslada --directa o indirectamente-- a la actividad jurisdiccional que desarrollan y a las decisiones que toman al momento de interpretar el Derecho.

Atienza distingue entre la ética del legalismo y la ética del activismo. La ética del legalismo consistiría en considerar como justo todo aquello que prescriba el Derecho positivo, sin entrar en ningún tipo de evaluación: lo ético ---lo justo- se confunde así con lo jurídico. Por el contrario, la ética del activismo es la que caracteriza al juez que toma sus decisiones considerando únicamente sus propias concepciones éticas o políticas y prescindiendo, por tanto, de la existencia de normas

¹¹²¹ *Ibidem*, p. 223.

¹¹²² *Ibidem*, p. 226.

¹¹²³ *Ibidem*, pp. 227 y 228.

autoritativas. Lo difícil, naturalmente, consiste en elaborar --y seguir-- criterios de actuación que reconozcan cabalmente el contenido del Derecho sin eliminar por ello los dictados de la conciencia y ética personal del juez, que en ocasiones --y se enfatiza, sólo en ocasiones--, puede coadyuvar a la mejor garantía de los derechos ya que algunas veces la ideología o criterios personales pueden perjudicar el goce y ejercicio de éstos.

Pero no se trata sólo de que en ambos contextos entren en juego unos mismos criterios de racionalidad, sino de que ellos estén estructurados u organizados de una misma forma. Así, por ejemplo, la racionalidad ética opera en ambos casos como el último nivel de racionalidad al que han de subordinarse los otros. Estos criterios --lingüístico, jurídico-formal, pragmático y teleológico-- presuponen una noción de racionalidad instrumental: indican qué medios son técnicamente adecuados para conseguir ciertos fines. La racionalidad ética, por el contrario, señala qué fin es valioso perseguir y qué medios pueden o no pueden utilizarse (y el *pueden* tiene aquí un sentido normativo, no fáctico) en la persecución de objetivos sociales.¹¹²⁴

En este sentido tendríamos que atender a 3 principios: el principio de inviolabilidad de la persona humana que prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población; el principio de autonomía de la persona, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto de los planes de vida e ideales de excelencia humana y limitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el curso de la misma; y el principio de dignidad de la persona, según el cual debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias --como su raza, su sexo, sus creencias, etcétera--¹¹²⁵ permaneciendo válido en todo momento y situación el mínimo invulnerable que constituye la dignidad humana.

Así, se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad --la atribución de derechos fundamentales-- se hace depender de circunstancias como el origen social, sexo, nacionalidad y estatus migratorio.

¹¹²⁴ *Ibidem*, p. 240.

¹¹²⁵ *Ibidem*, pp. 234 y 235.

3. RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES IRREGULARES EN AMÉRICA

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”.¹¹²⁶

Sin embargo, mientras que esa cultura de respeto a los derechos humanos no se consolide, los órganos de justicia constitucional junto con los tribunales internacionales representan la opción más viable que tienen las personas 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, es 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. Así, uno de los retos que tiene por delante los órganos de justicia constitucional es lograr su apertura a la dignidad humana como eje rector de su actuación a fin de realizar una interpretación extensiva, progresiva y *pro persona*, de los derechos y para los derechos.

Claramente la actividad de los jueces constitucionales está supeditada a las leyes internas pero debe recordarse que también se han contraído compromisos internacionales y que este “bloque de constitucionalidad” integrado conforme a la voluntad soberana de cada Estado debe regirse y sujetarse al servicio de los derechos humanos; sólo así se podrá hablar de Estados democráticos de Derecho.

¹¹²⁶ Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Lima, Lima, 1997, pp. 326 y 328.

Hay que reconocer que, independientemente de lo anterior, la actividad jurisdiccional se desarrolla en un contexto determinado que en ocasiones --las más-- está marcado por la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación o las nulas oportunidades de desarrollo. La perspectiva de cambio de dichas situaciones es más bien lejana --en algunos casos o la mayoría de ellos, muy lejana o inimaginable--, es aquí donde la actividad de los órganos de control constitucional y convencional cobra importancia y es aquí donde su interpretación debe fortalecerse y edificarse precisamente sobre la base de los derechos humanos.

4. PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE MIGRANTES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: SISTEMAS CONCENTRADOS, DIFUSOS E HÍBRIDOS

Como se ha dicho, los órganos de justicia constitucional tienen una labor fundamental en la protección última de los derechos humanos a nivel interno --y como mecanismo de solución previo a la denuncia ante la instancia internacional--. Como resultado de esta investigación se pueden establecer las siguientes propuestas para el fortalecimiento de la justicia constitucional:

a) Los jueces deben de contar con una preparación integral y con permanente actualización sobre Derecho internacional de los derechos humanos y jurisprudencia internacional, a fin de poder aplicarla en forma sistemática al interior de su orden jurídico. Lo anterior permitirá mejorar la seguridad jurídica del gobernado y coadyuvar al cumplimiento cabal de los compromisos internacionales con lo que se evitará la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos.

b) Los jueces deben realizar una interpretación sistemática y funcional del Derecho; es decir, deben superar la interpretación gramatical estricta y rigurosa --en algunos casos obsoleta o conservadora-- al momento de interpretar derechos humanos, todo ello a la luz del principio *pro persona* con la finalidad de superar discusiones decimonónicas en torno a la jerarquía normativa.

c) Los jueces constitucionales deben ejercer plenamente el control constitucional en sintonía con el control de convencionalidad. Claramente respecto a este tema, y como se asentó, existen dudas e incertidumbres --particularmente en los sistemas de control concentrado-- que deberán resolverse en el fuero interno de los Estados. Sin embargo, se estima que al momento de hacerlo cada Estado debe tomar en cuenta que el fin último de la organización estatal es la protección de

la persona y de sus derechos, por lo que no puede permitirse que una configuración orgánico-constitucional deficiente, inconclusa o poco clara afecten los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado.

d) Como se ha dicho, los jueces nacionales están sujetos al imperio de la ley --ley que debe satisfacer la dimensión formal y la dimensión material-- y dentro de este marco deben desempeñar su labor. En este rubro, resalta la actividad del legislador al proveer al juez de las herramientas necesarias y de leyes fecundas para la protección de los derechos. Sin embargo, se reconoce que ello no siempre es así. A pesar de lo anterior los jueces pueden realizar una interpretación extensiva --no arbitraria-- del ordenamiento a fin de dar mayor cobertura u optimizar el goce o ejercicio de un derecho.

e) Los jueces deben realizar una interpretación dinámica del ordenamiento jurídico a fin de que la misma responda a las necesidades reales y actuales de la sociedad en la que se desarrolla. Una interpretación desvinculada de la realidad concreta que se vive, es una interpretación sin sentido. Todas las instituciones deben estar al servicio de la persona y deben procurar la solución de las necesidades que aquejan a sus sociedades.

f) Es necesario que también los jueces puedan retroalimentar su actividad con la reflexión en torno a decisiones tomadas por otros órganos jurisdiccionales en países diversos; así, ejercer el análisis de derecho comparado permite trasladar puntos de encuentro con otras jurisdicciones nacionales. Aunque no se pueden obviar las diferencias existentes entre los países, en algunas ocasiones hay semejanzas culturales o realidades similares que --a pesar de sus peculiaridades-- pueden contribuir al análisis integral del caso concreto a resolver.

g) Se requiere también modificar el paradigma existente en torno a los alcances de las sentencias y criterios internacionales. Los jueces deben dar vigencia a la jurisprudencia interamericana en el marco de la actividad que realizan, todo ello a la luz del principio *pro persona* y a efectos de dotar de exigibilidad a los mismos en el ámbito doméstico de los Estados.

h) Los jueces deben conocer y respetar las normas de *jus cogens* en materia de derechos humanos, particularmente la de igualdad y no discriminación.

Sin duda, los organismos jurisdiccionales de protección de derechos humanos son fundamentales para la incorporación de instrumentos y jurisprudencia internacional en los órdenes jurídicos internos. Así, gracias a ellos --y al papel invaluable de la sociedad civil y del ombudsman-- el

Derecho internacional de los derechos humanos ha permeado, y seguirá permeando, la cultura jurídica y la vida de las instituciones públicas.

Los órganos de justicia constitucional actúan en una doble dirección: hacia el Estado y hacia la sociedad. Por un lado, promueven el convencimiento social en torno a los derechos humanos, proveyendo de razones fuertes sobre su cumplimiento y, por el otro, inciden en la cultura legal de respeto a los derechos humanos a través del empleo de la jurisprudencia y criterios de los organismos internacionales por parte de los operadores jurídicos nacionales.

La actividad de los órganos de justicia constitucional no se limita a la emisión de una sentencia o a la resolución de un caso en particular. Su actividad tiene --o debe tener-- trascendencia e incidencia, a través de ella se puede mejorar u opacar la vida de las personas y el goce de sus derechos. Los jueces constitucionales son la última instancia a nivel doméstico para la efectiva protección de los derechos. Por tanto pueden ser, dentro de los límites establecidos por el Derecho doméstico del respectivo Estado, una entidad clave para procurar y gestionar que en el Derecho interno se incorporen y se apliquen efectivamente las normas internacionales que han sido ratificadas, en particular las relativas a derechos humanos de migrantes ya que --en múltiples ocasiones-- la legislación interna reviste de grandes lagunas en este rubro.

Así, la interpretación realizada por los órganos de justicia constitucional en América reviste complicaciones radicadas en las características del idioma español: vaguedad y ambigüedad. La vaguedad se produce cuando no existen dudas sobre el sentido en que una palabra ha sido usada, pero no sabemos si un hecho o un concepto pueden ser incluidos dentro de su campo de acción. Son supuestos donde ni la inclusión ni la exclusión aparecen claramente determinadas, por la existencia de zonas de penumbra con una falta de límites precisos. En la regulación de los derechos fundamentales, se produce la vaguedad de algunos de los términos utilizados.¹¹²⁷ La ambigüedad supone que una palabra puede tener diversos significados, o bien distintos matices en el mismo significado. Estas características del lenguaje natural potencian en general el papel de la interpretación constitucional.¹¹²⁸

La prospectiva de la garantía de los derechos de migrantes irregulares se complica ante una realidad migratoria que se potencia por la pobreza, el desempleo y la exclusión. El pronóstico no

¹¹²⁷ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 91.

¹¹²⁸ *Ibidem*, p. 93.

COLOFÓN

DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES INDOCUMENTADOS:

¿EN EL LÍMITE DE LA UTOPIÍA?

Utopía es la palabra acuñada por Moro, y significa, en griego, “no lugar” o “lugar que no existe”. Algunos autores le atribuyen el significado de “buen lugar”, lo cual no es preciso ya que en ese caso hablaríamos de “Eutopía”, que carece de la partícula negativa. Bajo el supuesto de una isla inexistente que llama Utopía, Moro quiso criticar las costumbres y la organización social de las naciones, presentándoles el cuadro vívido de una sociedad ficticia que consideró tan simple como dichosa.¹¹²⁹ Así, utópico significa literalmente lo que no está en ningún lugar. “Se llama utópico a todo ideal que se supone máximamente deseable, pero que muchas veces se considera inalcanzable”.¹¹³⁰

La utopía es aquella creación imaginaria que se propone construir y describir un modo de vida político, histórico y social. Modo que no tiene lugar en el acontecer histórico, que no se localiza en ningún lugar como bien subrayó Moro, ni en ningún tiempo.¹¹³¹ “Así, no está concebida ni descrita como realidad propiamente tal, como verdadera realidad real, si se nos permite la tautología, sino, como se ha dicho, en tanto mera realidad de ficción, como ficto, carente por tanto de auténtica existencia espacial y temporal. La utopía se ofrece como una alternativa, una alternancia, de la sociedad efectivamente establecida y constituida”.¹¹³²

Ahora bien, cómo se vincula la utopía con los derechos humanos y más específicamente con los derechos humanos de migrantes irregulares. O mejor dicho por qué se piensa que la vigencia de los derechos humanos de migrantes está o debería de estar o debería sobrepasar el límite de la utopía. Se darán algunos argumentos a este respecto pero se anticipa que la conclusión de quien escribe radica en la necesidad de quitarle el carácter utópico a la observancia de los derechos humanos y caminar hacia la realización de los mismos en la vida cotidiana de cada persona.

¹¹²⁹ Hammerly Dupuy, Daniel, *Gestación y nacimiento de un mundo mejor. Las utopías frente al pasado, el presente y lo futuro*, Kier, Buenos Aires, 1944, p. 52. El libro de Tomás Moro “recibe el título griego definitivo de utopía – en ningún lugar, lo que le permitirá jugar con el similar término de eutopía –en el mejor lugar-.” Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LVI. Sobre las diversas connotaciones de la utopía *cfr.* Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, pp.76- 77.

¹¹³⁰ Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía...*, *op. cit.*, p. 26

¹¹³¹ Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LXIX.

¹¹³² *Ibidem*, p. LXX y LXX.

La utopía es lo que todavía no existe pero debe existir, es desde este punto de vista, la búsqueda de un mundo mejor y el deseo de hacerlo patente y convertirlo en realidad. Así, “la utopía tiene que ver con la voluntad, con la lucha, con el anhelo y la ambición de alcanzar metas que puedan parecer imposibles porque, no lo dudéis, es intentando lo imposibles como se llega a realizar lo posible”.¹¹³³ ¿Podemos hablar de utopía en la conquista de los derechos humanos? Hay autores que sostienen que sí, porque la utopía forma parte de la condición humana.¹¹³⁴ En el presente trabajo se estima que los derechos humanos deben ir más allá del límite de la utopía y concretizarse no sólo en su reconocimiento sino también en su garantía y mecanismos de protección y reparación.

La utopía de los derechos humanos ha dejado de ser un sueño y se ha convertido en realidad, al menos en el ámbito del reconocimiento y la aceptación en regímenes democráticos y occidentales. Y esta realidad ha dado paso a una nueva utopía: “el sueño por ver garantizados y protegidos todos los derechos en todos los pueblos. Los esfuerzos de la humanidad se centran ahora en la lucha por la verdadera protección de derechos humanos”.¹¹³⁵

Incluso hoy día la Constitución, además de una norma se puede visualizar como un programa político para el futuro:¹¹³⁶ la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como fuente para su legitimación, pero además –y diría sobre todo- para su deslegitimación, muchos de ellos vinculados al respeto y protección de los derechos humanos. Constituyen, por así decirlo, utopías de derecho positivo que, a pesar de no ser realizables perfectamente, establecen las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad.¹¹³⁷

¹¹³³ Martínez Moran, Narciso, “Los derechos humanos entre la utopía y la realidad”, en Martínez Moran, Narciso (ed.), *Utopía y realidad de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999, p. 28.

¹¹³⁴ *Idem.*

¹¹³⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹¹³⁶ Y este programa lo identifica en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constitucionales deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional. *Ibidem*, p. 35.

¹¹³⁷ Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, pp.32 y 33.

Hay quienes sostienen que incluso la democracia es una utopía. “La perspectiva utópica de la democracia se debe principalmente a la existencia de un ideal regulativo irrealizable por definición pero suficientemente provocativo en sus desafíos permanentes a la realidad”.¹¹³⁸

La utopía entonces no es tan lejana al mundo jurídico. Pero la utopía no nace en cualquier tiempo, “surge siempre en un momento de ruptura de la historia”.¹¹³⁹

En nuestros días el rostro del que sufre, la humanidad pisoteada y traicionada, la figura de millones de seres humanos que padecen la hambruna, violencia, pobreza y muerte, nos interpela, como interpelaron a Moro los problemas de su tiempo. “También hoy tenemos el deber de denunciar el presente y proyectar una vida humana nueva para el futuro”.¹¹⁴⁰

La utopía nace del análisis de una crisis social, política, económica, cultural, etcétera.¹¹⁴¹ Y cualquier persona puede percatarse que actualmente nos encontramos inmersos en continuas, simultáneas y diversificadas crisis.

En su mayoría las utopías son más “interesantes por lo que denuncian que por lo que anuncian. Ya porque no aporten una solución constructiva a unos males que someten a una crítica profunda, y sino que propongan, ya sea una vuelta al pasado, o sea bien una visión novelesca de un futuro que no es más que lo contrario del presente”.¹¹⁴² Claramente este trabajo ha pretendido no caer en ninguna de estas tentaciones y constituye un estudio científico que, en el límite de la utopía, ofrece perspectivas sólidas y directrices de acción para modificar una realidad que a todas luces parece inmodificable. Se ha dicho, y lo comparto, aun sabiendo que hay quienes no lo hacen, que toda investigación y reflexión que no incide en la realidad es estéril y por tanto, un sin sentido. Claramente el objetivo ha sido ambicioso y se espera habernos acercado a él.

Con todo, estas utopías, cuando son elaboradas desde el punto de vista de las fuerzas ascendentes de la historia, si bien no aportan respuestas concretas, sí plantean problemas reales.¹¹⁴³

Incluso se ha afirmado que solamente se pueden llamar “utópicas a aquellas orientaciones que trasciendan la realidad y que, al informar la conducta humana, tiendan a destruir, parcial o totalmente, el orden de cosas predominante en aquel momento”.¹¹⁴⁴

¹¹³⁸ Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 26.

¹¹³⁹ Garaudy, Roger, *Ideología y Utopía. El hombre del Siglo XXI en crítica de la Utopía*, UNAM, México, 1971, p. 224.

¹¹⁴⁰ Martínez Moran, Narciso, “Los derechos humanos entre la utopía...”, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁴¹ Garaudy, Roger, *Ideología y Utopía...*, *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁴² *Ibidem*, p. 225.

¹¹⁴³ *Idem*, p. 225.

La utopía siempre ha tenido que ver con el sueño de que debe y puede llegar a ser real.¹¹⁴⁵

Pese a lo anterior, algo es cierto, necesitamos realizar un cambio, un cambio a favor de los millones de personas de este mundo que se encuentran sumidos en la miseria. Se debe buscar un mundo diferente, que lejos de ser un ejercicio ilusorio carente de contenido, puede ser el comienzo de un firme compromiso mediante el cual los otros seres humanos, los excluidos, pueden llegar a ser --junto con quienes ya lo son-- los protagonistas de este mundo. “Por muy dura que sea la realidad, por muy difícil que sea la vida, siempre es posible construir una nueva realidad, hacer de la vida algo mejor, sólo que eso no ocurre espontáneamente, pues es necesario hacer que ocurra, realizarlo. Toda utopía, aun la más radical, no es una evasión del mundo en el que se vive, sino una forma de ver el mundo en el que se puede vivir” y trabajar por construirlo.¹¹⁴⁶

Y es que “parecería que es necesaria la existencia de un nuevo mundo para que se realicen algunos sueños que, como la justicia, también han sido considerados utópicos”.¹¹⁴⁷ En este punto, “la utopía deja de ser una realidad de ficción, irrealizable pero ejemplarizante, para pasar a convertirse en realidad de futuro realizable”.¹¹⁴⁸ La utopía es un intento, o más bien, un desafío para explorar las infinitas posibilidades de una realidad siempre perfectible. “El mundo que habitamos parece cada vez más inmerso en una civilización única y global pero a la vez, ambigua y antagónica”.¹¹⁴⁹

Aquí, se estima pertinente hacer una breve reflexión sobre la praxis, con base en el pensamiento de Sánchez Vázquez. Se ha dicho que la praxis --la cual se abordó en el primer apartado del capítulo primero-- de los individuos humanos es intencional en tanto pretende llevar a cabo objetivos determinados previamente de forma consciente. Ahora bien, dado que lo fundamental en la acción humana, tanto en el ámbito individual como colectivo, no son sus intenciones sino sus resultados. Y dado que estos resultados generalmente no suelen coincidir con las intenciones

¹¹⁴⁴ Mannheim, Karl, *Ideología y Utopía*, trad. Eloy Terrón, Aguilar, Madrid, 1966, pp. 260 y 261.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 27. Con lo anterior no se quieren desconocer otras posturas que afirman que “por alejadas que parezcan las concepciones utópicas, los movimientos políticos, bañados por ellas, han ejercido un influjo decisivo y...pernicioso sobre la vida real de la sociedad”. Kolnai, Aurele, *Crítica de las utopías políticas*, Ateneo, Madrid, 1959, p. 7.

¹¹⁴⁶ Blanco Dávila, Juan y Murgueitio Sicard, Luis Felipe, *Política, ley y utopía*. Breviario epistolar, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p. 23.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁴⁸ Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LXXVIII

¹¹⁴⁹ Mihailovic, Dejan, *La democracia...*, *op. cit.*, p. 13.

de los sujetos que los producen es muy útil acudir a la noción de praxis inintencional para explicar el desarrollo histórico.¹¹⁵⁰

La praxis intencional del individuo se funde con la de otros en una praxis inintencional --que ni unos ni otros han buscado ni querido-- para producir resultados tampoco buscados ni queridos. Resulta así que “los individuos en tanto seres sociales dotados de conciencia y voluntad, producen resultados que no responden a los fines que guiaban actos individuales ni tampoco a un propósito o proyecto común”.¹¹⁵¹ Y, sin embargo, esos resultados no pueden ser más que el producto de su actividad. Por ello debemos cuidar que la realización de objetivos personales y/o sociales no conduzca a resultados que no podemos predecir ni controlar. Eso posiblemente ha sucedido en el caso de migrantes irregulares en donde los Estados a través de políticas públicas deficientes cuestionan la vigencia de los derechos humanos en su territorio y evade el cumplimiento de los compromisos que ha contraído internacionalmente bajo una visión miope, restringida y univocista. Es claro que la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos por ello se debe atender, proteger y garantizar los derechos de migrantes irregulares los cuales constituyen una asignatura pendiente para la mayoría de los llamados “Estados democráticos” del siglo XXI.

Ahora bien, Sánchez Vázquez también observa que la praxis social al ser el resultado de la combinación, generalmente contradictoria y conflictiva, de las praxis individuales da lugar a un producto que no se puede reducir a las intenciones de ninguno de los diversos actores que han intervenido en su producción y por ello es una praxis inintencional. La sociedad en su despliegue histórico es el producto de la actividad humana, “de la acción recíproca”¹¹⁵² de las personas, porque esta “actividad humana da lugar a un orden de legalidad estructural que no depende ya de la actividad individual sino que, a su vez, la condiciona y moldea”.¹¹⁵³

Sin duda, las sociedades humanas son resultado de la actividad humana y, por tanto, también son transformables mediante dicha actividad --o deberían serlo--; pero presentan una legalidad específica que condiciona los cauces por los que dicha transformación puede desplegarse. Se ha demostrado en el decurso de esta investigación que existen cauces, razones, argumentos y prácticas jurídicas efectivas y realizables para garantizar los derechos humanos de migrantes

¹¹⁵⁰ Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía...*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁵¹ *Idem.*

¹¹⁵² *Idem.*

¹¹⁵³ *Ibidem*, p. 16.

irregulares. Posiblemente, no sean los cauces más “fáciles” --con base en criterios de “racionalidad” económica, política o gubernamental-- o los menos complejos y por dicho motivo la mayoría de Estados los evaden, los posponen o los nulifican pero ello no puede ni debe traducirse en un desconocimiento de su existencia: dichos caminos existen, son factibles, posibles y --aunque sea a largo plazo-- producen los mejores resultados y posibilitan la conversión de los Estados de Derecho en Estados de Derechos, verdaderamente democráticos. Sin embargo, hay que impedir que el derecho y su interpretación --realizada por órganos de justicia constitucional-- sean o se conviertan en instrumentos para la conservación del *status quo* vigente. Así, se advierte que “la coagulación de la actividad humana en las instituciones y estructuras condicionan y muchas veces determinan, los márgenes posibles de cambio de dichas instituciones y estructuras”.¹¹⁵⁴ El Derecho debe ser un instrumento para alcanzar la paz, la justicia y la igualdad entre todas las personas, y el único camino transitable para llegar a dicho fin lo representan los derechos humanos.

Así, como no podemos esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo, tampoco podemos delegar responsabilidades que sólo corresponden a las sociedades en su conjunto, a las personas que las integran, a los seres humanos. La plena vigencia de los derechos humanos no se producirá de forma espontánea o milagrosa, tiene que ser resultado de la acción humana, una acción humana decidida, comprometida y enérgica --a fin de combatir todos los intereses e inercias que pretendan obstaculizar su realización--.

Kart Popper sostiene que “ni la naturaleza ni la historia pueden decirnos lo que debemos hacer. Los hechos ya sean de la naturaleza o de la historia, no pueden decidir por nosotros, no pueden determinar los fines que hemos de elegir. Somos nosotros quienes le damos un sentido a la naturaleza y a la historia”.¹¹⁵⁵ Por eso debemos asumir nuestro papel en la historia y realizar los cambios que sean necesarios --además de impostergables-- no sólo en el ámbito de los derechos humanos sino también frente a un mundo que se convulsiona natural y socialmente.

El pleno cumplimiento de los derechos de migrantes irregulares puede llegar a parecer una utopía, sin embargo, en esta investigación se ha mostrado que puede ser alcanzado.

Hemos demostrado que existe un *corpus iuris* internacional que así lo determina y, a través de jurisprudencia internacional, se han establecido obligaciones directas para los Estados en esta

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁵⁵ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 1989, p. 438.

materia, las cuales han sido retomadas --y ampliadas-- por los órganos de justicia constitucional de algunos de los países sujetos a estudio. Frente a estas realidades ya existentes, no se pueden dejar de mencionar las tendencias que buscan restringir estos derechos y censurar la migración irregular so pretexto de que representan un atentado contra la “unidad nacional”, “la soberanía”, “la seguridad interior y nacional” y “la estabilidad cultural y social” --entre otros--.

Ha quedado comprobado en esta investigación que sí es posible desarrollar un régimen tutelar de derechos de migrantes irregulares a través de la justicia constitucional. Claramente la instauración, el desarrollo y fortalecimiento de dicho régimen --como se dijo-- no será tarea fácil: exige desarrollo legislativo previo, capacitación de los operadores constitucionales, acceso a la justicia efectivo para los migrantes, combate a los factores y realidades (corrupción, impunidad, discriminación, extorsión, etc.) que obstaculizan el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Ante la pregunta ¿por qué debemos creer en la efectiva garantía de los derechos de migrantes irregulares? Se pueden generar muchas respuestas --algunas más o menos válidas para la distinta gama de concepciones--. Quizás porque es necesario y urgente ya que el fenómeno migratorio irregular, según los diagnósticos, tiende a agravarse y crecer en próximos años ante la falta de políticas estructurales de combate a la pobreza y generación de empleo; así como por la ausencia de políticas migratorias efectivas que respondan a las necesidades de mano de obra de los países desarrollados y de políticas que mitiguen la imperiosa necesidad de migrar de los países expulsores. Quizás porque aquí se ha demostrado que debemos creer porque es la única forma de construir un Estado democrático de Derecho asentado en la dignidad humana y en la igualdad en la diversidad; ya que un Estado realmente soberano debe hacer compatible su potestad regulatoria en materia migratoria con su obligación irrestricta de respetar los derechos humanos de migrantes contraída internacionalmente e impuesta por el *jus cogens*. Porque aquí hemos comprobado que tenemos muchas herramientas que nos permitan construir y convertir esta utopía en realidad.

Todo lo dicho, explicado y argumentado en esta investigación demuestra que la garantía de los derechos de migrantes, aunque implica un proceso complejo, está lejos de ser una utopía. Debemos esforzarnos por no transformar una posible y necesaria realidad en una utopía. Tenemos entonces que tomar las decisiones y asumir las acciones necesarias que nos conduzcan a la isla utopía.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁶ Cfr. Moro, Tomás, *Utopía...*, *op. cit.*.

ANEXOS

ANEXO 1
SEGUIMIENTO HEMEROGRÁFICO:
ELEMENTOS PARA EL DIAGNÓSTICO

NOTICIA	PERIÓDICO	FECHA
EU: Crecen crímenes de odio contra latinos. Reconoce el FBI aumento de 40% en ataques a minorías	El Universal, p. 4	9 de enero de 2010
Crece xenofobia con respaldo de autoridades, acusan. Latinos padecen ola de odio en EU. Entre los casos más recientes está el perpetrado el 23 de septiembre de 2009 contra el mexicano Mario Vera Rivera, en la misma zona en la que fue asesinado el ecuatoriano José Sucuzhañay el 7 de diciembre de 2008	El Universal, p. 14	9 de enero de 2010
Corren migrantes riesgos en el DF. La CDHDF recibió 12 quejas relacionadas con migrantes de enero a octubre de 2009	Reforma, p. 10	30 de enero de 2010
Sin fronteras: cuestiona trato a migrantes	Reforma, p. 13	8 de febrero de 2010
Denuncian abusos a derechos en estación migratoria “modelo”. Menores de edad, mayoría de detenidos en centro chiapaneco. Al presentar el <i>Informe Derechos Humanos y condiciones de detención en la estación migratoria Siglo XXI</i> . Siguen cometiéndose violaciones a derechos humanos como prácticas arraigadas y sistemáticas; además se vulneran los derechos a la salud y a la alimentación.	La Jornada, p. 41	2 de marzo de 2010
Destituirán a personal del Instituto Nacional de Migración si violan derechos humanos de migrantes	Diario de México, p. 12	17 de marzo de 2010
México se convierte en una nación xenofóbica, CONAPRED Después de los homosexuales y los enfermos del sida, los extranjeros integran el grupo de población más segregado	La Jornada, p. 30	27 de marzo de 2010

en el país.		
Fuera de reforma de salud en EU, 6.6 millones de indocumentados. Además, 4.2 millones de inmigrantes legales carecen de seguro médico, según el Instituto de Política Migratoria	Milenio, p. 9	31 de marzo de 2010
Piden en Arizona veto a ley antiinmigrante. Faculta a la policía a detener a personas que sospecha no tienen papeles; éstas podrían ser arrestadas y encarceladas hasta por seis meses; prohibiría que la gente bloquee el tránsito cuando busca u ofrece el trabajo de los llamados jornaleros; y convierte en delito prácticamente cualquier actividad que conlleve a ayudar a los indocumentados.	Reforma, p. 14	17 de abril de 2010
Amaga ley de Arizona a 450 mil paisanos. De acuerdo con el Pew Hispanic Center, en Arizona residen casi 500 mil migrantes, de los cuales 90% son mexicanos	Reforma, p. 17	21 de abril de 2010
Ilegales vinculados al crimen serán deportados. EU hará “limpia” de pandilleros latinos	El Universal, p. 4	24 de abril de 2010
Sufren migrantes “infierno mexicano”. Viven secuestros por parte de bandas criminales. Atribuyen al grupo criminal de los Zetas, torturas y extorsiones a indocumentados.	Reforma, p. 22	26 de abril de 2010
Alud de críticas a la norma “racista”. México tiene escaso margen de maniobra, reconoce Gobernación. Políticos y expertos: es una medida xenófoba que viola tratados internacionales	La Jornada, p. 14	27 de abril de 2010.
CNDH dará asesorías a paisanos	El Universal, p. 5A	27 de abril de 2010
Repudia la OEA la “racista” ley de Arizona. Ley discriminatoria e inaceptable: OEA	La Jornada, p. 3	27 de abril de 2010
EU revisa legalidad de la ley antiinmigrante. Tenemos preocupaciones profundas, señala Napolitano; el fiscal general de EU teme abusos, plantea la posibilidad de exigir su anulación en tribunales.	La Crónica de Hoy, p. 3.	28 de abril de 2010

Amnistía reclama derogar la reforma	El Universal, p. 5A	28 de abril de 2010
Maltrata México a migrantes: AI. Niegan visas humanitarias a víctimas de delitos. Bandas criminales y funcionarios corruptos abusan de ilegales. Según INM, sólo 10 visas humanitarias fueron otorgadas a migrantes víctimas de abusos en 2007; 14 en 2008 y 8 entre enero-junio de 2009	Reforma, p. 2	28 de abril de 2010
CNDH impulsará juicio colectivo contra la SB1070 aprobada en Arizona	La Crónica de Hoy, p. 7	28 de abril de 2010
Amnistía reclama a México su maltrato a los migrantes	El Universal, p. 11A	29 de abril de 2010
AI: México viola DH como Arizona. Segob admite observaciones; actuará en pro de migrantes	El Universal, p. 11 ^a	29 de abril de 2010
GDF dará apoyo legal a migrantes en Arizona	El Universal, p. 1C	30 de abril de 2010
Ante ley Arizona, emprenderán México y EU programa de repatriación voluntaria. Los gobiernos de ambos países financiarán gastos de transporte a comunidades de origen	La Jornada, p. 12.	6 de mayo de 2010
Alistan leyes similares a la 1070. Revisan en EU 12 proyectos. Aumenta número de normas locales relacionadas con la inmigración	Reforma, p. 3	8 de mayo de 2010
La CNDH formaliza lucha contra ley antiinmigrante con la American Civil Liberties Union	La Crónica de Hoy, p. 12	12 de mayo de 2010
Critican relatores de la ONU ley Arizona por discriminatoria. Llaman a ese estado y a la Casa Blanca a cumplir con los estándares en materia de derechos humanos	La Jornada, p. 5	13 de mayo de 2010
Detienen en Nueva York a activistas pro inmigrantes. Se manifestaron contra ley Arizona y exigieron reforma migratoria este año. Líderes religiosos, civiles y militares fueron arrestados por desobediencia	Milenio, p. 9	18 de mayo de 2010

Ciudades de EU emiten credencial para inmigrantes. Aunque las tarjetas no significan la residencia legal, sirven para acceder a servicios de salud y asistencia social	Excélsior, p. 2	18 de mayo de 2010
Denuncian acoso en estación de INM. Espera venezolana dos meses orden de deportación	Reforma, p. 12	23 de mayo de 2010
CNDH ha atendido a 16 mil migrantes en lo que va del año	El Universal, p. 4	24 de mayo de 2010
Recomendación de la CNDH al INM por deportar a una mexicana a Honduras. No confirmó la nacionalidad de la joven con las autoridades del país centroamericano: recomendación 27/2010	La Jornada, p. 10	30 de mayo de 2010
Apalean a migrante; tiene muerte cerebral. Agentes de la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de EU apalearon al indocumentado Anastasio Hernández Rojas, de 35 años, y le provocaron muerte cerebral tras propinarle descargas eléctricas en la Garita Internacional de San Ysidro Tijuana, a 5 metros de territorio mexicano. Los policías golpearon al connacional hasta dejarlo inmóvil, cuando quiso resistirse a la repatriación voluntaria.	La Jornada, p. 10	30 de mayo de 2010
Condena la CNDH agresión de policías norteamericanos a migrante mexicano. Necesaria y urgente, la intervención de las autoridades diplomáticas	La Jornada, p. 13	31 de mayo de 2010
La CNDH dará seguimiento	Excélsior, p. 5	3 de junio de 2010
Homicidio, la muerte del migrante. El forense del condado de San Diego informa que el consumo de metanfetaminas incidió en el deceso. La administración estadounidense asegura que ya se realiza una investigación	Milenio, p. 11	3 de junio de 2010
“Migra” acepta haber agredido a migrante	El Universal, p. 10A	5 de junio de 2010
Agentes de EU matan a otro migrante. Elementos de la patrulla fronteriza lo seguían desde territorio estadounidense, señalan testigos: era un adolescente entre 15 y 17 años	Milenio, p. 32	8 de junio de 2010

Juristas: lo deben juzgar en México. PRI exige extradición para las agentes de la Patrulla Fronteriza que asesinaron de un tiro al mexicano Sergio Adrián Hernández Güereca de 14 años	La Razón, p. 4	10 de junio de 2010
Policía Federal resguardo cuerpo y casquillos ante “Migra”. Incidente genera crisis en las relaciones bilaterales; legisladores acusan a Los Pinos de actuar con tibieza. El presidente Calderón y la canciller, Patricia Espinoza, partieron anoche rumbo a Sudáfrica; asisten al mundial. Muerte de adolescente enfrenta a México y EUA	El Universal, p. 4	10 de junio de 2010
Asesora CNDH a familiares del menor	El Sol de México, p. 4	10 de junio de 2010
Anastasio rogaba que lo dejaron de golpear. Video da cuenta de la golpiza que costó la vida a Anastasio	El Universal, p. 6	10 de junio de 2010
Pretende la PGR que sea juzgado aquí el agente que mató al menos. Listos, los acuerdos para la atracción formal de las investigaciones	La Jornada, p. 10	11 de junio de 2010
Washington enviará más agentes a la frontera. Hay 23 mil agentes de la Patrulla Fronteriza y 3 mil 300 agentes de la Agencia de Investigaciones Aduaneras y de Migración	El Universal, p. 6	11 de junio de 2011
El fiscal de EU lo lamenta. Lamenta la muerte de adolescente mexicano	La Jornada, p. 12	11 de junio de 2010
Violan acuerdo de usar balas de goma. En junio de 2001 EU se comprometió a no utilizar armas letales	El Economista, p. 34	11 de junio de 2010
Las piedras, armas letales: la Border. Al salir en defensa de los policías que mataron a un joven mexicano el lunes, la Patrulla Fronteriza señala que si uno de sus elementos teme por su vida, “su mano se ve forzada” a disparar contra el agresor. A nuestros agentes no se les entrena para soportar ataques violentos	Milenio, p. 4	11 de junio de 2010
Era contrabandista el adolescente asesinado, dice Patrulla.	Reforma, p. 8	11 de junio de 2010
La CNDH limitada para defender a los afectados por la ley Arizona. Calcula que 450 mil connacionales se pueden ver	La Jornada, p.	14 de junio

perjudicados. Preocupante el tema de los menores repatriados por Estados Unidos.	18	de 2010
Improcedente la deportación de mexicano: Suprema Corte de EU. Fue condenado por dos delitos menores y se le negó su prerrogativa de pedir la cancelación de deportación bajo el argumento de que la reincidencia contaba como delito grave. En su fallo, la Suprema Corte consideró inadecuada la deportación	Milenio, p. 11	15 de junio de 2010
Deudos de Sergio Adrián preparan demanda civil. Exigen que se castigue al migra homicida	La Jornada, p. 13	17 de junio de 2010
Arizona deportó a 17 compatriotas del DF. Ya fueron incorporados a programas sociales. La situación se agrava con muerte de adolescente.	La Jornada, p. 34	17 de junio de 2010
Ni quejarse pueden migrantes en México. Los indocumentados detenidos son tundidos con bates, vejados y mutilados	La Razón, p. 7	21 de junio de 2010
Por tiempos electorales, se multiplican las legislaciones de corte racista en EU. En Nuevo México detienen a los migrantes por faltas de tránsito y terminan deportándolos	La Jornada, p. 15	22 de junio de 2010
EU dice que adolescente asesinado era un pollero	Excélsior, p. 8	26 de junio de 2010
Asedian policías y delincuentes a indocumentados. Luego de que presuntos agentes irrumpen en un refugio en Tultitlán, vecinos impiden que se lleven a unos 30 centroamericanos. Exigen aclarar si fue un operativo oficial. Se criminaliza la ayuda humanitaria, dice la Iglesia. Policías Federales allanan casa del migrante en Estado de México	La Jornada, p. 10	3 de julio de 2010
CNDH pide a SSP proteger a migrantes. Presuntos policías federales quisieron llevárselos por la fuerza de albergue	El Universal, p. 7	4 de julio de 2010
Impugna Obama en tribunales la ley Arizona. El flujo de personas es tema federal. Argumenta que es inconstitucional	La Jornada, p. 2	7 de julio de 2010
Codehem: migrantes piden su repatriación. Desisten de	El Universal,	7 de julio de

seguir su camino a Estados Unidos	p. 7	2010
Demanda la diócesis de Cuautitlán a la PGR y PF por allanamiento	La Jornada, p. 43	7 de julio de 2010
Detecta CNDH red de elementos de la PF que asaltaba migrantes	La Crónica de Hoy, p. 7	7 de julio de 2010
Ciudadanos de EU avalan la Ley de Arizona. Según una encuesta el 50% de los estadounidenses se opone a la demanda interpuesta por Obama	El Universal, p. 18	10 de julio de 2010
México no avanza en proteger migrantes. Rocatti pide auxilio a quienes van a EU a trabajar	El Universal, p. 7A	10 de julio de 2010
El maltrato a migrantes aumenta en Arizona. De enero a junio se reportaron 29 agresiones, 55% en Arizona. 383 casos desde 2000.	El Universal, p. 10A	16 de julio de 2010
Grupos de odio donan al fondo pro SB1070	El Universal, p. 25	19 de julio de 2010
Aprehenden en EU a 57 pandilleros mexicanos. Operativo de 5 días en Dallas	Milenio, p. 33	20 de julio de 2010
SRE duplica fondos destinados a la protección de mexicanos en Arizona. Informa la cancillería que amplió servicios en consulados	La Jornada, p. 3	20 de julio de 2010
Jefes de 12 parlamentos condenan la ley Arizona	La Crónica de Hoy, p. 13	22 de julio de 2010
Una jueza federal percibe aspectos de inconstitucionalidad en la ley Arizona	La Crónica de Hoy, p. 21	23 de julio de 2010
Adelantan redadas en Arizona. Aún no entra en vigor la ley SB1070 y ya hubo detenciones	El Universal, p. 9	24 de julio de 2010
Border Patrol da golpiza a hombre que salía de EU rumbo a México	La Crónica de Hoy, p. 7	28 de julio de 2010
Fallo de jueza, primer paso para frenar la norma, dice Conapred. Rechaza criminalización de migrantes.	La Crónica de Hoy, p. 4	29 de julio de 2010
Refuerza el INM programas para apoyar a los migrantes	La Jornada, p.	29 de julio de

que regresen. Habrá atención médica, albergues y facilidades de transporte	7	2010
Pide HRW revocar ley por completo	Reforma, p. 12	30 de julio de 2010
Recientes migrantes abusos... en México. Acusa Sin Fronteras discriminación de autoridades centroamericanas	Reforma, p. 12	31 de julio de 2010
Detienen a 64 en dos días de redadas en Phoenix. Se determinó que 6 son migrantes indocumentados al no presentar licencia.	Milenio, p. 6	1 de agosto de 2010
Inicia el despliegue de mil 200 agentes de la Guardia Nacional de EU en la frontera con México. Servirán como informantes para que la Patrulla Fronteriza se dedique a perseguir a indocumentados y traficantes de drogas	La Crónica de Hoy, p. 6	1 de agosto de 2010
Aplica Virginia su ley antiinmigrante. Virginia junto con Michigan, Florida, Texas, Carolina del Sur, Pensilvania, Alabama, Nebraska y Dakota del Sur, han expresado su apoyo a Arizona como “amigos de la corte” en las demandas que enfrenta ese estado por la SB1070	Ovaciones, p. 7	3 de agosto de 2010
Desisten estados de imitar SB1070. Esperan que termine la batalla legal de Arizona. Modifican iniciativas en Idaho y Ohio para evitar un choque con Gobierno Federal	Reforma, p. 17	3 de agosto de 2010
Los mexicanos que residen en EU son muy racistas, defensora de migrantes. En los consulados si no hablas español, te tiran los papeles en la cara	La Jornada, p. 16	04 de agosto de 2010
Incumplen con mejorar los centros de detención en EUA: persiste violación a derechos	Milenio, p. 8	6 de agosto de 2010
Crímenes de odio contra mexicanos, al alza. Entre 2006 y 2010, la cancillería ha documentado 15 casos de agresiones, de los cuales en 5 se llegó al asesinato.	Milenio, p. 8	9 de agosto de 2010
La muerte por negligencia de un indocumentado mexicano en una cárcel del condado de los Ángeles pone en evidencia los abusos del sistema migratorio en Estados Unidos	Milenio, p. 37	16 de agosto de 2010

Operan en 494 jurisdicciones de EU programas racistas, alertan ONG. Obama realiza más deportaciones que el ex presidente Bush	La Jornada, p. 17	16 de agosto de 2010
Maltrato de migrantes en México indigna al mundo. Violaciones, robo, secuestro y muerte son recurrentes, dicen gobiernos y organismos nacionales e internacionales	El Universal, p. 18	26 de agosto de 2010
Libre, el agente que mató a niño mexicano. El 7 de junio Sergio Adrián Hernández murió a orillas del Río Bravo tras un disparo. Se sostuvo que una pluma, un clavo o una piedra pueden emplearse como armas mortales y cualquier elemento de la agencia tiene la responsabilidad de resguardar su seguridad y la de las fronteras	El Economista, p. 31	26 de agosto de 2010
Vejan en EU a ilegales tras arrestos: HRW. Documenta 15 casos de abuso sexual contra mujeres migrantes	El Universal, p. 18	26 de agosto de 2010
Buscan más cadáveres en San Fernando; matan al MP que indagaba el caso	La Jornada, p. 2	27 de agosto de 2010
Identifican a 20 de los 72 migrantes asesinados en Tamaulipas	La Crónica de Hoy, p. 4	27 de agosto de 2010
Ignora el gobierno cuantos migrantes han sido secuestrados	La Jornada, p. 5	27 de agosto de 2010
No podemos pedirle al Norte, lo que no podemos darle al sur	El Universal, p. 6	27 de agosto de 2010
En Tamaulipas, 812 extranjeros fueron rescatados de secuestradores en 2009: Cecilia Romero Castillo	La Crónica de Hoy, p. 7	27 de agosto de 2010
Ofrece México visa humanitaria al único sobreviviente de la masacre en Tamaulipas. Autoridades de Tegucigalpa reclaman pesquisa y confirman la muerte de 14 hondureños. Exige ACNUDH a Calderón una investigación urgente y profunda	La Jornada, p. 7	28 de agosto de 2010
Embajada de El Salvador emprenderá campaña para que sus ciudadanos no transiten por México	La Crónica de Hoy, p. 6	29 de agosto de 2010
Documentan en Yucatán muerte sospechosa de un indocumentado. Un hondureño fue golpeado por policías.	La Jornada, p. 11	29 de agosto de 2010

La Ley de población inhibe a migrantes para denunciar abusos		
El sobreviviente de la masacre en Tamaulipas rechaza visa humanitaria. La CNDH advirtió desde 2009 aumento de plagios a migrantes. Atrae PGR investigación de matanza en Tamaulipas	La Crónica de Hoy, pp. 4-6.	29 de agosto de 2010
El Salvador condena la matanza de migrantes. En 10 años desaparecen 60 mil latinoamericanos	El Financiero, p. 27	30 de agosto de 2010
Arraiga la PGR a uno de los presuntos autores de la masacre de San Fernando	La Jornada, p. 7	30 de agosto de 2010
En tres estados del Golfo, 77% del plagio a migrantes: Veracruz, Tabasco y Tamaulipas	Milenio, p. 36	30 de agosto de 2010
PRI: 60 mil migrantes desaparecidos en 10 años	El Universal, p. 9C	30 de agosto de 2010
La policía federal detiene a 33 indocumentados centroamericanos en Nuevo León	La Crónica de Hoy, p. 4	30 de agosto de 2010
Urge intervención de Cascos Azules en México. La ONU capaz de proteger a los migrantes	Rumbo de México, p. 2	31 de agosto de 2010
Sobreviviente ecuatoriano ya fue repatriado	Excélsior, p. 13	31 de agosto de 2010
Demandan por discriminar a trabajadores migrantes al sistema universitario de Arizona.	La Jornada, p. 41	31 de agosto de 2010
Juan Sabines propone reformas para proteger los derechos de los inmigrantes en Chiapas	La Jornada, p. 14	2 de septiembre de 2010
Hay otro sobreviviente por masacre en rancho de Tamaulipas: Ecuador	Milenio, p. 33	2 de septiembre de 2010
Tráiler con ejecutados en Tamaulipas arrastra carros que prensan a joven.	La Crónica de Hoy, p. 16	2 de septiembre de 2010
Exigen acabar con corrupción en migración. La ONU pide	Excélsior, p.	3 de

atacar las redes de trata (sic) de migrantes	18	septiembre de 2010
Eran 76 víctimas, no 74 asegura sobreviviente: Luis Freddy Lala Pomavilla	Milenio, p. 4	3 de septiembre de 2010
Emprenderán estrategia para brindar protección a migrantes. Signan convenio la SG y gobiernos de Chiapas, Tabasco y Campeche	La Jornada, p. 8	4 de septiembre de 2010
Hay un tercer sobreviviente de la matanza en Tamaulipas. Un salvadoreño evitó ser asesinado y se encuentra en EU	La Crónica de Hoy, p. 13	6 de septiembre de 2010
10% de migrantes albergados en México denuncian abuso	El Universal, p. 1	6 de septiembre de 2010
Confirman muerte de un MP y jefe policiaco de San Fernando. Ya hay cinco sujetos arraigados por la masacre de inmigrantes. La PGR aún no decide la situación jurídica de otros tres detenidos	La Jornada, p. 15	9 de septiembre de 2010
Detienen a más zetas por la matanza de migrantes. Caen 7 matamigrantes. Ejecutan al alcalde de El Naranjo SLP, dentro de su propia oficina	Milenio, p. 33	9 de septiembre de 2010
EU investiga casos de discriminación a maestros en Arizona. Monitorean el nivel del idioma inglés	Milenio, p. 10	10 de septiembre de 2010
Acusan siembra de droga en estación migratoria. Agentes presuntamente venden droga a extranjeros alojados	Reforma, p. 16	13 de septiembre de 2010
Identifican a 14 culpables de la masacre	El Universal, p. 5	21 de septiembre de 2010
Temen por derechos de salud de paisanos. Alerta investigadora sobre 26 iniciativas de ley que atentan contra migrantes en EU	Reforma, p. 14	5 de octubre de 2010

Permanecen en el Semefo 36 cadáveres de los migrantes asesinados en Tamaulipas. Los cuerpos podrían ser resguardados hasta un año; después se enviarían a la fosa común	La Jornada, p. 36	16 de octubre de 2010
El INM a migrantes: es riesgoso pasar por México. Imposible proteger todos los rincones de la ruta migrante: Salvador Beltrán del Río, comisionado INM	El Universal, p. 4	24 de octubre de 2010
Propone CNDH crear observatorio iberoamericano en materia de migración.	El Sol de México, p. 4	24 de octubre de 2010
Aumenta entre hispanos temor a ser discriminados	La Jornada, p. 22	29 de octubre de 2010
Piden fiscalía para atender delitos contra migrantes: madres de migrantes centroamericanos	Milenio, p. 23	2 de noviembre de 2010
Piden proteger a defensores de migrantes: Acción Global de los Pueblos sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos, Puerto Vallarta	Reforma, p. 6	3 de noviembre de 2010
México censura leyes de EU con perfiles raciales. Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos	Milenio, p. 4	6 de noviembre de 2010
México pide a EU prohibir el uso de la fuerza letal contra indocumentados	La Jornada, p. 2	6 de noviembre de 2010
Europa aplica esquema racista contra pueblos en movimiento. El clima social excluyente hace imposible la vida de inmigrantes	La Jornada, p. 13	7 de noviembre de 2010
Demanda australiano al INM por retención ilegal. Estuvo 4 meses en una estación migratoria	El Financiero, p. 29	17 de noviembre de 2010
Calculan en 20 mil plagios de migrantes. AI afirma que seis de 10 mujeres que llegan a albergues son violadas	El Universal, p. 11	17 de noviembre de 2010
Policía fronterizo dispara a mexicano ilegal. La Border	Excélsior, p.	17 de

Patrol está involucrada en dos agresiones contra indocumentados, en solo una semana	23	noviembre de 2010
Explotan en EU a indocumentadas. Más de 4 millones de inmigrantes sufren vejaciones en sus empleos	El Universal, p. 18	17 de noviembre de 2010
Hay componentes de xenofobia en la matanza de los 72 migrantes: Conapred. Acuerdan Unicef y SEP fortalecer la cultura de la tolerancia en libros de texto gratuito. Según encuesta, 42.1% de mexicanos no estarían dispuestos a vivir con un extranjero	La Jornada, p. 22	17 de noviembre de 2010
Acusan maltratos en redadas de migración. Desde hace una semana, INM y PF realizan un operativo diario en Oaxaca y Chiapas	El Universal, p. 7C	30 de noviembre de 2010
Secuestraron a 20 mil migrantes a su paso por México en 2010: AI. Exige aplicar políticas de seguridad en el Istmo de Tehuantepec	La Jornada, p. 14	7 de diciembre de 2010
Exige AI frenar plagio migratorio. Advierte relator de la ONU sobre criminalización	Reforma, p. 2	18 de diciembre de 2010
Neonazis atacan a una mexicana en Alemania	Excélsior, p. 1	21 de diciembre de 2010
La CNDH refutó la negativa oficial del secuestro masivo de centroamericanos la noche del pasado 16 de diciembre, en los límites de Chiapas y Oaxaca. Recabó el testimonio de 18 migrantes que lograron escapar del plagio	La Crónica de Hoy, p. 3	23 de diciembre de 2010
Ligan con plagio a funcionarios. Aseguran testigos que policías y agentes del INM protegieron a grupo armado.	Reforma, p. 6	26 de diciembre de 2010
Confirma Procuraduría de Justicia de Oaxaca otro plagio de migrantes. Según testigo, hombres armados se llevaron como a 150; son 8: autoridades estatales	La Jornada, p. 5	27 de diciembre de 2010
La permanente citará al Secretario de Gobernación para aclarar ataques a indocumentados. También acudirá	Milenio, p. 35	27 de diciembre de

Salvador Beltrán del Río, INM		2010
Exigen hasta 3 mil dólares por plagiados	La Jornada, p. 7	30 de diciembre de 2010
Oaxaca apunta a maras en el secuestro masivo	Milenio, p. 5	30 de diciembre de 2010
Aprueba Tlaxcala ley de protección a los migrantes.	Milenio, p. 5	30 de diciembre de 2010
Violencia sexual, parte integral del maltrato a migrantes de paso. Mujeres retenidas sufren violaciones reiteradas y múltiples	La Jornada, p. 6	30 de diciembre de 2010
Repatrian restos de indocumentado asesinado en Ixtepec por secuestradores. Su homicidio se produjo el 21 de diciembre al tratar de huir de sus secuestradores	Reforma, p. 3	31 de diciembre de 2010
Mantienen diputados en la congeladora 10 iniciativas para proteger a indocumentados	La Jornada, p. 8	31 de diciembre de 2010
Migración intentó detener a Elvira Arellano en Chiapas. Dicen haberla confundido con una ilegal. La activista coordina los trabajos para realizar marcha contra abusos hacia indocumentados	La Crónica de Hoy, p. 10	5 de enero de 2011
Arraiga la PGR a 5 personas por secuestro de migrantes. Se les relaciona con los plagios masivos ocurridos el 16 y 22 de diciembre en Oaxaca. Exigían el pago de 500 dólares por cada uno	La Crónica de Hoy, p. 5	11 de enero de 2011
Urge apoyo integral a migrantes: Consejo Estatal de Derechos Humanos, Chiapas	Rumbo de México, p. 7	17 de enero de 2011
Solalinde exige a García Luna investigar a “malos elementos” de la Policía Federal. Denuncia que el funcionario incurrió en prácticas dilatorias en torno a reunión pactada	La Jornada, p. 13	18 de enero de 2011

SSP y PGR rechazan cálculos del ombudsman sobre plagio de migrantes. Ambas dependencias sólo reconocen 222 secuestros individuales.	La Jornada, p. 14	18 de enero de 2011
Sufren migrantes ruta de la extorsión. 200 mil migrantes de otros países cruzan al año por la entidad; 23 mil fueron alojados en estaciones migratorias entre enero y noviembre de 2010; 200 agentes del Instituto Nacional de Migración laboran en el estado.	Reforma, p. 14	25 de enero de 2011
Amenazan casa de migrantes en Estado de México; AI pide protección	El Universal, p. 7	5 de febrero de 2011
PGR ofrece una recompensa de hasta 8 millones de migrantes por asesinos de migrantes	El Universal, p. 11A	6 de febrero de 2011
Espía el crimen organizado a migrantes para extorsionarlos. Los halcones u orejas se filtran entre los indocumentados. La violencia en México no merma intentos de llegar a Estados Unidos	La Jornada, p. 35	07 de febrero de 2011
Respeto a derechos humanos, eje de la nueva ley de migración	La Jornada, p. 45	16 de febrero de 2011
Georgia sigue los pasos de Arizona; adopta ley que criminaliza a inmigrantes ilegales	La Crónica de Hoy, p. 29	4 de marzo de 2011
Aumenta 70% quejas contra INM	Reforma, p. 8	6 de marzo de 2011
Visa humanitaria para migrantes, proponen grupos religiosos y civiles. Aminoraría violación de derechos y secuestros	La Jornada, p. 23	11 de marzo de 2011
Agente de Patrulla Fronteriza balea a joven mexicano. Un joven de 19 años murió luego de ser baleado cerca del límite con Agua Prieta, Sonora, cuando buscaba volver a México	La Crónica de Hoy, p. 9	24 de marzo de 2011
Filman persecución de migrantes en Tabasco. Un agente presiona con machete en mano a una hondureña. Denuncian abusos en el Usumacinta; el INM investiga a tres elementos	El Universal, p. 6C	25 de marzo de 2011

Limpiar general de agentes del INM, exigen ONG	El Universal, p. 6C	26 de marzo de 2011
Matan a mexicano en muro fronterizo. Un mexicano subía una escalera cuando un agente de la patrulla fronteriza lo mató a 3 balazos	Excélsior, p. 16	29 de marzo de 2011
México expone hoy ante la ONU política migratoria.	Milenio, p. 36	4 de abril de 2011
Alarmante, la cifra de crímenes contra migrantes en México, reporta ONU. Gobernación y Relaciones Exteriores sólo destacan reformas legislativas y programas. Comité del Organismo considera grave que haya responsabilidad de autoridades públicas	La Jornada, p. 11	9 de abril de 2011
Mexicanos rechazan a migrantes, revela la Encuesta nacional México, las Américas y el Mundo 2010, Política exterior: opinión pública y líderes. 34% de los encuestados están muy de acuerdo en aumentar los controles fronterizos. 28% en deportar a los migrantes centroamericanos a su país de origen.	El Economista, p. 57	11 de abril de 2011
Maltrata México a migrantes, dice ONU. En México existen 50 estaciones migratorias; 9,549 migrantes ingresaron en el primer bimestre de 2011 a estos centros, tras ser detenidos en el país o por repatriación voluntaria, la cifra incluye menores; 3,733 fueron internados en estaciones de Chiapas, 1,563 en Tabasco, 870 en Oaxaca y 286 en el DF; entre 2006 y 2010 fueron cesados casi 200 funcionarios del INM	El Universal, p. 8	14 de abril de 2011
Anuncia gobernador de Georgia que promulgará la ley antimigrante	La Jornada, p. 23	16 de abril de 2011
Sheriff Arpaio viola derechos de detenidos, acusa organización civil	El Universal, p. 6	20 de abril de 2011
Los migrantes son blanco del gobierno y de narcotraficantes: AI	La Jornada, p. 10	22 de abril de 2011
Listo, el nuevo marco legal para detectar y proteger a migrantes. La Comisión de Mejora Regulatoria ya aprobó	La Jornada, p. 11	22 de abril de 2011.

la circular		
Muere un salvadoreño tras ser interrogado por el INM	La Jornada, p. 10	30 de abril de 2011
La gobernadora de Arizona firma más leyes antiinmigrantes. Las leyes permitirán establecer una milicia civil (SB1451) y financiar la construcción de un muro fronterizo (SB1406)	El Universal, p. 14	30 de abril de 2011
Investiga la CNDH muerte de migrante salvadoreño	La Jornada, p. 16	2 de mayo de 2011
Persiste en México la discriminación por origen racial, color de piel o físico, Encuesta Nacional sobre Discriminación. Conapred	La Jornada, p. 42	6 de mayo de 2011
De 70 mil migrantes detenidos, 59% sufrió violación a sus derechos, Informe "Tierra de nadie, el laberinto de la impunidad" de I(DH)eas.	La Crónica de Hoy, p. 10	12 de mayo de 2011
Acusan a migración de presionar a niños de acusar a su madre de traficante de personas. Se emite la recomendación 23/2011	Reforma, p. 6	12 de mayo de 2011
Agentes del INM apedrean a migrantes en tren rumbo a Coatzacoalcos	La Jornada, p. 10	13 de mayo de 2011
Migrantes señalan abusos de militares en Tijuana	El Universal, p. 7C	17 de mayo de 2011
Hay 147 denuncias de tráfico de indocumentados, informa la PGR. 79 están en trámite, 28 han sido consignadas, 19 fueron consideradas con incompetencias, 13 en reserva y 4 se autorizaron para no ejercicio de la acción penal	La Crónica de Hoy, p. 9	17 de mayo de 2011
El INM trabaja de manera coordinada con la CNDH; ha atendido 128 quejas en este año	La Crónica de Hoy, p. 4	19 de mayo de 2011
Cierran Casa del Migrante en Ecatepec.	Diario de México, p. 9	23 de mayo de 2011
Levantará INM muralla antimigrante. Construirá en Chiapas y Campeche cuatro bases de gran tamaño	Milenio, p. 4	24 de mayo de 2011

denominadas, puntos internos de control, con las cuales se espera reducir considerablemente el flujo de indocumentados que se dirige desde Guatemala hacia EU		
Trece indocumentados, seis de ellos fueron recapturado al escapar de la estación migratoria siglo 21 de Tapachula, fueron encarcelados luego de que el INM los acusó por daños a propiedad ajena. Los migrantes se declararon en huelga de hambre	Reforma, p. 7	24 de mayo de 2011.
Denunciar un año sin justicia para Anastasio	Universal, p. 8C	28 de mayo de 2011
Documentan abuso oficial a migrantes. Indocumentados involucran a efectivos federales, estatales y del INM. 70% expedientes con denuncias de extorsión tienen los ombudsmán nacional y de Chiapas. 80% de los indocumentados que llegan al país entran por Chiapas	Universal, p. 20A	30 de mayo de 2011
Acuerdan matricular a todos los extranjeros, procuradores de justicia de las 32 entidades. La medida pretende crear identificaciones biométricas de inmigrantes	Excélsior, p. 15	11 de junio de 2011
Huyen mexicanos por leyes antiinmigrantes en EU. Patronos los despiden por temor a multas y sanciones penales. Inspeccionadas 713 empresas en un año	El Financiero, p. 28	13 de junio de 2011
Traslada INM a migrantes y los asaltan. Viajan en autobús sin resguardo de la Policía Federal por falta de unidades	Reforma, p. 2	17 de junio de 2011
Agente de EU mata a balazos a mexicano que le lanzaba piedras. Un agente de la patrulla fronteriza asesinó al mexicano José Alfredo Yañez cuando éste intentaba cruzar hacia EU	La Crónica de Hoy, p. 6	23 de junio de 2011
Cárceles, hoteles de lujo comparadas con estaciones migratorias: académica. En algunos centros hay más de 3 mil niños y adultos hacinados y en la indefinición legal	La Jornada, p. 5	26 de junio de 2011
Demanda la CNDH al gobierno brinde seguridad a los albergues de migrantes. México, territorio minado para quienes buscan el sueño americano, advierte Colef. La guerra al crimen organizado detonó la ola de secuestros y	La Jornada, p. 7	30 de junio de 2011

asesinatos de esas personas: PRI		
Ningún indicio de secuestro masivo de migrantes en Veracruz: INM. Descalifica el gobierno federal la denuncia que presentó el sacerdote Alejandro Solalinde	La Jornada, p. 5	30 de junio de 2011
CNDH dice tener testigos del plagio de migrantes en Medias Aguas. Insta a la autoridad a indagar en vez de desacreditar a Solalinde	La Jornada, p. 9	2 de julio de 2011
En 7 años hubo 62 ataques a albergues de inmigrantes	Milenio, p. 30	5 de julio de 2011
México es el campeón mundial en ataques a migrantes: Bustamante	La Jornada, p. 14	7 de julio de 2011
Escala odio racial en EU, advierte la cancillería	El Universal, p. 12	11 de julio de 2011
Atacan sicarios casa-hogar para inmigrantes en Tenosique	La Crónica de Hoy, p. 13	13 de julio de 2011
Deportados o víctimas del delito, 80% de indocumentados centroamericanos: INM	La Jornada, p. 19	15 de julio de 2011
Viola EU en traslados derechos de paisanos.	Reforma, p. 11	16 de julio de 2011
Cae 60% detención de connacionales, entre 2005 y 2010, de acuerdo con el Departamento de Seguridad Interna	Reforma, p. 11	16 de julio de 2011
Hay más testigos del plagio masivo en Veracruz: Solalinde	Jornada, p. 8	17 de julio de 2011
Evaluará CIDH situación de los derechos de migrantes. La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana visitará México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011	El Sol de México, p. 6A	17 de julio de 2011
Inician marcha pro migrantes. Activistas centroamericanos vienen al DF	El Universal, p. 16A	25 de julio de 2011
Alertan a CIDH sobre maltrato a migrantes	Reforma, p. 2	26 de julio de 2011

Trato a migrantes como condenados, dice CIDH. Tienen menos derechos de acceso a la justicia	El Universal, p. 15	27 de julio de 2011
---	---------------------	---------------------

ANEXO 2

REPORTE DE ENTREVISTAS

ENTREVISTA 1. COMISIONADO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DR. JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ.

Fecha: 4 de octubre de 2011

El Comisionado manifestó la preocupación constante que la Comisión IDH tiene en torno al tema migratorio. Recordó que recientemente el Relator de Derechos de Trabajadores Migratorios visitó a México y sus observaciones preliminares deben ser tomadas en cuenta por el Estado mexicano. El Comisionado comentó que no debía pronunciarse respecto al caso de México. Sin embargo, sí comentó los graves hallazgos que revela el reciente informe de la Comisión Interamericana en torno al acceso a la justicia y las condiciones de detención de migrantes en EUA.

ENTREVISTA 2. CÓNsul DE EL SALVADOR EN MÉXICO. ALFREDO DÍAZ BARREDA

Fecha: 5 de octubre de 2011

El Cónsul recordó que todos los países tenemos responsabilidad con las personas que transitan por el territorio de nuestros países. El Salvador es un país que tiene migración constante hacia México y EUA. El Salvador está muy preocupado por la situación que viven sus migrantes en México y ha realizado acciones en El Salvador para disminuir el flujo de migrantes hacia México. El Salvador en México se ha movilizado para proteger a sus migrantes pero la situación en México es conflictiva y eso ha dificultado la actividad realizada por las autoridades salvadoreñas.

ENTREVISTA 3. CONSEJERO DE ASUNTOS COMERCIALES Y CULTURALES DE LA EMBAJADA DE ECUADOR EN MÉXICO. JUAN ANTONIO VEINTIMILLA AULESTIA

Fecha: 5 de octubre de 2011

El Consejero indicó que Ecuador tiene una historia amplia y diversa en materia migratoria. Que el tema es sumamente relevante en la agenda pública del país en virtud de la cantidad de migrantes ecuatorianos que se encuentran en diferentes partes del mundo y a los cuales el gobierno de ese país tiene la obligación de proteger. El contexto mundial en relación a la temática se ha complicado y estima que la tarea es amplia. En el caso de México, la situación no es favorable para el ejercicio de derechos de migrantes y la corrupción impone límites al ejercicio de los derechos y al acceso a la justicia de migrantes.

ENTREVISTA 4. VICECÓNSUL DEL CONSULADO GENERAL DE COLOMBIA EN MÉXICO. FLOR ANGELA DURÁN

Fecha: 6 de octubre de 2011

La Vicecónsul estableció que el tema es prioritario en la agenda de ese país, el cual ha enfrentado conflictos severos y conoce, de forma diferencial, lo que México vive hoy día. El contexto marcada por la falta de seguridad y la criminalidad organizada expone a los migrantes a sufrir vejaciones en su transcurso hacia EUA. El Estado colombiano es respetuoso de las políticas que internamente México ha instaurado. Estima que la ley de migración de México ofrece nuevas garantías para los migrantes. Desde Colombia la Corte constitucional ha sentado algunos precedentes relevantes para la protección de migrantes en el territorio de este Estado.

ENTREVISTA 5. AGREGADO DE ASUNTOS CONSULARES DE LA EMBAJADA DE ARGENTINA EN MÉXICO. RAFAEL ARCÁNGEL CAÑETE

Fecha: 6 de octubre de 2011

Argentina es un país con una amplia tradición en materia de protección de derechos humanos. El Gobierno argentino está comprometido con los derechos humanos de migrantes y con el cumplimiento de sus compromisos internacionales, en virtud del mandato expreso de la Constitución. Argentina reconoce que la migración es un fenómeno que atiende a factores estructurales y que implica la responsabilidad de los países de origen y destino. Es obligación de todo país proteger a cualquier persona que se encuentre en su territorio independientemente de su calidad migratoria documentada o indocumentada.

ENTREVISTA 6. DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE PROTECCIÓN AL MIGRANTE. GRUPOS BETA. INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN. MIRIAM TOLEDANO ESQUIVEL.

Fecha: 7 de octubre de 2011

Miriam narró la aparición de los grupos Beta. En 1990 el Grupo Beta Tijuana que tiene como principal objetivo salvar la vida de los migrantes en peligro en las zonas de riesgo. Su labor arrojó resultados admirables ya que muchas vidas fueron salvadas, por lo que el INM buscó dar un mayor impulso a este proyecto. En 1994 se forma el Grupo Beta Nogales y en 1995 dos Grupos más, uno en Tecate y el segundo en Matamoros.

La importancia de los grupos beta es fundamental. Para dar un ejemplo el día de ayer (6 de octubre), el Grupo Beta rescató a 38 migrantes que habían sido abandonados por traficantes en el desierto de Sonora. Fueron rescatadas 4 mujeres procedentes de Chiapas, Michoacán, Puebla y Oaxaca y 34 hombres provenientes de Chiapas, Oaxaca, Coahuila, Durango, Guanajuato, Guerrero, Puebla, Distrito Federal y Jalisco.

Dio un dato interesante: de enero a agosto de este año, los 5 Grupos Beta de Sonora

han rescatado a 3 mil 563 migrantes.

Actualmente son 21 grupos en todo el país: 13 en la frontera norte (5 en Sonora, 3 en Baja California, 2 en Chihuahua, 2 en Coahuila y 1 en Tamaulipas); 8 en la frontera sur y Golfo de México (5 en Chiapas, 1 en Oaxaca, 1 en Tabasco y 1 en Veracruz).

ENTREVISTA 7. CAPILLA-ALBERGUE "HERMANOS EN EL CAMINO". JOSÉ ALBERTO DONIS RODRÍGUEZ (VÍA TELEFÓNICA)

Fecha: 7 de octubre de 2011

José Alberto reveló que son preocupantes los operativos que realiza el INM contra migrantes que viajan en tren ya que ponen en peligro la vida e integridad de los migrantes indocumentados. Los migrantes que viajan en tren están expuestos a múltiples peligros y sufren severos daños, los cuales en ocasiones son auspiciados por las autoridades o realizados directamente por ellos. Esto es un hecho que se conoce desde hace tiempo y el gobierno no ha realizado acciones para revertirlos. El Padre Solalinde ya ha advertido que vienen peores cosas que San Fernando y que sólo con un nuevo gobierno será posible cambiar la estrategia de seguridad.

ENTREVISTA 8. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL. LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PLACENCIA

Fecha: 7 de octubre de 2011

Preocupa mucho a esta Comisión que la actual situación de violencia e inseguridad haya potenciado las violaciones a los derechos humanos de migrantes en tránsito por México. A pesar de la emisión de una nueva Ley de Migración y de los intentos por proteger a los migrantes, México aún dista de hacerlo. La Comisión que presido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra de la situación que prevalece; asimismo ha ofrecido su apoyo a distintos ombudsmen de países centroamericanos en torno a este tema. Aunque no tenemos competencia directa en la materia, la CDHDF está siempre al pendiente y a la disposición de las personas para brindarles asistencia y orientación.

FUENTES

BIBLIOHEMEROGRÁFICAS

- AA. VV., *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM-Max Planck Institut, México, 2010, t. II.
- AA.VV., *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.
- Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2ª. ed., Madrid, 2004.
- Abregú, Martín y Curtis Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericano de Derechos Humanos: ¿Escenarios Idóneos para la garantía del Derecho de Acceso a la Justicia Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- Addiechi, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): Tendencias y desafíos”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, México, 2009.
- Alanís Enciso, Fernando Saúl, *El primer programa bracero y el gobierno de México 1917-1918*, San Luis Potosí, El Colegio de San Luis, 1999.
- Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2008.
- Alberto Bartolomé, Miguel, “Fronteras estatales y fronteras étnicas en América Latina. Notas sobre el espacio, la temporalidad y el pensamiento de la diferencia” en Velasco Ortiz, Laura (Coord.), *Migración Fronteras e Identidades étnicas transnacionales*, Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa, México, 2008.
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975.

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Almqvist Jessica y Espósito, Carlos (Coords.), *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Ándres Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- , *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2003.
- Ávila, José Luis, “La desigualdad económica. Notas para una (re) discusión”, en Di Castro, Elisabetta (coord.), *Justicia, desigualdad y exclusión. Debates contemporáneos*, UNAM, México, 2009.
- Aviña Zavala, Camila, “La migración como factor de enriquecimiento cultural”, en *Bien Común*, Año XIII, Número 155, noviembre 2007.
- Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Colección FUNDAP, Derecho, Administración y Política, México, 2003,
- Barraca Mairal, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de Filosofía Jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005.
- Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010.
- Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, UNAM, México, 1991.
- , *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006.
- , “Las nuevas fuentes del Derecho Internacional y su aplicación en el derecho interno”, en Méndez Silva, Ricardo, *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005.
- Begun, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, 1982.
- Benedetti, Miguel Ángel, *et. al., Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, t. I, 2001.

- Benencia, Roberto, “Argentina: la problemática social de la población limítrofe”, en *Comercio Exterior*, Vol. 50, Núm. 3, marzo de 2000.
- Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001.
- , “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.
- Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, t. 1, 2ª. Ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1993.
- Blanco Dávila, Juan y Murgueitio Sicard, Luis Felipe, *Política, ley y utopía*. Breviario epistolar, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.
- Blengio Valdés, Mariana, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, AMF, Montevideo, 2007.
- Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982.
- , “L’illusion du fondement absolu”, *Actes des Entretiens de l’Aquila, Institut International de Philosophie*, La Nouva Italia, Firenze, 1966.
- 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.
- Bodino, J., *Los seis libros de la república*, trad. Pedro Bravo, Aguilar, Madrid, 1973.
- Bogdandy, Armin von Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en américa latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Max Planck, Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, México, t. II, 2011.
- Bovero, Michelangelo “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, enero-abril de 2002.
- Brewer-Carías, Allan, *La Justicia Constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007.

- Brooks, Tekila, “Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte”, en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, León, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, 2000.
- Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, Barcelona, Gernika, 1996.
- Bustamante, Jorge, *El marco jurídico de la migración y derechos humanos de los migrantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- , “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*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los derechos humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, Porrúa, México, 2009.
- Caballero, Ángel, *Constitución y realidad constitucional*, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, México, 2005.
- Cadet, Jean, *La protección regional de los derechos humanos. Comparado*, Porrúa, México, 2006.
- Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Esencia y Trascendencia*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2007.
- , *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, t. I.
- Cappelletti, M. y Adams, J.C. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indiannapolis, 1971.
- Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987.
- Carbonell, Miguel (comp), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH, México, 2002.
- y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011.
- , *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

- , *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2002.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
- , Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006.
- , Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, México, 2009.
- , *Dilemas de la democracia constitucional*, Porrúa, Cámara de Diputados, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2009.
- , Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, Fontamara, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
- Carmona y Choussat, *Constituciones: Interpretación histórica y sentimiento constitucional. Cuatro ensayos sobre la organización política*, Thomson, Civitas, Navarra, 2004.
- Carnota F. Walter (coord.) *Curso de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004
- Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52, 1985.
- , *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público*, 4ª. Reimpresión, Tecnos, Madrid, 1999.
- , *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999.
- , *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48. En este sentido, también véase del mismo autor, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

- Castán Tobeñas, José, *Humanismo y derecho: el humanismo en la historia del pensamiento filosófico y en la problemática jurídico-social de hoy*, Reus, Madrid, 1962.
- Castilho, Leonardo, “Extrema Pobreza: Entre los derechos humanos y el desarrollo, un umbral mínimo para la dignidad humana”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 45, enero-junio 2007.
- Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.
- Castillo Córdova, 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.
- Cienfuegos Salgado, David (comp.), *Marbury vs Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Editora Laguna, México, 2005.
- (coord.), *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy*, Porrúa, UNAM, 2009.
- Cohen, Esther y Martínez de la Escalera, Ana María (coords.), *Lecciones de extranjería, Una mirada a la diferencia*, Instituto de Investigaciones Filológicas UNAM, Siglo XXI, México, 2002.
- 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.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes*, Jorge Bustamante, Misión a México (9 a 15 de marzo de 2008), 11º periodo de sesiones, A/HR/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009, párr. 23.
- Corcuera Atienza, Javier (Dir.), *Los Nacionalismos: Globalización y Crisis del Estado-Nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Featherstone, Mike, *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, Sage, Londres, 1991.

- Cornelius, Wayne, *et. al.* (eds.), *Controlling Immigration. A Global Perspective*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, San José, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación*, Center for Justice and International Law, Washington, 2009.
- 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.
- Cossío Díaz, José Ramón, “Los instrumentos internacionales en materia de derecho fundamentales y el principio pro homine”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, número 247, enero-junio 2007, UNAM.
- Covian Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2002.
- Cueto Rúa, Julio, *El Common Law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, La Ley, Buenos Aires, 1957.
- De la Torre Martínez, Carlos, *El Derecho a la no discriminación en México*, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.
- , “Pobreza y derechos humanos: Una relectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los derechos humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, Porrúa, México, 2009.
- De Lucas, Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- De Olloqui, José Juan, *Estudios entorno a la migración*, UNAM, México, 2001.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Lema Añon, Trotta, Madrid, 2009.

- Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.
- Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 2007.
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002.
- Desdoy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.
- Di Castro, Elisabetta (coord.), *Justicia, desigualdad y exclusión. Debates contemporáneos*, UNAM, México, 2009.
- 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, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, núm. 1, julio-diciembre de 2006, México.
- 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.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004.
- , *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 98.
- , *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- , “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.
- Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a junio de 2005), Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.
- Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, Gernika, México, 1998.

- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- 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, t. I, 2004.
- Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Francisco Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica, VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009.
- Favoreu, L. y Rubio Llorente, F., *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de Derecho constitucional)*, Civitas, Madrid, 1991.
- , “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *Mélanges Eisenmann*, Cujas, París, 1975.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. ed., Di Lex, Madrid, 2003.
- Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008.
- , *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004.
- Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “La política común de inmigración en el Tratado Constitucional Europeo”, 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.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., trads. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2004.
- , “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, UNAM, México, 2005.

- , “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011.
- , “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, UNAM, México, 2005, t. I.
- 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. II: Tribunales Constitucionales y Democracia, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.
- y ----- (coords.), *Procesos Constitucionales, Memoria del Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, Fontamara, México, 2008.
- Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional, Adrus, Lima, 2009.
- , “El Juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965.
- , *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2001.
- , *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1999.
- Fortín Magaña, René, *Constituciones iberoamericanas. El Salvador*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006.
- Garaudy, Roger, *Ideología y Utopía. El hombre del Siglo XXI en crítica de la Utopía*, UNAM, México, 1971.

- García Becerra, José Antonio, *Los medios de control constitucional en México*, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, Culiacán, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1994.
- García Manrique, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México, 2007.
- García Méndez, Emilio, “Diritti umani: origine, senso e futuro. Riflessioni per una nuova agenda”, *Ragion Pratica*, No. 26, giugno 2006, il Mondo.
- García Morelos, Gumesindo, *Control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, Ubijus, México, 2010.
- García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, en *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, La Habana.
- García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., UNAM, México, 2006.
- (coordinador de la obra), *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, Méndez Silva, Ricardo (Coord. t. II.) *Derecho Internacional*, UNAM, Porrúa, México, 2010.
- y Morales Sánchez, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, 13, 2009.
- y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, UNAM, Porrúa, 2011.
- , “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 32-33, San José.
- , “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.
- , “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, año 12, t. II, 2006.
- , *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.

- , *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002.
- , *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004.
- , *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, 2005.
- García y Griego, Manuel, *México y Estados Unidos de América frente a la migración de los indocumentados*, México, Porrúa, 1990.
- Gargarella R. (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Gedisa, Yale Law School, Universidad de Palermo, Barcelona, 1999.
- Gastélum Gaxiola, María de los Ángeles, *Migración de trabajadores mexicanos indocumentados a los Estados Unidos*, México, UNAM, 1991.
- Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política, integración de la diversidad e identidades sociales*, UNAM, 2008.
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 5ª. Ed., UNAM, México, 2008.
- , “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998” en *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003.
- , Alonso, *Temas selectos de Derecho Internacional*, 4ª ed., UNAM, México, 2003.
- 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, UNAM, 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.
- González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- González de la Vega, René, *Justicia e Ideología*, México, UNAM, 2005.
- González Morales, Felipe, “La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano”, en Almquist Jessica y Espósito, Carlos (coords.), *Justicia*

- Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Gottheil, Julio, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- Grimm, Dieter, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, en Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 2007.
- Gros Espiell, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.
- Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudio de Teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Gustavo Ferreira, Raúl, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- Gutiérrez, Daniel (coord.), *Multiculturalismo: perspectivas y desafíos*, El Colegio de México, UNAM, Siglo XXI, México, 2006.
- Gutiérrez Castañeda, Griselda, “Identidad, Ciudadanía y Cultura Política”, en Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política, integración de la diversidad e identidades sociales*, UNAM, México, 2008.
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- , *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Lima, Lima, 1997.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, trad. De M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- Hammerly Dupuy, Daniel, *Gestación y nacimiento de un mundo mejor. Las utopías frente al pasado, el presente y lo futuro*, Kier, Buenos Aires, 1944.
- Haro, Ricardo, *Constitución, Poder y Control*, UNAM, México, 2002.

- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 39, San José, enero-junio de 2004.
- Herdegen, Mathias, *Derecho internacional público*, UNAM-Konrad Adenauer, México, 2005.
- Hernández Gil, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.
- Hernández Valle, Rubén, *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- Hidalgo, Francisco (ed.), *Migraciones: Un juego con cartas marcadas*, ABYA YALA, Quito, 2004.
- Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- , “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009.
- Ianni, Octavio, *La sociedad global*, 5ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2007.
- Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías étnicas y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 1995.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las Sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.
- Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, 2002.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Leonor Calvera, Leviatán, Buenos Aires, 1981.
- Kliksberg, Bernardo (comp.), *La agenda ética pendiente de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Inter-American Development Bank, Buenos Aires, 2005.
- Kloos, Peter y De Silva, Purnaka: *Globalization, localization and vilence. An annotated bibliography*, VU University Press, Amsterdam, 1995.
- Kolnai, Aurele, *Critica de las utopías políticas*, Ateneo, Madrid, 1959.
- Kotzur, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus,

- De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003.
- Küng, Hans, *Una ética mundial para la economía y la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, UNAM, México, 2003.
- y Norman, Return of the Citizen: A survey of Recent Work on Citizenship Theory, *Ethics* 104, 1994.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, IIDH, San José, 1986.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986.
- La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, t. III, 1993.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª. Edición, Ariel, Barcelona, 2002.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª. Ed., 4ª. Reimp., trad. Castellana de A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986.
- Londoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 128, mayo-agosto 2010.
- Loñ, Félix y Morillo, Augusto, *Lecturas de la Constitución*, Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Librería editora Platense, Buenos Aires, 2003.
- López Durán, Rosalio, “De la reducción a la complejidad: acercamiento a una perspectiva de las teorías del proceso cognoscitivo” en AA.VV. *Epistemología y Derecho*, UNAM, Posgrado en Derecho, Instituto de Investigaciones Económicas, México, 2009.
- , *Metodología Jurídica*, Iure Editores, México, 2007.
- 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*, Universidad de Navarra, XIX, Pamplona, 2003.
- Los retos para la política exterior de México en la actual coyuntura*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004.

- Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. Marcela Anzola Gil, Dykinson, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002.
- Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985.
- 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.
- Magallón Gómez, M. Guillermina, “Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo-agosto, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- Manili, Pablo Luis, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002.
- Mannheim, Karl, *Ideología y Utopía*, trad. Eloy Terrón, Aguilar, Madrid, 1966.
- Marina, José Antonio y De la Válgoma, María, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Barcelona, 2000.
- Maritain, Jacques, *Humanismo integral*, 2ª ed., Ediciones Palabra, Madrid, 2001.
- Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Anchor, New York, 1950.
- Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José Antonio (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara/Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, 2006.
- Martínez Moran, Narciso (ed.), *Utopía y realidad de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999.
- Melgar Adalid, Mario (coord.), *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en Estados Unidos*, CNDH, UNAM, México, 2004.
- , “Los derechos humanos de los emigrantes mexicanos en los Estados Unidos, una resolución desconocida de la ONU” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho*

- internacional de los derechos humanos. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2008, t. I.
- , “La Suprema Corte de Estados Unidos ante el fenómeno migratorio”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio 2011, número 24, pp. 109-139.
- Memoria Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.
- Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , *Derecho internacional de los derechos humanos. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2008, t. I.
- , “Fronteras”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni Editores, México, t. V, 2006.
- , “La iniciativa 187 del Estado de California, Estados Unidos de América, sobre migrantes indocumentados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie año XXVIII, número 82, enero-abril 1995.
- , *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005.
- , *The international protection of migrant workers*, Tel Aviv, Israel Yearbook on Human Rights, Faculty of Law, Tel Aviv University, 1982.
- Méndez y Mercado, Leticia Irene, *Migración: decisión involuntaria*, Instituto Nacional Indigenista, México, 1985.
- Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

- Montecino Giralt, Manuel Arturo, *El amparo en El Salvador*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005.
- Morales Sánchez, Julieta, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pena de muerte: el caso Medellín vs Texas”, en *Serie de Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, t. I., Instituto Estatal de Ciencias Penales, Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Congreso del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2010.
- , “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, pp. 109-147.
- , “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.
- , “México frente a la migración: evolución legislativa y Derecho Internacional”, en García Ramírez, Sergio (coordinador de la obra), *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, Méndez Silva, Ricardo (Coord. t. II.) *Derecho Internacional*, UNAM, Porrúa, México, 2010.
- , “Derechos humanos y tortura. Una perspectiva comparada entre México y España”, en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy*, Porrúa, UNAM, 2009.
- Moreno, Isidoro, “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, en Corcuera Atienza, Javier (Dir.), *Los Nacionalismos: Globalización y Crisis del Estado-Nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987.
- 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.

- , “El concepto de derechos humanos,” en Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, t. I.
- Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra, Lima, 2006.
- , *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- OIM, 2008, *World Migration Report. Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy*. IOM World Migration Report Series Vol. 4, IOM, Geneva.
- Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001.
- Ortiz Gutiérrez, Julio, “La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.
- Osuna Patiño, Néstor, *Constituciones iberoamericanas. Colombia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson, Civitas, Pamplona, 2007.
- Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Trotta, Madrid, 2006.
- Patiño Manffer, Ruperto y Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles (coords.), *Derecho penal. Temas de actualidad*, Tópicos relevantes de la ciencia jurídica, Porrúa, UNAM, México, 2010.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- , *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- , *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007.
- Pedro Sagués, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001.

- Pells, Richard, “Existe el McMundo?”, en *Istor*. Año III, Número 11, Invierno, 2002.
- Pérez García, Nancy, “Cruces en la frontera: Migración indocumentada y muertes en la frontera” en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Migrantes*, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, México, 2005.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- Pérez Tapias, José Antonio, *Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- Peza Escalante, Rodolfo, “La jurisdicción constitucional costarricense”, *Justicia constitucional comparada*, UNAM, México, 1993.
- 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.
- Plan Comunicación, Migración y Desarrollo, 2003. *Causas del reciente proceso emigratorio ecuatoriano*, Cartillas sobre Migración, Enero 2003, N. 3, Quito.
- Pogge, Thomas, (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right, Who owes what to the very poor?*, New York, Oxford University Press, UNESCO, 2007.
- Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 1989.
- Pozo Serrano, Pilar, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, XVII, 2001.
- 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.
- Prieto Álvarez, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson, Civitas, Caja de Burgos, Navarra, 2005.

- Prieto Álvarez, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson, Civitas, Caja de Burgos, Navarra, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” en Carbonell, Miguel (comp), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH, México, 2002.
- Pritchard, Justin, *A Mexican Worker Dies Each Day, AP Finds, NEWSDAY*, March 14, 2004.
- Proceso Legislativo de la Ley General de Población*, México, XLIX Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1973.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara.
- Quel Lopez, Francisco Javier, “La protección internacional de los derechos humanos: Aspectos Generales” en Fernández de Casadevante Romani, Carlos (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. ed., Di Lex, Madrid, 2003.
- Ramírez F. y Ramírez, J., “La estampida migratoria ecuatoriana” en G. Solfrini (ed.), *Tendencias y efectos de la emigración en el Ecuador: Características de la nueva ola Emigratoria*. ALISEI-Unión Europea, Quito, 2005.
- Ramos Rivera, José Luis, “Estado de necesidad en la legislación penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXIII, número 69, mayo-agosto, 1990, México.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971; y *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- 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.
- Revelo, Jairo, “Los Tratados Internacionales como Criterio de Interpretación de los Derechos Fundamentales Constitucionales en el Ordenamiento Español”, en *Revista Derecho del Estado*, número 11, diciembre 2001.

- Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.
- Robertson, Roland, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, Londres, 1992.
- Robles, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982.
- Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, Oxford University Press, México, 1999.
- 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*, México, Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey, 2005.
- Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995.
- Rolla, Giancarlo, “La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina”, 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. II: Tribunales Constitucionales y Democracia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.
- Rosales, José María, *Patriotismo, Nacionalismo y Ciudadanía: en Defensa de un Cosmopolitismo Cívico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Rubio Carracedo, José, “Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos”, en Rubio Carracedo, José, Rosales, José María y Toscano Méndez, Manuel, *Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2000.
- Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “Sobre el concepto de igualdad”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” en Fix-Zamudio, Héctor, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. II.

- Ruperto Patiño Manffer y Alma Ríos Ruiz (coords.), *Derecho penal. Temas de actualidad*, Colección Tópicos relevantes de la ciencia jurídica, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, México, 2010.
- Saba, Roberto, “Discriminación, Trato igual” e inclusión”, en Abregú, Martín y Courtis Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Sagiés, Néstor Pedro, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- , “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano” en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en américa latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Max Planck, Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, México, t. II, 2011.
- Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.
- Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad” en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Max Planck, Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, México, t. II, 2011.
- Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía de la praxis*, Siglo XXI, México, 2003.
- Santa Pinter, José J., *Sistema del derecho anglosajón*, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- Santiago Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astera, Buenos Aires, 2005.
- Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001.

- Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.
- Seara, Modesto, *Derecho internacional público*, 16ª ed., Porrúa, México.
- Sen, Amartya, *Development as freedom*, Oxford, University Press, 1999.
- Sepúlveda, César, “La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno”, *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, no. 45, septiembre-diciembre de 1962, México.
- Serret, Estela, *Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia*, Cuadernos de la igualdad número 6, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2006.
- 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.
- Sunstein, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 2ª. ed., Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- Todorov, Tzvetan, *El hombre desplazado*, trad. Juana Salabert, México, Taurus, 2008.
- 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.
- 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.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, 1985.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia 1988-2002*, Cortes Generales, Madrid, 2003, t. I.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Compilación de jurisprudencia nacional e internacional, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. 1, 2000.
- Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, Temas de hoy, Madrid, 2002.

- Valdúeza Blanco, Ma. Dolores, *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Lex Nova, 2008.
- Vallarta Plata, José Guillermo, *La protección de los derechos humanos. Régimen Internacional*, Porrúa, México, 2006.
- Varela Suanzes, Joaquín (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Vasconcelos Méndez, Rubén, *Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia Constitucional y democracia en México*, UNAM, México, 2010.
- Velasco Ortiz, Laura (Coord.), *Migración Fronteras e Identidades étnicas transnacionales*, Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa, México, 2008.
- Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 2a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1957.
- Victal Adame, Oscar, *Derecho Migratorio mexicano*, Universidad Anáhuac del Sur, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.
- Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008.
- Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008.
- West, Robin, *Género, teoría y derecho*, trad. Pedro Lama Lama, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.
- Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª. ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007.
- Zolo, Danilo (ed.), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità diritti*, 2ª. Ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- Zovatto, Daniel, *et. al., Argentina: Una sociedad anómica. Encuesta de cultura constitucional*, UNAM, Asociación Argentina de Derecho constitucional, Idea Internacional, México, 2005.

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

CONSULTIVA

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.

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.

y Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984.

Opinión Consultiva OC-5/85, *Colegiación obligatoria de periodistas* del 13 de noviembre de 1985.

Opinión Consultiva OC-6/86, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrs. 26-30 y 35.

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.

Opinión Consultiva OC-7/86, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986.

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.

Opinión Consultiva 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.

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.

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.

Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002.

Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.

CONTENCIOSA

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150.

Caso Neira Alegría y otros, sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C número 20.

Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5.

Caso Lori Berenson Mejía, sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 119.

Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 52.

Caso Bulacio, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 99.

Caso del Caracazo, sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), Serie C No. 95.

Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 99.

Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70.

Caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C No. 68.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Sentencia de 5 de julio de 2006 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 150.

Caso González y otras (“Campo algodonero”), sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 540.

Caso Vélez Loor, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 21.

Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 72.

Caso Escué Zapata, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 165.

Caso Zambrano Vélez, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 166.

Caso Albán Cornejo y otros, Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 171.

Caso Kawas Fernández, Sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 196.

Caso de la Masacre de la Rochela, Sentencia de 11 de de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 163.

Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 147.

Caso de las Masacres de Ituango, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 148.

Caso del Penal Miguel Castro Castro, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 160.

Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C No. 68.

Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70.

Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 99.

Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4.

Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5.

Caso Neira Alegría y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C No. 20.

Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 52.

Caso del Caracazo, Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), Serie C No. 95.

Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100.

Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 134.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 140.

Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 101.

Caso Hermanos Gómez Paquiyaury, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110.

Caso Servellón García, Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 152.

Caso Radilla Pacheco, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 209.

Caso Fernández Ortega y otros, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 215.

Caso Rosendo Cantú y otra, Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 216.

Caso Cabrera García y Montiel Flores, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 220.

Caso Bueno Alves, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 164.

Caso Bayarri, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 170.

Caso Ticona Estrada y otros, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 191.

Caso Salvador Chiriboga, Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), Serie C No. 179.

Caso Yvon Neptune, Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 180.

Caso Reverón Trujillo, Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 197.

Caso de las niñas Yean y Bosico, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 130.

Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm 149.

Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Fondo Reparaciones y Costas), Sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamín, excepciones preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001.

Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 41 y *caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs Perú, sentencia de 8 de julio de 2004.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamín, excepciones preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001.

Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Casos contra Honduras Caso Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi y Solís Corrales, sentencias de 28 de julio de 1988, 20 de enero de 1989 y 15 de marzo de 1989 respectivamente, párr. 30.

Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Panorama Social de América Latina 2010,
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/41799/PSE2010-Cap-I-pobreza-preliminar.pdf>.

Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe. Síntesis y conclusiones, LC/G.2303(SES.31/11), CEPAL, 9 de marzo del 2006.

Una visión de género es de justicia, <http://www.scribd.com/doc/2561540/una-vision-de-genero-esp>.

Agencia Española de Cooperación Internacional,
http://www.mueveteporlaigualdad.org/docs/una_vision_de_genero_esp.pdf

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

10 criterios básicos para eliminar el lenguaje sexista en la administración pública federal,
CONAPRED, 2007, <http://www.pueblacapital.gob.mx/work/sites/pue/pdf/10.pdf>.

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*, http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf

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

Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*, <http://conapred.org.mx/depositobv/M0002-01.pdf>;

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

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

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

Informe sobre las migraciones en el mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2010, pp. 3 y 4. http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf.

Declaración del Milenio, <http://www.objetivosdelmilenio.org.mx/>

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>

Foro Global sobre Migración y Desarrollo (Bruselas, 9 - 11 de Julio, 2007) *Migración forzada y desarrollo*, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5152.pdf>

A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, Informe Relator, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement>

A/HRC/15/L.8/Rev.1, 28 de septiembre de 2010, Consejo de Derechos Humanos 15° período de sesiones, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G10/165/06/PDF/G1016506.pdf?OpenElement>. de 2009 y 64/166 de la Asamblea, de 18 de diciembre de 2009.

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).

Acuña, Guillermo, Li Wing-Ching, Karina y Morales, Abelardo, *Migración y salud en zonas fronterizas: Colombia y el Ecuador*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile, septiembre de 2010, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/42070/lc13247-P.pdf>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2008. Human Development Indices: A statistical update 2008-HDI rankings, <http://hdr.undp.org/en/statistics/>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicados de prensa, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/105-11sp.htm> y <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/82-11sp.htm>.

Recomendaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Visita a México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/82-11sp.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/21-11sp.htm>

Perfil Migratorio de Ecuador, Organización Internacional de las Migraciones, Quito, 2008, http://publications.iom.int/bookstore/free/ecuador_profile.pdf.

Ratha, D. y Z. Xu, 2008. *Migration and Remittances Factbook*, Migration and Remittances Team, Development Prospects Group, World Bank, www.worldbank.org/prospects/migrationandremittances.

Instituto Nacional de Estadísticas de España (INE) 1998, 2004. *Anuario Estadístico de España 1998 y Anuario Estadístico de España 2004*, Madrid. http://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuarios_mnu.htm.

Centro de Investigación y Apoyo al Migrante ecuatoriano, Migración y Remesas 2007, http://www.utpl.edu.ec/ciame/index.php?option=com_content&task=view&id=41&Itemid=30.

Centro Centroamericano de Población, Universidad de Costa Rica, <http://ccp.ucr.ac.cr/>.

Morales Gamboa, Abelardo, *Inmigración en Costa Rica: características sociales y laborales, integración y políticas públicas*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la CEPAL 85 población y desarrollo, S E R I E Santiago de Chile, agosto de 2008, Vertientes migratorias, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/34570/lcl2929-P.pdf>.

VI Censo de Población y V de Vivienda 2007, <http://www.censos.gob.sv/util/datos/Resultados%20VI%20Censo%20de%20Población%20V%20de%20Vivienda%202007.pdf>.

Datos Dirección General de Estadística y Censos, obtenidos en: CELADE-División de Población, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Investigación de la Migración Internacional en Latinoamérica (IMILA)*, <http://www.eclac.cl/migracion/imila/>.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Boletines de Prensa 340/2010, 373/2010, 379/2010, 409/2010, 410/2010, 23/2011, 30/2011, 64/2011, 79/2011, 163/2011, 164/2011, 198/2011, 269/2011, 270/2011, 122/2011, 114/2011, <http://www.cd hdf.org.mx/index.php/boletines?start=70>.

Encuesta de Ingresos y Gastos de los Hogares 2005-2006, <http://www.censos.gob.sv/util/datos/PUBLICACION%20ENIG%20MAYO2008.PDF>.
<http://www.pnud.org.sv/2007/content/view/71/160/>.
<http://www.census.gov/>.

Censo Nacional de Población y Vivienda 2010, <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo14&s=est&c=27506>.

SALAS, CORTES Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Corte Suprema de Justicia de Argentina: <http://www.csjn.gov.ar/>

Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador: <http://www.csj.gob.sv/salaconstitucional.html>

Corte Constitucional de Ecuador: www.corteconstitucional.gov.ec/

Suprema Corte de los Estados Unidos de América: <http://www.supremecourt.gov/>

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos: www.scjn.gob.mx/