

Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos

DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS

Julieta Morales Sánchez



DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

2016

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autora y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

PRIMERA EDICIÓN:

agosto, 2016 (CD)

**ISBN COLECCIÓN SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS (CD):**

978-607-729-279-1

PRIMERA EDICIÓN:

noviembre, 2011

TERCERA REIMPRESIÓN:

noviembre, 2015

ISBN OBRA COMPLETA:

978-607-8211-06-7

ISBN:

978-607-8211-09-8

**D. R. © COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Periférico Sur 3469,
esquina con Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, Ciudad de México

DISEÑO DE LA PORTADA:

Irene Vázquez del Mercado Espinosa

DISEÑO DE INTERIORES:

H. R. Astorga

FORMACIÓN DE INTERIORES:

Ericka Toledo

Impreso en México

CONTENIDO

<i>Presentación</i>	7
I. Nota introductoria	13
II. Migración	16
III. Situación actual de la migración internacional	19
IV. La migración en América	25
V. Derecho, migración y derechos	26
VI. Dignidad humana y migración	28
VII. Breve referencia al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	31
VIII. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y migración	32
IX. Corte Interamericana de Derechos Humanos y migración	34
1. Legalidad material y formal	37
2. Naturaleza especial de los tratados internacionales de derechos humanos e instrumentos sobre derechos de migrantes	38
3. Derecho penal mínimo y derecho penal de conducta	41
4. Seguridad nacional, "seguridad pública" y migración	44
5. Igualdad y no discriminación	46

6. Derecho a la vida	48
7. Uso legítimo de la fuerza y límites al ejercicio del poder público	50
8. Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes	53
9. Asistencia consular	55
10. Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados	56
11. Derechos a la nacionalidad, al nombre y a la personalidad jurídica	58
12. Debido proceso y garantías judiciales	59
X. Nota prospectiva y conclusiones	62
XI. Bibliografía	65

PRESENTACIÓN

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce que la labor de difusión y fomento del respeto a los derechos humanos es importante y urgente por lo que continúa creando conciencia sobre la existencia de los mismos y la necesidad de que sean respetados. En su interés está elevar el nivel nacional de su protección para salvaguardar la libertad y la dignidad de las personas, cumpliendo con su tarea de difusión a través de la presente colección que hoy entrega a la sociedad.

Nuestro país ha dado en los últimos años pasos significativos en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ratificar un número muy significativo de tratados internacionales y aceptar la competencia de diferentes órganos internacionales de protección, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como organismo no jurisdiccional y cuya función está vinculada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tribunal que constituye la culminación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, resultando ambas instancias complementarias o subsidiarias de la misión que primordialmente compete a los Estados.

La Comisión IDH y la Corte IDH se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión IDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia. Fue el primer órgano tutelar de derechos en el sistema interamericano, iniciando su actividad en 1960. Han sido relevantes los estándares fijados por la Comisión IDH, ya que desde la interpretación que ese organismo ha dado a la Convención Americana y a otros

instrumentos internacionales, es posible establecer una mejor protección de los derechos fundamentales.

Si bien México es parte de la Convención Americana desde el 24 marzo de 1981, reconoció la competencia de la Corte IDH hasta el 16 de diciembre de 1998. La Corte IDH es el órgano jurisdiccional instituido para la protección de los derechos humanos en el continente. La propia Corte IDH ha señalado que, ante todo y principalmente, es una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte posee facultades de naturaleza preventiva y ejecutiva, de las que resulta, en el caso de las primeras, medidas provisionales cuando exista una situación de extrema gravedad y urgencia en que sea preciso proteger derechos contra ataques que pudieran acarrear consecuencias irreparables para las personas.

La Corte IDH, en ejercicio de sus funciones contenciosa, consultiva y cautelar, ha aportado una gran variedad de criterios en materia de derechos humanos derivada de su interpretación de la Convención Americana y de otros tratados. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones internacionales al ordenamiento interno, es importante acudir a la jurisprudencia o doctrina fijada por ella, misma que por su amplitud y riqueza, debe ser conocida con detalle para comprender y desentrañar cómo, desde los pronunciamientos que hace en los casos que se someten a su conocimiento, interpreta los instrumentos internacionales, estableciendo estándares para la mejor protección de los derechos.

Del conocimiento de los casos que se han sometido a su jurisdicción, la Corte IDH ha analizado una gran variedad de temas del catálogo de derechos. De igual manera, ha conocido casos de todos los países que han reconocido la competencia de la Corte, dictando sentencias que han tenido un muy positivo cumplimiento, que se ha traducido en cambios normativos, en mejoramientos en los sistemas de protección y en mecanismos de reparaciones.

Respecto a los criterios o jurisprudencia que deriva de las sentencias de la Corte IDH, varios tribunales constitucionales de

Latinoamérica consideran que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH deben ser reconocidos por los Estados.

En México, en un primer momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que son criterios vinculantes de la Corte IDH los derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y son criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.* Sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para México con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre y cuando su aplicación resulte más protectora de los derechos de las personas de conformidad con el artículo 16. constitucional.

Lo anterior, enmarca la importancia del estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de las funciones de sus órganos y de los mecanismos de protección, como son las peticiones y casos que pueden culminar con una sentencia, informe o recomendación; así como el análisis de los criterios emitidos sobre temáticas de derechos humanos de mayor impacto en la región.

La Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ocupa de una gran variedad de temas del catálogo de derechos que se han sometido al conocimiento de los organismos que lo integran. En este caso, la Colección se integra con los siguientes títulos:

- 1) *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 2) *Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

* SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

- 3) *El trámite de casos individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 4) *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.*
- 5) *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 6) *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.*
- 7) *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 8) *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano.*
- 9) *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 10) *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 11) *La Convención Americana sobre derechos Humanos. Reflexiones generales.*
- 12) *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 13) *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental.*
- 14) *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 15) *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 16) *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.*
- 17) *Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 18) *¿Superposición de las reparaciones otorgadas por comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos*

humanos? Una aproximación a la realidad interamericana.

- 19) *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional.*
- 20) *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano.*
- 21) *La pena de muerte en el Sistema Interamericano: aproximación jurídica-filosófica.*
- 22) *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.*
- 23) *Guía de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 24) *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos.*
- 25) *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 26) *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario.*
- 27) *Las garantías judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 28) *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH.*
- 29) *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores—a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas—pretende difundir la cultura de los derechos humanos entre todas las personas, esto supone fortalecer el conocimiento de los diferentes derechos, su exigibilidad y empoderamiento. Asumimos el compromiso de generar ese diálogo necesario con la sociedad civil quien es el destinatario y actor idóneo para que germinen y prosperen los derechos en nuestro país con base en su plena exigencia y reivindicación.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de los títulos señalados.

*Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Actualmente, una de las realidades más complejas que se viven es la migración, la cual plantea retos sobresalientes para el derecho y para los derechos.¹

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. Este grupo de personas es víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos durante su estancia, aseguramiento y repatriación. Aunado a lo anterior, tómese en cuenta que la mayoría de migrantes irregulares se trasladan en condiciones infrahumanas y de clandestinidad.

Es pertinente precisar que los Estados tienen la potestad soberana de regular sus fronteras, determinar sus políticas de migración y deportar a migrantes irregulares; nada de lo que aquí se diga debe entenderse en sentido contrario. 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 una nacionalidad, 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 independientemente de su situación migratoria.

¹ Sobre el concepto, características y fundamentación del término “derechos humanos” véase, entre otros: Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*; Mauricio Beuchot, *Derechos humanos. Historia y filosofía*; Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*; Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, y Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*.

A pesar de los grandes avances en la protección de los derechos humanos, es indudable que dichos derechos le son “negados” a un conjunto de personas que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.² Hay quienes sostienen que los derechos humanos fueron “concebido(s) como una tabla de mínimos”, pero, en múltiples ocasiones, parecen ser una tabla de “máximos que casi nadie alcanza”.³

A nivel mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha constatado la ofensiva desigualdad prevalente en el planeta.⁴

Sin duda, la pobreza es *causa* de violación de los derechos humanos: quienes viven en condiciones de pobreza son más susceptibles a sufrir violaciones de sus derechos. La pobreza es también *consecuencia* de la violación de los derechos humanos; en efecto, la negativa, la limitación o el menoscabo de derechos como el trabajo, un salario adecuado, la salud, la educación o la vivienda digna implican que quienes experimentan estas restricciones se vean “condenados” a la po-

² Cf. Thomas W. Pogge, “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti, coords., *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, p. 27.

³ Cf. Amelia Valcárcel, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*, p. 67.

⁴ “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 del 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*”. 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. 19 de marzo de 2011. En este mismo sentido, cf. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe de Desarrollo Humano 2010. La verdadera riqueza de las naciones. Caminos al desarrollo humano*. http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_ES_Complete_reprint.pdf. 19 de marzo de 2011.

breza.⁵ La pobreza, el desempleo y el subempleo constituyen claramente algunas de las causas estructurales de la migración.

Las complicaciones actuales de la economía introducen factores relevantes para la complejidad del fenómeno migratorio. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en 2009 esta zona geográfica experimentó una caída del producto por habitante del 3 % en el contexto de una crisis internacional generalizada. También se produjo un deterioro de la situación laboral, con una caída de la tasa de ocupación del 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.⁶

Frente a las realidades anteriores se requiere contribuir a la generación de respuestas o posibles respuestas a una problemática migratoria que, lejos de disminuir, amenaza con agravarse. La dinámica migratoria actual muestra que el número de migrantes indocumentados aumenta, aunque persistan y se endurezcan las medidas para su detención y se incrementen las violaciones a sus derechos.

En este marco, existen 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. Aquí se inserta el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que se ha pronunciado en forma clara y enfática—considerando que se trata de casos paradigmáticos— res-

⁵ 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*, p. 33.

⁶ Comisión Económica para América Latina, *Panorama social de América Latina 2010*. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/41799/PSE2010-Cap-I-pobreza-preliminar.pdf>. 19 de marzo de 2011. Cf. Comisión Económica para América Latina, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe. Síntesis y conclusiones*, LC/G.2303(SES.31/11), 9 de marzo de 2006, p. 1.

pecto de la situación migratoria actual. Sin embargo —hay que reconocerlo—, el proceso de posible recepción o diálogo entre la jurisdicción nacional e internacional no siempre es fácil ni fluido. Algunos Estados 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 vigentes al 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 a normas de *jus cogens*.⁷

II. MIGRACIÓN

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 acentuado algunas problemáticas específicas en torno a ella.

La migración es, actualmente, un fenómeno complejo por heterogéneo y plural.⁸ 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

⁷ Normas imperativas de Derecho internacional que vinculan todos los Estados independientemente de la ratificación de instrumentos internacionales. Para profundizar sobre el papel de las jurisdicciones internacionales en la protección de migrantes *cf.* Julieta Morales Sánchez, “Protección de los derechos humanos de migrantes por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y perspectivas”, en Julieta Morales Sánchez *et al.*, coords., *La migración en perspectiva. Fronteras, educación y derecho*, pp. 291-334.

⁸ No existe un tipo homogéneo de migrantes; los proyectos migratorios no son unívocos, sino que varían de 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 redes de 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 movimientos migratorios, es decir, los factores de impulso (desde el origen) y de atracción (desde el destino).

se asentarán un par de ejemplos que den un panorama somero y general sobre la complejidad de la migración en el continente americano durante la historia reciente.

Las constantes dictaduras y golpes de Estado del siglo XX en América ocasionaron la migración de población 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 años setentas y ochentas. Además de la migración por motivos económicos existen fenómenos que dan origen al “desplazamiento interno”; una clara muestra de esta situación motivada por los grupos de la delincuencia organizada se encuentra en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó en Colombia. Como es perceptible las causas de la migración son múltiples.

La migración está constituida por los movimientos de población, que pueden ser tanto nacionales como internacionales, individuales o colectivos, voluntarios o forzosos, temporales o definitivos.⁹

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 este último, que comporta la posibilidad de retornar al país de origen.¹⁰

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 el propósito de residir en él.¹¹ En la presente investigación se manejará el término genérico de “migración” y “migrantes”, ya que se entiende que en toda persona se reúnen estas dos calidades (una persona emigra de un país para inmigrar a otro).

⁹ Stephen Castles y Mark Miller, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, p. 19.

¹⁰ Cf. Helena Olea, “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*, t. I, p. 15.

¹¹ Definiciones obtenidas del glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana que infra se analizará.

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 (artículo 22.2). Así, se consagra el derecho a emigrar, pero no a inmigrar. 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.

Se puede clasificar a la migración en dos grandes rubros: migración regular o documentada y migración irregular o indocumentada.¹² El artículo 5, inciso a), de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares 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), 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.

Así, la migración irregular se realiza incumpliendo con las disposiciones legales establecidas por la normativa interna del país receptor o de tránsito.

¹² 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 señala que “por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor”. En el presente trabajo se estima inadecuada la utilización del término “ilegal” para referirse a la migración irregular o indocumentada, en virtud de que el término tiene una connotación peyorativa y es poco estricto desde el punto de vista jurídico.

III. 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 estos 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.

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.

Ante una globalización¹³ “desmedida”, los seres humanos hemos sido incapaces de prever y controlar el fenómeno migratorio. Si bien es cierto que 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,¹⁴ ya que 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 este contexto podría pensarse que la globalización no prioriza el goce y ejercicio de los derechos humanos. Así, se afirma que “lejos de homogeneizar la condición humana... tiende a polarizarla”.¹⁵

De otro lado también puede sostenerse que la globalización ha permitido la internacionalización de los derechos humanos y sus garantías. En este sentido, se estima adecua-

¹³ Para profundizar sobre este punto cf. Marcos Kaplan, *Estado y globalización, passim*; Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 13-27; Octavio Ianni, *La sociedad global*, pp. 71-83, y René González de la Vega, *Justicia e ideología*, pp. 325-342.

¹⁴ Mientras que en la Unión Europea el tránsito de personas entre los Estados miembros es esencial; no se pueden olvidar los problemas que se generan con la entrada irregular a su territorio de individuos que no pertenecen a la Unión.

¹⁵ Zygmunt Bauman, *La globalización. Consecuencias humanas*, p. 28.

do retomar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba:

La globalización no tiene por qué 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 cómo 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.¹⁶

Ahora bien, 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 tres perspectivas diferentes:¹⁷ la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural¹⁸ y la teoría de sistemas migratorios.¹⁹ Para los efectos de este estudio se considera importante mencionar 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.²⁰

El Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2008 de la Organización Internacional para las Migraciones²¹ indicó que

¹⁶ Gregorio Peces-Barba, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, p. 191. Énfasis agregado.

¹⁷ Cf. S. Castles y M. Miller, *op. cit.*, n. 9, pp. 34-43.

¹⁸ 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.*

¹⁹ 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.*

²⁰ *Idem.*

²¹ Creada el 5 de diciembre de 1951, la Organización Internacional para las Migraciones es un organismo internacional intergubernamental con sede central en

“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”.²² El Informe 2005²³ estableció, en términos generales, que los migrantes son un beneficio para los países receptores y no una carga, como algunas políticas pretenden evidenciar. En 2005 los migrantes representaban 2.9 % de la población mundial (entre 185 y 192 millones de personas), en 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 —sostiene el Informe 2010—, aunque cualquier estadística implica un posible subregistro ante el carácter clandestino de la migración indocumentada.²⁴

La crisis financiera internacional que se inició en Estados Unidos de América 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.²⁵

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.²⁶

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, se continuará poniendo a prueba la capacidad de los Estados para gestionar sus fronteras y hacer frente a las complejidades de la mi-

Ginebra, Suiza.

²² *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2008*, Organización Internacional para las Migraciones. <http://www.iom.int/jahia/Jahia/newsArticleEU/lang/es/cache/offonce?entryId=20343>. 20 de marzo de 2011.

²³ *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2005*, Organización Internacional para las Migraciones. <http://www.hispanicprwire.com/news.php?l=es&id=4391&cha=11>. 20 de marzo de 2011.

²⁴ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*. Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2010, pp. 3 y 4. http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf. 27 de marzo de 2011.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*.

gración irregular. En este contexto, será preciso contar con sistemas más eficaces para equilibrar la oferta y la demanda en el mercado laboral.²⁷

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”.²⁸

En múltiples países se pueden constatar, cotidianamente, violaciones a los derechos humanos de migrantes; violaciones flagrantes y sistemáticas; violaciones que generalmente quedan impunes.

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 los migrantes.

Frente a la realidad migratoria, diversas instancias internacionales han reafirmado la urgencia de defender, garantizar y proteger los derechos humanos de los migrantes.²⁹

En su Informe 2010,³⁰ el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, señaló

²⁷ Aunque hay que precisar que “la inmigración internacional es un proceso social y político complejo que no puede ser reducido a la operación de las leyes del mercado”. Boaventura De Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, p. 363.

²⁸ *Idem*.

²⁹ La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su momento, expresó 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. Resolución 1999/44, del 27 de abril de 1999. La Comisión para América Latina y el Caribe afirma que la inmigración da origen a la diversidad y al 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. Cf. *Migración internacional, derechos humanos...*, *op. cit.*, n. 6. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 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, el desempleo, los conflictos, la persecución y las violaciones de los derechos humanos. Cf. *Recomendaciones del ACNUR a la Conferencia Ministerial sobre el proceso Euro Africano sobre Migración y Desarrollo* (París, 20-21 de octubre de 2008). <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6687.pdf>. 17 de abril de 2011.

³⁰ 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>. 29 de abril de 2011.

que existe una tendencia creciente “a la penalización de la migración irregular y de los abusos cometidos contra migrantes durante todas las etapas del proceso migratorio” y reveló los peligros del “uso desproporcionado del sistema de justicia penal para administrar la migración irregular”.³¹

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 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.³²

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”.³³

³¹ 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”. 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. A su juicio, no se puede justificar el uso difundido y creciente de la detención de inmigrantes y los Estados 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”. *Idem.*

³² 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. *Idem.*

³³ A/HRC/15/L.8/Rev.1, 28 de septiembre de 2010, Consejo de Derechos Humanos, 15o. Periodo 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/>

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. Así, los migrantes irregulares son estigmatizados, lo cual se asocia a actos violatorios, como tratos crueles, inhumanos y degradantes,³⁴ discriminación, detenciones arbitrarias y prolongadas, negativa a brindarles asistencia consular, violaciones a su integridad personal³⁵ y violaciones a su derecho a la vida.³⁶

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.³⁷

PDF/G1016506.pdf?OpenElement. 21 de abril de 2011, Además, véanse las Resoluciones 12/6 del Consejo, del 1 de octubre de 2009, y 64/166 de la Asamblea, del 18 de diciembre de 2009.

³⁴ Cf. Julieta Morales Sánchez, “Derechos humanos y tortura. Una perspectiva comparada entre México y España”, en David Cienfuegos Salgado, coord., *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy*, pp. 487-510.

³⁵ Cf. 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)*.

³⁶ Cf. Mario Melgar Adalid, coord., *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos*, pp. 20 y ss., y Nancy Pérez García, “Cruces en la frontera: migración indocumentada y muertes en la frontera”, en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Migrantes*, p. 166.

³⁷ La expresión entre paréntesis es propia. Héctor Gros Espiell, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, pp. 66-67.

IV. 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.³⁸

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.³⁹

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.

Uno de los mayores retos que tenemos en América en materia migratoria—particularmente irregular—es la garantía⁴⁰ del goce y ejercicio de los derechos civiles, laborales y sociales⁴¹ de las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria.

³⁸ Los migrantes representan el 14.2 % del total de la población de América del Norte. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010, op. cit.*, n. 24, pp. 120, 154 y ss.

³⁹ 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). El corredor de migración entre México y Estados Unidos de América es el más importante del mundo, con 9.3 millones de migrantes. *Idem*.

⁴⁰ “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”. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 25.

⁴¹ En este estudio se reconoce que no es fácil hablar de derechos sociales de migrantes, particularmente irregulares, cuando en múltiples países de América amplias porciones de población nacional están excluidos de estos derechos. Sin embargo, la Corte Interamericana consideró “pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”. *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Tesorería)*, Sentencia del 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 168, párr. 102.

V. DERECHO, MIGRACIÓN Y DERECHOS

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 su “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.⁴²

Generalmente los ordenamientos domésticos distinguen entre nacionales y extranjeros.⁴³ 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 darles un trato desigual, que equivale a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad⁴⁴ de los migrantes que los expone a sufrir violaciones a sus derechos humanos en el país receptor.

⁴² Cf., entre otros, G. Bidart Campos, *op. cit.*, n. 1, pp. 341 y 342, y Julieta Morales Sánchez et al., coords., *Temas de migración y derecho*.

⁴³ 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*, cf. L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 40, pp. 97-103.

⁴⁴ 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”. Jorge Bustamante, “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*, p. 29.

Así, la nacionalidad⁴⁵ se ha convertido en una institución de exclusión⁴⁶ y discriminación, ya que es un requisito indispensable para que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos.

Los derechos, que 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”.⁴⁷ Lo que necesitan las personas es “gozar de sus derechos como seres humanos, no como ciudadanos de un país”.⁴⁸ En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.⁴⁹

La migración económica —específicamente la indocumentada— tiene orígenes estructurales, entre ellos: 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 y paupérrimas condiciones de vida.

Claramente la solución a los problemas estructurales de los países de origen de migrantes excede los alcances y objetivos de este trabajo, pero es urgente incidir en este rubro para lograr disminuir los flujos migratorios irregulares. Hay que señalar lo anterior porque —se ha dicho— las personas pobres “tienen escasa o nula voz”⁵⁰ para reclamar el goce y ejercicio de los derechos.

⁴⁵ Cf. Francisco Ibarra Palafox, *Minorías étnoculturales y Estado nacional*, pp. 164 y 188.

⁴⁶ 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”. Miguel Carbonell, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 189, p. 5.

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, pp. 315 y 316.

⁴⁸ Rolando García Quiñones y Norma Montes Rodríguez, “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, p. 197.

⁴⁹ G. Peces-Barba, *op. cit.*, n. 16, p. 198.

⁵⁰ Nora Lustig, “Macroeconomía con responsabilidad social”, en Fernando Solana, coord., *América Latina XXI: ¿avanzará o retrocederá la pobreza?*, p. 127.

VI. DIGNIDAD HUMANA Y MIGRACIÓN

La proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona permite que se posicione al ser humano como sujeto —y no como objeto— en el orden internacional.⁵¹

Frente a la migración y en relación con el apartado anterior, supeditar el goce y ejercicio de los derechos humanos a una nacionalidad o ciudadanía constituye *de facto* una restricción a la dignidad humana.

Pero ¿qué podemos entender por dignidad humana? El concepto ha sido establecido por diversos tribunales constitucionales.

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha desarrollado el mandato de que la dignidad humana se encuentra en el centro de su orden de valores.⁵² Así, “el Estado no puede mediante medida alguna, ni tampoco mediante una ley, contravenir la dignidad del ser humano”⁵³ ni ver a la persona como un simple objeto. Por tanto, sostiene la obligación del Estado “de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana”.⁵⁴

El Tribunal Constitucional Español, en la STC 53/1985, determinó que “la dignidad es un valor espiritual y moral in-

⁵¹ Cf. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Cincuenta años después*, p.135.

⁵² Sentencia BVerfGE 98, 169 [Obligación de trabajar], Sentencia de la Segunda Sala, del 1 de julio de 1998 —2 BvR 441, 293/90, 618/92, 212/93 y 2 BvL 17/94—, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las Sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, pp. 358 y 359. También véase Sentencia BVerfGE 33, 1 [Prisioneros], Resolución de la Segunda Sala, del 14 de marzo de 1972, en *ibid.*, pp. 48 y 49.

⁵³ Sentencia BVerfGE 27, 1 [Microcenso], Sentencia de la Primera Sala, del 16 de julio de 1969 —1 BvL 19/63—, en *ibid.*, pp. 92 y 93; Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes], Sentencia de la Primera Sala, del 16 de enero de 1957 —1 BvR 253/56—, en el recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes, en *ibid.*, pp. 56 y 59; Sentencia BVerfGE 30, 173 [Mephisto], Sentencia de la Primera Sala, del 24 de febrero de 1971, en *ibid.*, pp. 255 y 257.

⁵⁴ Sentencia BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua], Sentencia de la Primera Sala, del 21 de junio de 1977 —1-BvL 14/76—, en *ibid.*, pp. 54-55. Como los derechos fundamentales son 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”. Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos], Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre de 1995 —1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92—, en *ibid.*, pp. 219 y 223.

herente 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”.⁵⁵ Posteriormente, el mismo Tribunal estableció, en la STC 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”.⁵⁶

Esta posición se reitera en el expediente 010-2002-AI/TC, en donde el Tribunal Constitucional del Perú mencionó que “la dignidad... constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.⁵⁷

Estos criterios de Tribunales Constitucionales son importantes ya que en ninguno de ellos se subordina la dignidad humana a una nacionalidad o calidad migratoria, ni se distingue entre nacionales y extranjeros, ni supedita el goce y ejercicio de los derechos a un trámite administrativo migratorio. 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.

Por tanto, existe un límite para el poder estatal que 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, la dignidad y los derechos humanos limitan a la soberanía estatal por voluntad soberana del Estado.

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

⁵⁵ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053. 23 de abril de 2011.

⁵⁶ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0057. 23 de abril de 2011.

⁵⁷ 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 Jurídico. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 1, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos / UNAM / Fundación Konrad Adenauer, julio-diciembre de 2006, p. 104.

situaciones que pueden afectar el goce y ejercicio general de los derechos.⁵⁸

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”.⁵⁹

Hoy día 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. En este orden, valdría tener en cuenta que:

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 una 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.⁶⁰

⁵⁸ Cf., entre otros, José Luis Ávila, “La desigualdad económica. Notas para una (re) discusión”, en Elisabetta Di Castro, coord., *Justicia, desigualdad y exclusión. Debates contemporáneos*, p. 151, e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, p. 44. Amartya Sen propone comprender el desarrollo como una actividad humana cuyo fin es proporcionar a las personas la oportunidad para ser libres, es decir, para realizar su proyecto de vida. Cf. Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*.

⁵⁹ Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, p. 34.

⁶⁰ B. De Sousa Santos, *op. cit.*, n. 27, p. 368.

VII. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos⁶¹ es el instrumento base del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos,⁶² conjuntamente con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.⁶³ En aquélla se regula la existencia de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.⁶⁴

La Convención Americana ofrece una estructura y un contenido amplios en la materia de su objeto y fin: la tutela de la dignidad humana, a través de la preservación de los derechos fundamentales.⁶⁵

⁶¹ Adoptada el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁶² Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y la Corte, *cf.*, entre otros: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “La protección procesal internacional y derechos humanos”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, p. 337; Calogero Pizzolo, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*; S. García Ramírez, *op. cit.*, n. 59; Alonso Gómez-Robledo Verdusco, *Derechos humanos en el Sistema Interamericano*; Rafael Nieto Navia, “El Estado democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”, en Héctor Fix-Zamudio, *Liber amicorum*, vol. I, p. 123, y Manuel Ventura Robles, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*.

⁶³ La Corte Interamericana ha sostenido la eficacia jurídica —indirecta, es verdad— de la Declaración Americana, que enuncia y caracteriza los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA, que es un verdadero tratado. *Cf. 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. En sentido favorable al carácter de la Declaración como fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA se ha pronunciado, igualmente, la Comisión Interamericana en diversas oportunidades. *Cf. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a junio de 2005), p. 7.

⁶⁴ *Cf.* Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

⁶⁵ Si se tratara de sintetizar ese contenido, en sendos apartados, se podría distinguir: a) obligaciones generales de los Estados (comprende los artículos 1 y 2, sobre la “Obligación de Respetar los Derechos” y el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”); b) relación de derechos y libertades; c) órganos de protección (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, comprende de los artículos 33 a 82); d) medios de prevención específica; e) consecuencias jurídicas del hecho ilícito (que integran la normativa sobre reparaciones, depositada en el artículo 63.1, vinculado estrechamente con los artículos 1.1 y 2); f) normas de interpretación;

En sentido propio e integral, son sujetos, agentes o protagonistas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos los Estados, la Organización de Estados Americanos, la Comisión y la Corte, la sociedad civil, las instituciones y otros participantes que han adquirido presencia y fuerza creciente en los últimos años, como la academia, el *Ombudsman*, los comunicadores sociales y la defensa pública.⁶⁶ Para efectos de este trabajo, solamente se hará referencia a la Comisión⁶⁷ y Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

VIII. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN

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

g) restricciones y suspensiones, y h) disposiciones diversas sobre vigencia del tratado.

⁶⁶ A este respecto, cf. Sergio García Ramírez, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, pp. 77 y ss.

⁶⁷ La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, celebrada en la ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, aprobó su Resolución XL con el título “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”, en la cual se pronunció en favor de un sistema internacional de protección de los derechos humanos. La Organización de Estados Americanos fue creada en mayo de 1948 en Bogotá, Colombia, por la Novena Conferencia Internacional Americana, reemplazando a la Unión Panamericana. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), en su Resolución sobre Derechos Humanos, creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos encargada de “promover el respeto de tales derechos”. La Comisión desde 1965 fue autorizada expresamente para recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. En 1969 se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entró en vigor en 1978. Entre 1959 y 1979 la Comisión Interamericana fue el único órgano especializado en la protección de los Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano, ya que al entrar en vigor la Convención Americana se crea el otro órgano encargado de la protección de los derechos humanos en el continente americano: la Corte Interamericana. El Estatuto de la Comisión Interamericana fue aprobado en 1979. El actual Reglamento de la Comisión Interamericana fue aprobado el 13 de noviembre de 2009.

La Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios lleva a cabo una labor de promoción y protección en materia de derechos humanos⁶⁸ y ha realizado visitas *in loco* a México, Guatemala, Costa Rica y Estados Unidos de América.⁶⁹ La Comisión Interamericana, a través de la Relatoría, ha expresado que la práctica de deportaciones masivas, sobre todo en áreas fronterizas, implica una transgresión 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.

Además, establece que todas las personas tienen el derecho a ser oídas, contenido mínimo del debido proceso. Los trabajadores migratorios y otros extranjeros también tienen derecho a presentar pruebas y a contradecir los cargos que se les imputan en relación con su estatus migratorio. Los Estados 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.

Además, la Relatoría ha sostenido “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”. Aun tomando en cuenta la escasez de recursos, “todas las autoridades deben garantizar a los

⁶⁸ 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 Organización de Estados Americanos sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; c) elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general, y d) actuar con prontitud respecto de 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 Organización de Estados Americanos. La Comisión Interamericana 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 periodos de cuatro años. Durante su primer periodo (1997- 2000), la Relatoría estuvo a cargo de Álvaro Tirado Mejía. Posteriormente, en el 2000 se nombró en el cargo a Juan E. Méndez. En febrero de 2004 la CIDH nombró como Relator a Freddy Gutiérrez Trejo. En 2008 se designó al actual Relator, el Comisionado Felipe González.

⁶⁹ <http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes.informes.htm>. 23 de abril de 2011.

trabajadores migratorios la traducción e interpretación que garantice efectivamente su derecho a la información en todas las diligencias relativas a su proceso migratorio”.⁷⁰

La Relatoría recomienda “garantizar el principio de legalidad a los trabajadores migratorios que se encuentren de manera irregular en el país... [e] insta a individualizar los procedimientos de deportación”.⁷¹

Existe jurisprudencia de la Comisión Interamericana vinculada en específico al tema de trabajadores migrantes.⁷²

IX. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana) fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se compone de siete jueces y tiene su sede en San José, Costa Rica.⁷³ Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷⁴ La Corte IDH tiene atribuciones normativas,⁷⁵ administrativas,⁷⁶

⁷⁰ http://www.cidh.oas.org/Migrantes/cap.5.2002sp.htm#_fn93. 23 de abril de 2011.

⁷¹ *Idem*.

⁷² La cual puede consultarse en <http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm>. 23 de abril de 2011.

⁷³ El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante la Ley Número 6889, del 9 de septiembre de 1983.

⁷⁴ Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana.

⁷⁵ 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 de la Corte Interamericana establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento”. El artículo 77 del Reglamento de la Corte Interamericana, 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”.

⁷⁶ El artículo 26 del Estatuto de la Corte Interamericana 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

preventivas,⁷⁷ ejecutivas⁷⁸ y jurisdiccionales. La atribución jurisdiccional se subdivide en consultiva y contenciosa, a través de las cuales la Corte Interamericana interpreta y aplica la Convención Americana.

La función consultiva de la Corte Interamericana, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, implica la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que cuenta con un procedimiento específico⁷⁹ y distinto del contencioso. Los Estados parte, la Comisión⁸⁰ y otros órganos de

administrar su presupuesto. Y tiene facultades para designar a su Secretario (artículo 14.2 del Estatuto de la Corte Interamericana) y fijar sus periodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto de la Corte Interamericana).

⁷⁷ 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 Corte Interamericana 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 27.3 del Reglamento de la Corte Interamericana).

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte Interamericana regulan el procedimiento de trámite de la opinión consultiva.

⁸⁰ El artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte Interamericana dispone que un Estado miembro o la Comisión, al solicitar una Opinión Consultiva, deben formular preguntas específicas, establecer que las disposiciones que se piden sean interpretadas, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del agente o de los delegados.

la Organización de Estados Americanos (OEA)⁸¹ tienen facultad para solicitar opiniones consultivas.⁸²

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: constatar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica... la consulta termina con una opinión”.⁸³

Por otra parte, García Ramírez afirma que “la función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso... y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: notio, vocatio, coertio, iudicio y executio”. La Corte Interamericana 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”.⁸⁴

⁸¹ Los cuales, además de los requisitos previstos por el artículo 70.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, deben precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

⁸² La función consultiva de la Corte Interamericana es amplia, 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 tesisura, Cisneros Sánchez sostiene que “la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional, además de que legítima a un número extenso de solicitantes”. Máximo Cisneros Sánchez, “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, p. 53.

⁸³ Sergio García Ramírez, “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*, p. 10.

⁸⁴ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, párr. 49. La función contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana. El Reglamento de la Corte Interamericana explica a detalle el proceso contencioso. Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

En virtud de su función consultiva y contenciosa, Ferrer Mac-Gregor sostiene que la Corte Interamericana “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*”.⁸⁵

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre diversos aspectos vinculados a la migración.

1. Legalidad material y formal

La Corte Interamericana ha dicho que las leyes —incluida la norma constitucional— deben satisfacer condiciones materiales y formales, es decir, al amparo del artículo 30 de la Convención Americana —restricciones a los derechos— la legalidad comprende dos dimensiones: formal y material. Aquélla 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.⁸⁶

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”,⁸⁷ 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.⁸⁸ Estos conceptos, que han sido aplicados en

⁸⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, t. I, p. 535.

⁸⁶ Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007-2009”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, pp. 497-539.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ *Idem*.

opiniones consultivas⁸⁹ y en la solución de litigios⁹⁰ ante la misma Corte Interamericana, deben ser recogidos por los Estados al momento de crear, interpretar o aplicar leyes.

En suma, cualquier reforma legal —incluida las constitucionales— debe respetar las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de que se trate, a fin de satisfacer la dimensión material.⁹¹

2. Naturaleza especial de los tratados internacionales de derechos humanos e instrumentos sobre derechos de migrantes

Los tratados internacionales de derechos humanos revisten de un carácter especial y distinto en relación con los demás tratados. Al igual que los demás tratados, su suscripción implica un acto soberano de los Estados, los cuales 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 con los individuos sujetos a su jurisdicción.⁹²

La Corte Interamericana 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

⁸⁹ 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.

⁹⁰ *Cf. Caso Baena Ricardo y otros*, Sentencia del 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 72, párrs. 169 y 170.

⁹¹ *Cf. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez*, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, en prensa.

⁹² *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-02/82, 24 de septiembre de 1982, párrs. 27-30, y *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (Competencia), Serie C No. 54, párrs. 42-45.

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.⁹³

Con base en lo anterior la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno es —o debe ser— distinta a la recepción del derecho internacional general.

Tanto la Corte Interamericana⁹⁴ como el Tribunal Europeo⁹⁵ han establecido además 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.

A fin de “resolver el problema” de la jerarquía⁹⁶ de los tratados internacionales de derechos humanos en relación con las normas internas, se puede recurrir al principio *pro homine* o *pro persona*,⁹⁷ en virtud de que se aplica la norma más favo-

⁹³ *El efecto de las reservas...*, *op. cit.*, n. 92, párr. 29. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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*”. Sentencia del 18 de enero de 1978, párr. 239. Énfasis agregado. Igualmente, en el *Caso Soering vs. Reino Unido* (1989), el Tribunal Europeo 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”. Sentencia del 26 de enero de 1989, párr. 87. *Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, pp. 413 y ss.

⁹⁴ *Cf. Interpretación de la Declaración Americana...*, *op. cit.*, n. 63.

⁹⁵ *Cf. Casos Tyer vs. Reino Unido*, de 1978; *Marckx vs. Bélgica*, de 1979, y *Loizidou vs. Turquía*, de 1995, entre otros.

⁹⁶ Carlos M. Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, pp. 43-66.

⁹⁷ 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”. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 163. Asimismo, *cf.* Cecilia Medina, *La Convención Americana: teoría*

rable para la persona, independientemente de la jerarquía que le otorgue el derecho interno. Ésta ha sido la solución de algunos países americanos.⁹⁸

En torno a esta materia, la Corte Interamericana ha señalado que el equilibrio en la interpretación de la Convención Americana “se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional”.⁹⁹ Asimismo, indicó: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.¹⁰⁰ Igualmente, consideró que los derechos “debe(n) ser analizado(s) de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona”.¹⁰¹

Esta reflexión en torno al principio *pro persona* es válida para aquellos instrumentos internacionales vinculados directamente con los derechos humanos de migrantes: la Convención Interna-

y jurisprudencia. *Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, p. 9; Juan Carlos Hitters y Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, vol. 1, p. 427, y Édgar Carpio Marcos, *La interpretación de los derechos fundamentales*, pp. 28-34.

⁹⁸ La Constitución de Colombia indica 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). Señala la Norma Suprema de Venezuela que los tratados de derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículo 23). La Constitución 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”. Y la 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” 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, fracc. IV, y 256, fracc. I, respectivamente).

⁹⁹ *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, núm. G 101/81, párr. 16.

¹⁰⁰ *Colegación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

¹⁰¹ *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 109, párr. 173.

cional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁰² y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.¹⁰³

Ahora bien, la protección, tratamiento distinto o estatus especial que se le da a los tratados de derechos humanos debe extenderse a los derechos humanos contenidos en cualquier tratado internacional del que un Estado sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos. A este respecto la Corte Interamericana ha reconocido que existen tratados que no son “sobre derechos humanos” —como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— pero incluyen auténticos derechos humanos.¹⁰⁴

3. Derecho penal mínimo y derecho penal de conducta

La Corte Interamericana ha asentado la necesidad de que la normativa penal de los Estados democráticos se base en la idea del derecho penal mínimo y del derecho penal de conducta o

¹⁰² Uno de los obstáculos que actualmente enfrentan los derechos humanos de los migrantes es la falta de aplicación de la Convención Internacional por los Estados parte y la falta de suscripción por países receptores de migrantes. Se estima que es un instrumento loable aunque se ha llegado a decir “que el tratamiento que otorga la Convención a los trabajadores indocumentados es profundamente ambivalente”, ya que “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”. B. De Sousa Santos, *op. cit.*, n. 27, p. 367.

¹⁰³ El Protocolo contra el Tráfico Ilícito, a diferencia de la Convención Internacional, ha sido ratificado por algunos países receptores de migrantes, entre ellos España. El Protocolo 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).

¹⁰⁴ La Corte Interamericana le dio este carácter al derecho individual del detenido extranjero a ser informado sobre la posibilidad de recibir asistencia consular del Estado de su nacionalidad. Se dijo que la Convención no es un tratado “sobre derechos humanos”, pero en el extremo invocado reconoce un auténtico derecho humano que debe figurar en el marco del debido proceso. Cf. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 84, y opiniones 1 y 2. A este aspecto se regresará infra.

hecho, en contraste con el derecho penal de autor que apunta en la inclusión de referencias a la peligrosidad del agente.

Se ha examinado ampliamente, como proyección de ideas políticas y desempeño del poder público, el alcance del sistema penal en una sociedad democrática. En ésta cumple un papel secundario, como *última ratio*, control o remedio que se utiliza con moderación, sólo en la medida estrictamente indispensable. Otra cosa ocurre bajo regímenes autoritarios, donde se anticipa y extrema el empleo de los instrumentos penales, a través de la tipificación profusa, el enjuiciamiento penal frecuente —en detrimento de otros medios de solución de controversias—, el agravamiento de las sanciones y la ejecución cumplida con la mayor severidad.

En esta dialéctica discurre la idea y la práctica del derecho penal mínimo, acogido en diversas resoluciones de la Corte Interamericana. El tribunal, atento a las mejores corrientes del derecho penal de raíz democrática, entiende que el poder punitivo sólo se despliega en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado.¹⁰⁵ De esta suerte, ha negado la pertinencia de tipificar penalmente comportamientos ilícitos que pudieran ser sancionados por otras vías.¹⁰⁶ Aquí se podría incluir —y por consiguiente censurar— la tipificación penal de la migración irregular.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cf. *Caso Kimel*, Sentencia del 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 177, párrs. 63 y 76. Para profundizar sobre este aspecto cf. Julieta Morales Sánchez, “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*, año LXXIV, núm. 2, pp. 109-147.

¹⁰⁶ La Corte Interamericana ha señalado que “el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. Conforme al “principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”. *Caso Kimel*, *op. cit.*, n. 105, párrs. 76 y 77; véase también el Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Kimel*, párrs. 14 y 15.

¹⁰⁷ Así, “una resolución civil (o administrativa) provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfac-

Ha establecido también, la Corte Interamericana, que en un Estado de Derecho “los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado”, pero adquieren especial importancia cuando se ejerce el poder punitivo de éste sobre los gobernados.¹⁰⁸ Bajo la misma razón —ejercicio del poder punitivo—, la Corte Interamericana también ha establecido la observancia del principio de legalidad en otros ámbitos en los que se previene la existencia de faltas y la aplicación de sanciones; así, el administrativo.¹⁰⁹ Además, las autoridades estatales deben ejercer el control de convencionalidad,¹¹⁰ en el marco de sus atribuciones.

Por otra parte, ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana algún caso en que se cuestiona la referencia en el tipo penal a la “peligrosidad” del autor del delito o ilícito penal, como dato para el agravamiento de la sanción. En la

ción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita”. Voto concurrente del Juez García Ramírez al *Caso Herrera Ulloa*, párrs. 14-21. *Cf. Caso Herrera Ulloa*, Sentencia del 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 107, párrs. 127-135.

¹⁰⁸ *Caso Baena Ricardo y otros, op. cit.*, n. 90, párr. 107; *Caso Ricardo Canese*, Sentencia del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111, párr. 177; *Caso De la Cruz Flores*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 115, párr. 80; *Caso Lori Berenson Mejía*, Sentencia del 24 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 119, párr. 126; *Caso Fermín Ramírez*, Sentencia del 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 126, párr. 90; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 137, párrs. 187, y *Caso Vélez Loor*, Sentencia del 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 218, párr. 183.

¹⁰⁹ *Cf. Caso Baena Ricardo y otros, op. cit.*, n. 90, párrs. 124-129.

¹¹⁰ *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 154, párr. 124. *Cf. Susana Albanese, coord., El control de convencionalidad*; Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, pp. 46 y 167-171; María Carmelina Londoño Lázaro, “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*, núm. 128, pp. 761-814; Juan Carlos Hitters, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, en *La Ley*, 27 de julio de 2009, pp. 1-5, y Gumesindo García Morelos, *Control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*. Además, véase el voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer MacGregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010.

atención de este caso, la Corte ha recogido la oposición entre derecho penal de conducta o hecho y derecho penal de autor.¹¹¹

La Corte Interamericana determinó que la invocación de peligrosidad plantea el ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de hecho o de conducta —propio del sistema democrático— por el derecho penal de autor. Esto constituye una regresión histórica, conduce al autoritarismo punitivo y facilita la persecución de los diferentes, incluso bajo el título de “enemigos”.¹¹² En materia migratoria se debe evitar la aplicación de leyes que sancionen características personales y no conductas cometidas por los extranjeros en los países receptores o de tránsito. A fin de cuentas, hay que sancionar a las personas con apoyo en lo que han hecho y no con base en quien son.¹¹³

4. Seguridad nacional, “seguridad pública” y migración

Bustamante sostiene que “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”,¹¹⁴ sin embargo, es necesario hacer una precisión: lo que violenta los derechos humanos de migrantes son las políticas implementadas por los Estados bajo el argumento de defensa a su “soberanía”. Así se produce 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

¹¹¹ Cf. *Caso Fermín Ramírez, op. cit.*, n. 108, párrs. 94-98. Con respecto a esta cuestión, cf. voto del Juez García Ramírez, párrs. 34-38, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_126_esp.doc. 13 de mayo de 2011.

¹¹² Jakobs afirma que una de las particularidades típicas del derecho penal del enemigo es el “amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”. Günther Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, pp. 30 y 31. Para una crítica del derecho penal del enemigo, cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, pp. 11-28.

¹¹³ Cf. *Caso Fermín Ramírez, op. cit.*, n. 108, párrs. 89 y 93-96.

¹¹⁴ Cf. Jorge Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, p. 166.

mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.¹¹⁵

Pero hay que recordar que el límite real a la soberanía de los Estados y a la actuación estatal lo impone la dignidad del ser humano.

Por tanto, 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 y bajo ninguna hipótesis, justifica la violación de los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

Los migrantes indocumentados, por el solo hecho de su incursión irregular, no son delincuentes, aunque en el contexto actual de inseguridad, corrupción y delincuencia se les visualice como tales.

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 al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”.¹¹⁶ Por ello es peligroso que los Estados utilicen al ejército o la marina para el “control” de migrantes irregulares debido a su falta de capacitación para el trato con civiles y porque pueden verlos como “enemigos” del Estado.

Debe entenderse que la migración implica un problema de desarrollo y no —se enfatiza el “no”— representa un problema de seguridad nacional ni de seguridad “pública”.¹¹⁷

¹¹⁵ Existe aquí una paradoja: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Cf. Jorge Bustamante, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales”, en Ricardo Méndez Silva, coord., *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, pp. 123-156.

¹¹⁶ *Caso Montero Aranguren y otros (Relén de Catia)*, Sentencia del 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150, párr. 78.

¹¹⁷ 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 ciudadanas y los ciudadanos antes que en

5. Igualdad y no discriminación

La “discriminación” se encuentra definida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas¹¹⁸ y en el Convenio (número 111 de 1958) de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.¹¹⁹

En las actuales sociedades heterogéneas y multiculturales las personas son diferentes. El Estado tiene la obligación de evitar que esas diferencias se traduzcan en una desigualdad de trato y de derechos, es decir, 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”.¹²⁰

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 contrapone 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.

¹¹⁸ 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” (artículo 1).

¹¹⁹ El artículo 1o. define 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...” Además existen diversas dimensiones en las que la discriminación se presenta: 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 se torna objetiva, en el sentido de que depende de las estructuras sociales. Carlos de la Torre Martínez, *El derecho a la no discriminación en México*, pp. 7-9.

¹²⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, n. 40, p. 79. También cf. Nuria González Martín y Odalinda

El artículo 24 de la Convención Americana prevé que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección por parte de aquélla.¹²¹ Se ha señalado que no todas las diferencias de trato son ofensivas, por sí mismas, de la dignidad humana. Procede el deslinde entre las distinciones y las discriminaciones: las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana, por ser razonables, proporcionales y objetivas; las segundas implican diferencias arbitrarias en detrimento de los derechos humanos.¹²²

La Corte Interamericana 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 reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.¹²³

La Corte Interamericana ha reiterado el carácter imperativo del principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y del principio de no discriminación. Así, en la Opinión Consultiva OC-18/03 se afirma 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

Chávez Sánchez, *Dos temas torales para los derechos humanos: las acciones positivas y la justicia-bilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*.

¹²¹ Cf. *Caso Castañeda Gutman*, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 184, párr. 210.

¹²² Cf. *ibid.*, párr. 211.

¹²³ Cf. *Caso Yatama*, Sentencia del 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 27; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984. Además cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación*. 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 del 23 de julio de 1968; *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976; *Caso Marckx*, Sentencia del 13 de junio de 1979; *Caso Artico*, Sentencia del 13 de mayo de 1980, y *Caso Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tekdal*, Sentencia del 31 de julio de 2001.

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 ese 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 Corte Interamericana 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).

6. Derecho a la vida

El derecho a la vida, presupuesto para el ejercicio de los demás derechos,¹²⁴ no está sujeto a suspensión y debe ser amparado por salvaguardas prácticas y efectivas.¹²⁵ 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), tam-

¹²⁴ Cf. *Caso Escué Zapata*, Sentencia del 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 165, párr. 40; *Caso Zambrano Vélez*, Sentencia del 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 166, párr. 78; *Caso Albán Cornejo y otros*, Sentencia del 22 de noviembre de 2007 (Fondo Reparaciones y Costas), Serie C No. 171, párr. 117.

¹²⁵ Cf. *Caso Zambrano Vélez y otros*, *op. cit.*, n. 124, párr. 79.

bién requiere que los Estados adopten *todas las medidas* conducentes a proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).¹²⁶

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”.¹²⁷

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.¹²⁸ 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.

Estos aspectos son importantes de frente a situaciones que viven los migrantes en países de tránsito como México.¹²⁹

¹²⁶ Cf. *Caso Escué Zapata*, op. cit., n. 124, párr. 40; *Caso Zambrano Vélez y otros*, op. cit., n. 124, párrs. 79 y 80; *Caso Kawas Fernández*, Sentencia del 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 196, párr. 74.

¹²⁷ Cf. *Caso Escué Zapata*, op. cit., n. 124, párr. 40, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, op. cit., n. 124, párr. 81.

¹²⁸ Cf. *Caso de la Masacre de la Rochela*, Sentencia del 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 163, párrs. 124 y 128.

¹²⁹ Recientemente la CNDH señaló que durante 2010 fueron secuestrados 11,333 personas migrantes indocumentadas. http://www.cndh.org.mx/InfEspecialSecuestroMigrantes_3.pdf. 23 de abril de 2011. En agosto de 2010, en Tamaulipas, México, se encontraron 72 cadáveres de migrantes indocumentados. <http://proyectomigrante.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>. 23 de abril de 2011. *Estados Unidos-México. Muros, Abusos y Muertes 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. 23 de abril de 2011.

7. 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.¹³⁰ Implica que el despliegue de las acciones del Estado esté sujeto a límites precisos.¹³¹

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”.¹³² 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 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

¹³⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 147, párr. 83; *Caso de las Masacres de Ituango*, Sentencia del 1 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 148, párr. 129; *Caso Montero Aranguén y otros*, *op. cit.*, n. 116, párr. 64, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 160, párr. 237.

¹³¹ Cf. *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia del 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C No. 68, párr. 69; *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70, párrs. 143 y 174, y *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia del 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 99, párr. 111.

¹³² Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez*, *op. cit.*, n. 131, párr. 111; *Caso Bámaca Velásquez*, *op. cit.*, n. 131, párrs. 143 y 174, y *Caso Durand y Ugarte*, *op. cit.*, n. 131, párr. 69.

y acredita el fin alcanzado".¹³³ La función primordial del Estado es salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias.¹³⁴

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:¹³⁵ 1) excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad;¹³⁶ 2) existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza;¹³⁷ 3) planificación del empleo de ésta, capacitación y entrenamiento de los integrantes de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales,¹³⁸ y 4) control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.¹³⁹

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, dándoles el entrenamiento adecuado. Como se dijo, es necesario limitar rigurosamente la actuación de las fuerzas armadas en

¹³³ Cf. Sergio García Ramírez, *Panorama del proceso penal*, pp. 35 y 64.

¹³⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4, párr. 154; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5, párr. 162; *Caso Neira Alegria y otros*, Sentencia del 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C No. 20, párr. 75; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia del 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 52, párrs. 89 y 204; *Caso Durand y Ugarte*, *op. cit.*, n. 131, párrs. 68 y 69; *Caso Bámaca Velásquez*, *op. cit.*, n. 131, párrs. 143 y 174; *Caso Baena Ricardo y otros*, *op. cit.*, n. 90, párr. 126; *Caso del Caracazo*, Sentencia del 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), Serie C No. 95, párr. 127; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *op. cit.*, n. 131, párrs. 86 y 111; *Caso Bulacio*, Sentencia del 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 100, párr. 124; *Caso Lori Berenson Mejía*, *op. cit.*, n. 108, párr. 91, y *Caso Montero Aranguren y otros*, *op. cit.*, n. 116, párr. 70.

¹³⁵ Cf. *Caso Zambrano Vélez y otros*, *op. cit.*, n. 124, párr. 82.

¹³⁶ *Ibid.*, párrs. 83-85.

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 86.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 87.

¹³⁹ *Ibid.*, párrs. 88, 90, 96 y 104.

el control de disturbios internos; 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. Los cuerpos armados y los organismos de seguridad deben contar con la preparación necesaria para aplicar medios respetuosos de los derechos humanos al enfrentar alteraciones del orden público. Los planes operativos deben incluir medidas de control de la actuación de los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos, para evitar excesos.¹⁴⁰

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,¹⁴¹ 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.¹⁴²

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.¹⁴³ Los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de

¹⁴⁰ Cf. *Caso del Caracazo*, *op. cit.*, n. 134, párr. 127.

¹⁴¹ Cf. *ibid.*, párrs. 118-120; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 134, párr. 219; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, Sentencia del 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 140, párr. 143; *Caso Baldeón García*, *op. cit.*, n. 130, párr. 92, y *Caso Montero Aranguren y otros*, *op. cit.*, n. 116, párr. 79.

¹⁴² Cf. *Caso Montero Aranguren y otros*, *op. cit.*, n. 116, párr. 82.

¹⁴³ Cf. *Caso Bámaca Velásquez*, *op. cit.*, n. 131, párr. 172; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *op. cit.*, n. 131, párr. 111; *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 101, párr. 139; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia del 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 110, párr. 128; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *op. cit.*, n. 141, párr. 232; *Caso Baldeón García*, *op. cit.*, n. 130, párr. 87; *Caso Montero Aranguren y otros*, *op. cit.*, n. 116, párrs. 65 y 66; *Caso Servellón García*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 152, párr. 102, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *op. cit.*, n. 130, párr. 238.

actos criminales, así como para prevenir y sancionar ejecuciones arbitrarias cometidas por miembros de sus propias fuerzas de seguridad;¹⁴⁴ esta situación se agrava cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos¹⁴⁵ 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 expresión jurisprudencial del derecho interamericano de los derechos humanos. En ningún caso puede operar la jurisdicción militar para conocer de violaciones a derechos humanos.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷

8. Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes

La prohibición de la tortura y de cualesquiera penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes,¹⁴⁸ subsiste en todas las circunstancias; pertenece, hoy día, al dominio del *jus cogens*

¹⁴⁴ Cf. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, *op. cit.*, n. 141, párr. 232, y *Caso Baldeón García*, *op. cit.*, n. 130, párr. 87.

¹⁴⁵ Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, *op. cit.*, n. 143, párr. 139; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, *op. cit.*, n. 143, párr. 128, y *Caso Baldeón García*, *op. cit.*, n. 130, párr. 87.

¹⁴⁶ *Caso Radilla Pacheco*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 209, párr. 273; *Caso Fernández Ortega y otros*, Sentencia del 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 215, párr. 176; *Caso Rosendo Cantú y otra*, Sentencia del 31 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 216, párr. 160; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 220, párrs. 197 y 198.

¹⁴⁷ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, *op. cit.*, n. 146, párrs. 273-275.

¹⁴⁸ 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. Cf. *Caso de la Masacre de la Rochela*, *op. cit.*, n. 128, párr. 132; *Caso Bueno Alves*, Sentencia del 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 164, párrs. 77 y 79, y *Caso Bayarri*, Sentencia del 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 81.

internacional.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰ Esto se vincula directamente con el trato que pueden recibir los migrantes irregulares detenidos en los países receptores o de tránsito.

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.¹⁵¹ 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.¹⁵²

Algunos de los "secuestros" de migrantes podrían encuadrar en esta categoría.

¹⁴⁹ Cf. *Caso de la Masacre de la Rochela*, *op. cit.*, n. 128, párr. 132; *Caso Bueno Alves*, *op. cit.*, n. 148, párrs. 76 y 77, y *Caso Bayarri*, *op. cit.*, n. 148, párr. 81.

¹⁵⁰ Cf. *Caso Bayarri*, *op. cit.*, n. 148, párr. 92.

¹⁵¹ Cf. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 170, párr. 171; *Caso Ticona Estrada y otros*, Sentencia del 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 191, párr. 58.

¹⁵² Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Énfasis propio.

9. 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”.¹⁵³

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.¹⁵⁴

La Corte Interamericana ha determinado 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”.¹⁵⁵

¹⁵³ *Propuesta de modificación, op. cit.*, n. 123, 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 Bosica*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 130, párrs. 136, 137 y 141.

¹⁵⁴ *Cf. Caso Chabarro Álvarez y Lapo Íñiguez, op. cit.*, n. 151, párr. 164.

¹⁵⁵ *El Derecho a la Información...*, *op. cit.*, n. 104, párrs. 117 y 119.

Así, en torno al derecho a la asistencia consular,¹⁵⁶ 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.

b) 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.¹⁵⁷

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*.¹⁵⁸

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares.¹⁵⁹

10. Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados

La CortelDH observó, en su Opinión Consultiva OC-18/03, que “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y

¹⁵⁶ 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).

¹⁵⁷ *El Derecho a la Información...*, *op. cit.*, n. 104, opinión.

¹⁵⁸ *Cf.*, entre otros: Alonso Gómez-Robledo Verduzco, “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998”, en *Temas selectos de derecho internacional*, pp. 561-613, y Julieta Morales Sánchez, “Derecho internacional de los derechos humanos y pena de muerte: el caso Medellín vs Texas”, en Ruperto Patiño Manffer y Alma Ríos Ruiz, coords., *Derecho penal. Temas de actualidad*, pp. 41-58.

¹⁵⁹ Para profundizar sobre este aspecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y sobre los casos planteados ante la Corte Interamericana de Justicia, *cf.* Julieta Morales Sánchez, “México frente a la migración: evolución legislativa y derecho internacional”, en Sergio García Ramírez, coord. de la obra, *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, Ricardo Méndez Silva, coord. del t. II: *Derecho internacional*, pp. 667 y ss.

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”.¹⁶⁰

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”.¹⁶¹

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”.¹⁶² Pero si esas relaciones laborales se entablan entonces se generan todos los efectos jurídicos.

La CortelDH que ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas,¹⁶³ 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

¹⁶⁰ *Condición Jurídica y Derechos...*, *op. cit.*, n. 123, párr. 115.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 134.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 135.

¹⁶³ *Cf. Restricciones a la pena de muerte*, del 8 de septiembre de 1983, Opinión Consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 43; “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 32, e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, párr. 26. En sentido contrario al de la Corte Interamericana se encuentra la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 0421-S-90, número 2313-95, del 19 de mayo de 1995, en donde se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza obligatoria, al menos, para el país que hizo la solicitud de consulta. En este trabajo se comparte esta postura. *Cf. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco*, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad No. 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.

Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos” (párrafo 6o). 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 Estados Unidos de América), sí han firmado la Carta de la Organización de Estados Americanos.

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.¹⁶⁴

11. Derechos a la nacionalidad, al nombre y a la personalidad jurídica

Se ha presentado un caso ante la Corte Interamericana en el cual el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a dos niñas 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 atribuir la ciudadanía. 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 de edad, toda vez que el Estado negó a las niñas su derecho a la nacionalidad y las mantuvo como apátridas.

La CortelDH retomó los criterios asentados en la OC-18/03, 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. Los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna

¹⁶⁴ 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”. Sergio García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, p. 55.

por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.¹⁶⁵

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

Y resolvió que el Estado violó los derechos a la nacionalidad, al nombre, al reconocimiento de la personalidad e igualdad ante la ley,¹⁶⁶ en perjuicio de las dos niñas.

12. Debido proceso y garantías judiciales

Bajo el epígrafe “Garantías judiciales”, el artículo 8.1 de la Convención consagra los principales lineamientos del “debido proceso legal” —también integrado, en supuestos específicos, por otras disposiciones de aquel instrumento—,¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸

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 humanos —incluidos los extranjeros—, que deben ser sustanciados de conformidad con las garantías judiciales.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *Caso Yean y Bosico, op. cit.*, n. 153, párr.155.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ Cf. Sergio García Ramírez, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, t. II, pp. 1111-1173.

¹⁶⁸ Cf. *Caso Salvador Chiriboga*, Sentencia del 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), Serie C No. 179, párr. 56; *Caso Yvon Neptune*, Sentencia del 6 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 180, párr 79, y *Caso Bayarri, op. cit.*, n. 148, párr. 101.

¹⁶⁹ Cf. *Caso Salvador Chiriboga, op. cit.*, n. 168, párr. 58; *Caso Yvon Neptune, op. cit.*, n. 168,

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 interna¹⁷⁰ 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:¹⁷¹ 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.¹⁷² 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.¹⁷³

La Corte Interamericana conoció de la 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 ante autoridades panameñas, así como las condiciones inhumanas de detención a las cuales fue sometido en diferentes centros penitenciarios panameños.¹⁷⁴

La Corte Interamericana 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, independien-

párr. 77; *Caso Bayarri*, *op. cit.*, n. 148, párr. 103.

¹⁷⁰ *Cf. Caso Bayarri*, *op. cit.*, n. 148, párr. 102; *Caso Castañeda Gutman*, *op. cit.*, n. 121, párr. 78, y *Caso Reverón Trujillo*, Sentencia del 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 197, párr. 59.

¹⁷¹ *Cf. Caso Castañeda Gutman*, *op. cit.*, n. 121, párr. 78; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 172, párr. 177, y *Caso Yvon Neptune*, *op. cit.*, n. 168, párr. 77.

¹⁷² *Cf. Caso Castañeda Gutman*, *op. cit.*, n. 121, párr. 100.

¹⁷³ *Cf. ibid.*, párr. 101.

¹⁷⁴ 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.

temente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun 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".¹⁷⁵ La Corte Interamericana 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.¹⁷⁶

Por tanto, la Corte Interamericana 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.¹⁷⁷

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".¹⁷⁸

¹⁷⁵ *Caso Vélez Loor*, *op. cit.*, n. 108, párr. 143.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 152.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 205.

¹⁷⁸ "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". *Ibid.*, párr. 286.

La CortelDH determinó que “el Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos”.¹⁷⁹

Por otra parte, respecto de 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”.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹

X. NOTA PROSPECTIVA Y CONCLUSIONES

El tema de la migración irregular es complejo y puede ser abordado desde distintas perspectivas. En la presente investigación, el análisis se centró en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Es difícil hablar de conclusiones en un tema como el que ocupa este trabajo, sin embargo, se tratarán de sistematizar, de la mejor manera posible, algunas ideas al respecto. A continuación se establecerán las conclusiones de esta investigación:

a) El diagnóstico realizado demostró que los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados. Lo ante-

¹⁷⁹ 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”. *Ibid.*, resolutive 16.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 108.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 126.

rior muestra una deficiencia en el sistema de protección doméstico (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Además revela que no basta el derecho interno para asegurar el respeto a los derechos humanos, frente a lo que resalta la importancia de las jurisdicciones regionales internacionales.

b) América es un continente marcado por la desigualdad y la mala distribución de la riqueza. 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.

c) A nivel legislativo hacen falta reformas integrales a los marcos jurídicos nacionales en materia migratoria que les den uniformidad y congruencia con los compromisos internacionales contraídos por los Estados en ejercicio de su soberanía. En algunos países la armonización legislativa es deficiente, por lo que el derecho interno se aleja de los compromisos internacionales suscritos; esta situación genera y perpetúa las violaciones a los derechos humanos de migrantes, genera impunidad y dificulta el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

d) No se han transversalizado los derechos humanos en las políticas públicas de la mayoría de países americanos. Servidores públicos que, por acción o por omisión, siguen vulnerando los derechos de migrantes. Además, los niveles de corrupción al interior de las instituciones afectan el goce y ejercicio de los derechos de migrantes irregulares.

e) Con base en la OC-16/99 se debe de garantizar el derecho a la información sobre la asistencia consular como un elemento fundamental del debido proceso legal.

f) Tomando como fundamento la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana, 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. Hay que diseñar mecanismos eficaces de acceso a la justicia para los migrantes.

g) 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, tomando en cuenta las omisiones en las que pueden incurrir las autoridades y a través de las cuales se permiten o se violentan derechos humanos. Es necesario que los derechos humanos de migrantes irregulares se interpreten y se apliquen siguiendo el principio *pro homine* o *pro persona*. A la par del control de constitucionalidad debe de realizar el control de convencionalidad.

h) Aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia las jurisdicciones internacionales, todavía existen algunos síntomas de renuencia que las consideran atentatorias a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éstas tienen frente a la jurisdicción interna de los Estados. Las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional deben ser de complementariedad, de armonía y no de tensión como ha sucedido en algunos casos.

i) Hay que superar la incardinación de los planos nacional e internacional que aún persiste.

No existe diálogo entre la jurisdicción internacional y la interna. En ocasiones, la interpretación parece distante y existe desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos por parte de algunos operadores jurídicos.

j) Actualmente se observa incapacidad para solucionar las causas estructurales de la migración, lamentablemente en algunos puntos geográficos 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 migración, más medidas restrictivas, más violaciones a los derechos humanos, más desigualdad y miseria.

k) La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha insistido en la vigencia del principio de igualdad y no discrimina-

ción y ha afianzado con fuerza el respeto y protección que los Estados deben brindar a las personas migrantes sujetas a su jurisdicción.

l) Queda establecido que los imperativos de seguridad jurídica inherentes al principio de legalidad no pugnan con la defensa del Estado y la preservación de la paz pública y el desarrollo social. El mismo régimen de legalidad afirmado por la jurisprudencia supone esa tutela social, pero rechaza que se procure o realice a costa de los derechos humanos, removiendo el Estado de Derecho en aras —supuestamente— del bien común o la seguridad colectiva. La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el límite que impone la dignidad humana y los cauces y características para la aplicación de la ley punitiva —no en materia migratoria— y el uso legítimo de la fuerza, en sus diversas expresiones.

Así, al ocuparse de los derechos de migrantes, la jurisdicción interamericana ha contribuido a esclarecer los límites de la acción u omisión estatal y ha dado pautas para la garantía de estos derechos en el ámbito doméstico.

La línea argumentativa de la Corte Interamericana es muy clara y notoriamente *pro persona*. Lo urgente es trabajar en la recepción del derecho interamericano de los derechos humanos en el derecho interno.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Susana, coord., *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, EDIAR, 2008.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "La protección procesal internacional y derechos humanos", en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México, UNAM, 1990, pp. 275-384.
- ÁVILA, José Luis, "La desigualdad económica. Notas para una (re)discusión", en Elisabetta Di Castro, coord., *Justicia, desigualdad y exclusión*. México, UNAM, 2009. (Debate Contemporáneos)

- AYALA CORAO, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. México, FUNDAP, 2003. (Derecho, Administración y Política)
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*. Buenos Aires, FCE, 2010.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*. 2a. ed. México, Fontamara, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*. México, UNAM, 1993.
- 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*. México, CNDH, 2003, pp. 23-52. (Los Derechos de los Migrantes, fascículo 5)
- , "La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales", en Ricardo Méndez Silva, coord., *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM, IIJ, 2002, pp. 123-156.
- , *Migración internacional y derechos humanos*. México, UNAM, IIJ, 2002.
- CARBONELL, Miguel, "¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?", en *Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 189. México, diciembre, 2006, pp. 4-12.
- CARPIO MARCOS, Édgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Palestra, 2004.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Cincuenta años después*. Madrid, Mínima Trotta, 1999.
- CASTLES, Stephen, y Mark Miller, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. México, Cámara de Diputados, 2004.
- 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*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.

- 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*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Agencia Danesa de Cooperación Internacional / Norwegian Ministry of Foreign Affairs / Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2008.
- 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)*. San José, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2010.
- , *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación*. Washington, Center for Justice and International Law, 2009.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trad. de Carlos Lema Añón. Madrid, Trotta, 2009.
- Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a junio de 2005). San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Debate, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4a. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 2004.
- , "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*. México, UNAM, IJ, 2001, pp. 315 y 316.
- , "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-27.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, t. I. México, Porrúa / UNAM, 2005, p. 535.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 5a. ed. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta, 2007.
- GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*. México, Ubijus, 2010.
- GARCÍA QUIÑONES, Rolando y Norma Montes Rodríguez, "La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras", en *Revista de la Universidad de La Habana*, 254/255. La Habana, segundo semestre de 2001-primer semestre de 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Porrúa, 2007.
- , "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*. México, CNDH, 2004, pp. 9-45.
- , *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*. México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México, UNAM, 2002.
- , "Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, t. II. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1111-1173.
- , *Panorama del proceso penal*. México, Porrúa, 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.

- , y Julieta Morales Sánchez, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, UNAM, IJ, [en prensa].
- , y Julieta Morales Sánchez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007-2009”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13. Madrid, 2009.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos humanos en el Sistema Interamericano*. México, Porrúa, 2000.
- , “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998”, en *Temas selectos de derecho internacional*. México, UNAM, 2003, pp. 561-613.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Justicia e ideología*. México, UNAM, 2005.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, y Odalinda Chávez Sánchez, *Dos temas torales para los derechos humanos: las acciones positivas y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. México, UNAM / CNDH, 2008.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*. México, UNAM, 1978.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley*. Buenos Aires, 27 de julio de 2009, pp. 1-5.
- HITTERS, Juan Carlos, y Óscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, vol. 1. Buenos Aires, EDIAR, 2007.
- IANNI, Octavio, *La sociedad global*. México, Siglo XXI, 2002.
- IBARRA PALAFOX, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*. México, UNAM, 2005.
- JAKOBS, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las Sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe.* México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización.* México, UNAM, 2002.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: influencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 128. México, mayo-agosto, 2010, pp. 761-814.
- LUSTIG, Nora, "Macroeconomía con responsabilidad social", en Fernando Solana, coord., *América Latina XXI: ¿avanzará o retrocederá la pobreza?* México, Parlamento Latinoamericano / FCE, 2006, pp. 125-177.
- MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* San José, Centro de Derechos Humanos / Universidad de Chile, 2005.
- MELGAR ADALID, Mario, coord., *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos.* México, CNDH / UNAM, 2004.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, "Derecho internacional de los derechos humanos y pena de muerte: el caso Medellín vs Texas", en Ruperto Patiño Manffer y Alma Ríos Ruiz, coords., *Derecho penal. Temas de actualidad.* México, Porrúa / UNAM, Facultad de Derecho, 2010, pp. 41-58. (Col. Tópicos Relevantes de la Ciencia Jurídica)
- , "Derechos humanos y tortura. Una perspectiva comparada entre México y España", en David Cienfuegos Salgado, coord., *El derecho en perspectiva. Estudios en homenaje al maestro José de Jesús López Monroy.* México, Porrúa / UNAM, 2009, pp. 487-510.
- , "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*, año LXXIV, núm. 2. México, Porrúa, mayo-agosto, 2008, pp. 109-147.

- *et al.*, coords., *Temas de migración y derecho*. México, Universidad Autónoma de Sinaloa / Universidad Autónoma de Chiapas / Fundación Académica Guerrerense, 2008.
- , “México frente a la migración: evolución legislativa y derecho internacional”, en Sergio García Ramírez, coord. de la obra, *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, Ricardo Méndez Silva, coord. del tomo II: *Derecho internacional*. México, Porrúa, UNAM, 2010, pp. 667 y ss.
- , “Protección de los derechos humanos de migrantes por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y perspectivas”, en Julieta Morales Sánchez *et al.*, coords., *La migración en perspectiva. Fronteras, educación y derecho*. México, UPN / Secretaría de Asuntos Indígenas del Estado de Guerrero / Colegio de Guerrero / Fundación Académica Guerrerense, 2008, pp. 291-334.
- NIETO NAVIA, Rafael, “El Estado democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”, en Héctor Fix-Zamudio, *Liber amicorum*, vol. I. San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 123-142.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México, UNAM, IJ, 2003.
- 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*, t. I. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 11-90.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*. Madrid, Espasa, 2007.
- 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*. México, SRE / Comisión Europea, 2005, p. 166.

- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*. 9a. ed. Madrid, Tecnos, 2007.
- PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- 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*. Buenos Aires, EDIAR / UNAM, 2007.
- POGGE, Thomas W., "Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales", en Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad de Antioquia / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Planeta, 2000.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*. México, Porrúa / CNDH, 2006.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*. Madrid, Cortes Generales, 1985.
- VALCÁRCEL, Amelia, *Ética para un mundo global. Una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*. Madrid, Temas de Hoy, 2002.
- VENTURA ROBLES, Manuel, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José, Editor Manuel E. Ventura, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Dykinson, 2006.

Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

Julieta Morales Sánchez



Doctora en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) con nota sobresaliente *Cum Laude*. Es autora, junto con el Doctor Sergio García Ramírez del libro *La Reforma constitucional sobre derechos humanos* (2009-2011), en cuatro ediciones. Actualmente es la Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH, Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM e Investigadora Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT.



9 786078 211067



9 786078 211098

