

Artículo

Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos

Julieta Morales Sánchez*

RESUMEN: La migración en México es un fenómeno sumamente complejo, ya que somos un país de origen, tránsito y destino de migrantes. El escenario se agrava cuando se trata de migrantes irregulares que ven violentados sus derechos humanos en ambas fronteras de nuestro país. El presente artículo pretende reflejar de forma somera la situación de la migración internacional, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de migrantes y la actividad realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a este respecto, para concluir el primer apartado con la reflexión de la Opinión Consultiva OC-18/03. En la segunda parte de este trabajo se analizará el estado que guardan los derechos humanos de los migrantes irregulares en México, para lo cual se abordarán tres rubros: 1) el diagnóstico de la realidad que viven los migrantes irregulares en territorio mexicano, monitoreando las violaciones a sus derechos a través de las Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; 2) la interpretación realizada por el Poder Judicial de la Federación en lo que concierne a derechos humanos de migrantes irregulares, y 3) los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, entendiendo que en virtud del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los programas de la Administración Pública se sujetarán a dicho plan. Con lo anterior se pretende ofrecer una visión sobre la problemática que plantean las violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares en México, con la finalidad de contribuir en la comprensión del fenómeno y, posteriormente, vislumbrar propuestas de solución.

ABSTRACT: Migration in Mexico is a very complex situation for we are a country of origin, transit and destination of migrants. The scenario worsens when it comes to irregular migrants who see their human rights violated on both borders of our country. This article aims to reflect briefly the situation of international migration, international protection of human rights and activities undertaken by the Interamerican Court for Human Rights in this matter, to complete this first part of the Consultive Opinion OC-18/03. In the second part of this work it analyzes the state of human rights of irregular migrants in Mexico,

* Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

which will focus in three points: 1) Diagnosing the reality of irregular migrants living in Mexican territory, monitoring violations to their rights through recommendations of the National Commission of Human Rights. 2) The interpretation of the Judiciary of the Federation on regards to irregular migrants human rights. 3) The objectives stated by the National Development plan of 2007-2012, understanding that under the principles of article 26 of the Political Constitution of the United Mexican States, Public Administration programs will abide such plan. The above pretends to provide a vision about the problematic posed by human rights violations of irregular migrants in Mexico, with the finality of contributing in the comprehension of the situation and later, achieve settlement proposals.

SUMARIO: A manera de introducción. I. Migración irregular y derechos humanos. 1. Derechos humanos. 2. Situación actual de la migración internacional. 3. Derecho y migración. 4. Migración irregular. 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. II. Derechos humanos de migrantes irregulares en México. 1. Derechos humanos de migrantes irregulares y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: el diagnóstico. 2. Derechos humanos de migrantes irregulares y el Poder Judicial Federal: la interpretación. 3. Derechos humanos de migrantes irregulares y el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012: la aspiración. III. Perspectivas.

A manera de introducción

Día a día se acentúa la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados, lo que trae como consecuencia la migración de la población de estos últimos hacia los primeros. Aunado a lo anterior, las fronteras de los países desarrollados, en múltiples ocasiones, se “abren” al trabajo de migrantes debido al envejecimiento de su población o al crecimiento de su economía. Lamentablemente, en la mayoría de ocasiones, el tránsito fronterizo de personas se produce sin cumplir los requisitos establecidos por las legislaciones internas de los países receptores, apareciendo la figura de los migrantes indocumentados o en situación irregular. Diariamente se constatan violaciones a los derechos humanos de migrantes. Los gobiernos que han sido incapaces de ofrecer una vida digna a sus nacionales dentro de su territorio, también lo han sido para comprender el fenómeno migratorio y proporcionar soluciones reales que no lesionen los derechos humanos de migrantes. En México, el fenómeno adquiere matices diversos, y aún más complejidad, debido a que es un país de origen, tránsito y destino migratorio.

En el primer apartado de este trabajo me abocaré a delimitar el tema a analizar y establecer los conceptos operativos y el estado actual del fenó-

meno de la migración irregular. En la segunda parte entraré al estudio de la situación que impera en México, precisando tres aspectos: 1) las violaciones a derechos humanos que padecen los migrantes irregulares en México, con base en Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH); 2) resoluciones del Poder Judicial Federal (PJF) encaminadas a su protección, y 3) objetivos y estrategias plasmadas en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 (PND).

I. Migración irregular y derechos humanos

En el presente estudio se reconocen dos realidades: 1) que los flujos migratorios plantean problemas estructurales,¹ por lo que deben de abordarse con políticas igualmente estructurales,² y 2) aunque se admite que, en ocasiones, es poco lo que se puede hacer contra los motivos que impulsan a hombres y mujeres a abandonar su país en vez de permanecer en él, en este estudio se sostiene que lo que sí se puede y debe hacer es asegurar la observancia de los derechos humanos de los migrantes en el país receptor; no se puede olvidar que es una obligación de todo Estado proteger a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

A continuación analizaremos los conceptos operativos, para comprender el marco teórico-conceptual dentro del que se desarrolla esta investigación.

¹ Para indagar en la exclusión que impone límites al ejercicio de los derechos, véase Víctor Abramovich, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales", en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales / Canadian International Development Agency, 2007, p. 223.

² Se regresará a este rubro cuando se haga referencia al PND.

1. Derechos Humanos³

Jorge Carpizo menciona que “los derechos humanos son la dignidad misma de la persona humana”.⁴

Monique Lions sostiene que “los derechos humanos pueden definirse como un conjunto de prerrogativas que permiten al individuo desarrollar su personalidad”.⁵

Miguel Carbonell indica: “Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento —pese a los avances innegables que se han sucedido— todavía permanece inalcanzado”.⁶

La *Enciclopedia jurídica mexicana* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM define a los derechos humanos como el “conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente”.⁷

En un concepto propio, los derechos humanos son *aquellos reconocidos al ser humano por su dignidad esencial y sin distinción alguna, para el desarrollo integral y pleno de las personas y de la colectividad dentro de una sociedad democrática*. Este concepto se ubica dentro de una corriente humanista.⁸

³ No se entrará en este estudio a analizar la diferencia doctrinal entre derechos humanos y derechos fundamentales. Se entenderá para efectos de este trabajo que el término *derechos humanos* comprende, en *lato sensu*, al de *derechos fundamentales*. Al respecto Carbonell señala que los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados. Cf. Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa / UNAM / CNDH, México, 2006, p. 9.

⁴ Cf. Jorge Carpizo y Alonso Gómez-Robledo Verdusco, “Tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, México, enero-abril de 2000, p. 10.

⁵ Monique Lions, “Los derechos humanos en la historia y en la doctrina”, en *SRE, Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, IIJ, 1974, p. 480.

⁶ Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa / UNAM, 2001, p. 325.

⁷ Voz de Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa / UNAM, IIJ, 2000, t. III, p. 421.

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

Así, los derechos humanos comprenden a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos, difusos y las normas de *jus cogens*⁹ de derechos humanos. Sin embargo, para efectos de este estudio, se entenderán como derechos humanos de migrantes irregulares los siguientes: vida, integridad física, acceso a la justicia, debido proceso, trato digno y prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Situación actual de la migración internacional

Considero valioso iniciar este apartado retomando las palabras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

A comienzos del siglo XXI, habitamos un mundo dividido, en el que la interconexión es cada vez más intensa en la medida en que el comercio, la tecnología y la inversión acercan a las diversas sociedades; independientemente de la “separación” político-territorial entre los Estados. Pero en términos de desarrollo humano y calidad de vida el espacio entre los países se ha caracterizado por profundas e, incluso, crecientes desigualdades en el ingreso y en las oportunidades de vida digna.¹⁰

⁹ El *jus cogens* es el conjunto de normas obligatorias para todos los Estados, independientemente de que los instrumentos internacionales en los que se establecen hayan o no sido ratificados por determinado país. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica que el *jus cogens* se constituye por las normas imperativas de derecho internacional general que son las aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario. Para ahondar en este rubro se recomienda: Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, IIJ, 2003.

¹⁰ “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 dos 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 (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2007).

Así, frente al fenómeno de la globalización, 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, cuando se trata del libre tránsito de personas¹¹ 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.

Frente a la realidad migratoria, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su resolución 1999/44, del 27 de abril de 1999, expresó su preocupación por las manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes en diferentes partes del mundo.

Así también dentro de los objetivos de la Declaración del Milenio¹² (punto 25) se establece como una de las metas el “adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas ellas”.¹³

El Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2005, presentado el 22 de junio de ese año por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM),¹⁴ indica que los migrantes representan el 2.9 % de la población mundial, es decir, entre 185 y 192 millones de personas. Este informe señala, en términos generales, que los migrantes son un beneficio para los países receptores y no una carga como algunas políticas pretenden evidenciar.

Lamentablemente a pesar de todos los esfuerzos internacionales y nacionales realizados con el propósito de garantizar los derechos de los migrantes, no se ha generado un cambio en las circunstancias que éstos enfrentan cotidianamente. Es dable decir que de la interpretación sistemática de los acaecimientos que caracterizan al fenómeno migratorio se podría

¹¹ Aunque en la Unión Europea el tránsito de personas entre los Estados miembros es esencial, no pueden perderse de vista los graves problemas que se producen cuando individuos que no pertenecen a la Unión migran a ésta irregularmente.

¹² Adoptada por Resolución 55/22 de la Asamblea General de la ONU, el 8 de septiembre de 2000.

¹³ Véase Declaración del Milenio, <http://www.objetivosdelmilenio.org.mx/> (fecha de consulta: 16 de junio de 2007).

¹⁴ Creada el 5 de diciembre de 1951, la OIM es un organismo internacional intergubernamental, con sede central en Ginebra, Suiza. México ratificó el tratado de creación de la OIM el 5 de junio de 2002 y en consecuencia es Miembro de la Organización.

pensar que en la misma proporción en que surgen instrumentos internacionales e instituciones domésticas, regionales y mundiales para la protección y tutela de los derechos de los migrantes, también crecen y se agudizan las violaciones sistemáticas de dichos derechos, lo que evidencia el desajuste del sistema.

Frente a esta situación considero 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.¹⁵

3. Derecho y migración

En diversos ordenamientos domésticos se ha establecido una profunda diferencia de prerrogativas entre nacionales y extranjeros. En este sentido, Ferrajoli afirma que es innegable que en la tradición jurídica se ha mantenido la distinción entre derechos de ciudadanía y derechos de personalidad.¹⁶

Así, la nacionalidad¹⁷ se ha convertido en una institución de exclusión y discriminación; es un requisito indispensable para que las personas adquieran los derechos y libertades básicas que son obligación de todo Estado

¹⁵ La expresión entre paréntesis es mía. Héctor Gros Espiell, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978, pp. 66-67.

¹⁶ Esta dicotomía se reflejó desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, cf. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, pp. 97-103.

¹⁷ Ibarra Palafox sostiene que es la institución de la ciudadanía la que se configura como una institución de exclusión, sin embargo, en este estudio, se entiende que para el caso de México y la mayoría de países latinoamericanos la nacionalidad comprende a la ciudadanía (además de que la principal exigencia de los migrantes se refiere fundamentalmente a los derechos civiles, los cuales son otorgados a todos los nacionales aunque no sean ciudadanos); entendiendo que la postura adoptada por Ibarra Palafox es consecuencia de que la diferenciación entre ciudadanía y nacionalidad no existe en Estados Unidos ni en países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía. Por lo anterior, si el presente artículo es leído por una persona en cuya tradición jurídica no exista la diferenciación antes mencionada, la expresión correcta sería "la ciudadanía se ha convertido en una institución de exclusión".

reconocer y tutelar. Por lo que aquellas personas que están imposibilitadas para adquirir la nacionalidad del Estado en el que residen (legal o ilegalmente) no tienen la posibilidad de reclamar el ejercicio de sus libertades y derechos; no obstante que conforme a los principios universales de derechos humanos estas minorías (etnoculturales, sociales o económicas) deben gozar de todas las prerrogativas y libertades conforme al derecho positivo del Estado receptor, el cual las reconoce y garantiza sólo a sus nacionales.

Bajo el argumento de defensa de su soberanía y legalidad varios países transgreden los derechos humanos de migrantes irregulares; lamentablemente olvidan que “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.¹⁸

Jorge Bustamante sostiene que la distinción que el Estado hace sobre quien es nacional y quien es extranjero se convierte en un criterio de desigualdad entre nacionales y extranjeros que se ve sancionado por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recursos públicos que favorece al nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad¹⁹ de los migrantes, que los hace susceptibles de violaciones a sus derechos humanos en el país receptor.

Respecto de la nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH) ha expresado que: “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”.²⁰ Este es un aspecto importante que deben de tener en cuenta los países emisores de migrantes.

Cf. Francisco Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM, 2005, pp. 164 y 188.

¹⁸ Jorge Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, IJ, 2002, p. 166.

¹⁹ 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”. *Ibid.*, p. 150. El mismo autor nos habla también de la existencia de una vulnerabilidad cultural la que define como: “El conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismo que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural”. Cf. 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. Los derechos de los migrantes*, fascículo 5, México, 2003, p. 29.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, del 19 de enero de 1984, párrafos 34 y 35.

Antes se habló de la nacionalidad como una institución de exclusión, en ese sentido la CortelDH ha reconocido que la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos, pero también sostiene el carácter imperativo del principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y del principio de no discriminación, además de señalar la posibilidad de adoptar medidas afirmativas.²¹

En lo que concierne al estatus migratorio irregular de las personas, la CortelDH, en sintonía con su Opinión Consultiva OC-18/03,²² ha sostenido 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. Es decir, 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 por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (párrafo 155)... El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su *calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos* (párrafo 156, inciso a).²³

²¹ La CortelDH “entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado... (párrafo 136). La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, *la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos* (párrafo 137)... La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las *medidas afirmativas* necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas (párrafo 141)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005.

²² A la que más adelante se hará referencia.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean...*, cit., párrafos *supra* señalados.

4. Migración irregular

Para explicar las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, se utilizará la teoría neoclásica, la cual establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que las conducen a algunos países receptores.²⁴

Se entiende a la migración internacional como el movimiento voluntario de población de un país a otro. El término migración comprende a la emigración y a la inmigración. Aquí se manejará el concepto general de migración.

Ante la inexistencia de una denominación más adecuada, los migrantes han sido catalogados en regulares e irregulares.²⁵ De la interpretación del artículo 5, inciso a), de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPTMF),²⁶ se desprende que son considerados migrantes documentados o en situación regular aquellos que han sido autorizados para ingresar o permanecer en el Estado receptor de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de que forme parte; y son migrantes indocumentados o en situación irregular los que no cumplen con ese requisito. En este último caso lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una “etiqueta” que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos.

El artículo 3.b del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire,²⁷ 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”.

²⁴ Cf. Stephen Castles y Mark Miller, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Cámara de Diputados, 2004, pp. 34 y ss.

²⁵ En la comunidad internacional no existe un criterio unánime sobre la denominación de los migrantes; se proponen los siguientes apelativos: legales e ilegales, documentados e indocumentados, regulares e irregulares, aquí se usarán las dos últimas clasificaciones. Véase el glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CortIDH, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03*, México, CNDH, 2004, pp. 157 y 158.

²⁶ <http://www.unhchr.ch/> (fecha de consulta: 16 de enero de 2008).

²⁷ www.acnur.org/biblioteca/pdf/1306.pdf (fecha de consulta: 14 de abril de 2008).

Hay que comprender que los migrantes irregulares no son delincuentes y que, en su mayoría, solamente buscan trabajar o pasar inadvertidos por el país de tránsito. Los migrantes irregulares son seres humanos y deben de ser respetados y protegidos en cualquier lugar en donde se encuentren, independientemente de su condición migratoria.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diversos países americanos, en el ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos²⁸ y como consecuencia están sujetos a diversas obligaciones, las cuales, en algunas ocasiones, han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹ La CortelDH tiene atribuciones normativas,³⁰ administrativas,³¹ preventivas,³²

²⁸ García Ramírez sostiene que el Sistema Interamericano se compone no sólo por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino también por los Estados, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y la figura del *Ombudsman* nacional. Véase “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana”, en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 77 y ss.

²⁹ Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y Corte, véase, entre otros, 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*, Buenos Aires, EDIAR / UNAM, 2007.

³⁰ 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 CortelDH establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento”. El artículo 66 de Reglamento CortelDH dispone que el “Reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte...”

³¹ El artículo 26 del Estatuto CortelDH 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. Esta última no podrá introducir modificaciones. La Corte también tendrá potestad de administrar su presupuesto. También tiene facultades para designar a su secretario (artículo 14.2 del Estatuto CortelDH) y fijar sus periodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto CortelDH).

³² El artículo 63 de la Convención Americana establece que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización

ejecutivas³³ y jurisdiccionales. La atribución jurisdiccional se subdivide en contenciosa y consultiva, a las cuales se hará referencia a continuación, por ser ellas las que revisten mayor importancia en el tema de la migración irregular.

A. Función contenciosa

Señala García Ramírez que: “La función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso...y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: *notio, vocatio, coertio, iudicio y executio*”. La CortelDH 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”.³⁴

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 CortelDH puede actuar aún en casos no sometidos a su jurisdicción, y podrá dictar medidas provisionales a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (recordando que ésta también tiene capacidad de dictar medidas cautelares). Actualmente se dispone que en los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos (artículo 25.3 del Reglamento CortelDH).

³³ Esta competencia permite determinar si el Estado encontrado responsable de la violación de derechos humanos ha cumplido con las obligaciones en la forma y tiempo previstos en la sentencia de fondo. Esta competencia tiene una relación intrínseca con la eficacia jurídica de las sentencias. Los artículos 67 y 68 de la Convención Americana señala que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los 90 días a partir de la fecha de la notificación del fallo. 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. En México la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 2004, y en vigor a partir del 1 de enero de 2005, reconoce en su artículo 2 la obligatoriedad de cumplir las resoluciones de la CortelDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁴ Opinión consultiva OC-14/94 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana

La función contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana. El reglamento CortelDH (artículos 32 a 59) explica a detalle cuál debe ser el desarrollo del proceso contencioso ante la CortelDH.

Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. La introducción de una causa se hará ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda³⁵ en los idiomas de trabajo.³⁶ Los Estados que sean partes en un caso estarán representados por un Agente; mientras que la ComisiónIDH será representada por los Delegados que al efecto designe.

El proceso contencioso se puede dividir en varias fases, pero es necesario enfatizar que todas ellas se realizan en una misma audiencia por cuestiones de economía procesal y porque así lo dispone el numeral 40 del Reglamento de la CortelDH, al establecer que “el Presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias”. Por lo que con la finalidad de agilizar el trámite de los casos y de resolverlos en menor tiempo, en la práctica actual de la CortelDH se reúne toda la materia litigiosa en una sola audiencia, en un solo procedimiento, fortaleciendo las actividades contenciosas de la CortelDH. Lo anterior lo enfatizó, el 6 de junio de 2006, el presidente de la CortelDH, Sergio García Ramírez, ante el Plenario de la Asamblea General de la Organiza-

sobre *Derechos Humanos*), del 9 de diciembre de 1994, párrafo 49, en Sergio García Ramírez, coord., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, 2006, vol. I, p. 1031.

³⁵ La demanda debe de expresar cuáles son las pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas); las partes en el caso; la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección del denunciante original, así como el nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible. Los nombres de los agentes o de los delegados. El nombre y dirección de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares. Si en el examen preliminar de la demanda el presidente observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días (artículo 33 y 34 del Reglamento CortelDH).

³⁶ Los idiomas oficiales de la Corte son los de la OEA, es decir, el español, el inglés, el portugués y el francés. Los idiomas de trabajo serán los que acuerde la Corte cada año. Sin embargo, para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el de una de las partes, siempre que sea oficial (artículo 20 del Reglamento CortelDH).

ción de Estados Americanos (OEA) en Santo Domingo. En este informe el juez presidente estableció los logros obtenidos por la concentración de fases procesales en una sola audiencia, a continuación se reproduce una parte del citado informe:

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

Empero para facilitar la comprensión académica del proceso contencioso, se dividirá en varias fases recordando el comentario anterior respecto a la concentración procesal.

Excepciones preliminares

Las excepciones preliminares son defensas procesales que invocan los Estados demandados que, de ser declaradas con lugar, permiten que no se entre a discutir el fondo del asunto, ni sea necesario demostrar los hechos ni desahogar la prueba porque los motivos de forma o de temporalidad objeto de las excepciones darían término al proceso a favor del Estado.³⁷

Fondo

Se divide en una fase escrita y otra oral. La escrita se inicia con la presentación de la demanda, dentro de los tres meses siguientes a la emisión del informe del artículo 50 de la Convención Americana. El artículo 23.1 señala que después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

³⁷ Un caso resuelto por la CortelDH fue el Caso *Cayara vs. el Perú*, donde el Tribunal declaró con lugar la excepción de caducidad de la demanda por haber sido presentada con posterioridad a los tres meses que indica el artículo 51 de la Convención Americana. Cf. Jean Cadet Odiaba-On 'etambalko, "Logros alcanzados y ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI-2006, México, UNAM, IIJ, 2006, p. 708.

Según el artículo 38.1 del Reglamento de la CortelDH el Estado demandado cuenta con un plazo improrrogable de cuatro meses para contestar la demanda. En caso de que el Estado desee expresar excepciones preliminares, deberá hacerlo en el mismo escrito de contestación.

Una vez contestada la demanda se apertura el procedimiento oral. El presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias. A este respecto quedó asentado anteriormente que existe concentración procesal en una sola audiencia.

Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son ofrecidas en la demanda y en su contestación y, en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a las partes contrarias el derecho de defensa. Se pueden realizar diligencias probatorias de oficio en los casos señalados por el artículo 45 del Reglamento de la CortelDH. Dentro de los medios de prueba aceptados el Reglamento de la CortelDH considera la posibilidad de que determinados testigos y peritos ofrecidos por las partes presten sus testimonios o peritazgos a través de declaración rendida ante fedatario público (*affidávit*).

Conforme a los artículos 53 y 54 del Reglamento CortelDH, puede existir sobreseimiento del caso en tres supuestos: por allanamiento del Estado demandado, por desistimiento del actor y por solución amistosa. Pero la Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos antes señalados. La sentencia de la CortelDH contendrá: el nombre del presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del secretario y del secretario adjunto; la identificación de las partes y sus representantes; una relación de los actos del procedimiento; la determinación de los hechos; las conclusiones de las partes; los fundamentos de derecho; la decisión sobre el caso; el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; el resultado de la votación, y la indicación sobre cuál de los textos hace fe.

Reparaciones

Una vez que la CortelDH determina que ha existido alguna violación de derechos humanos por parte del Estado demandado, se procede a fijar las consecuencias de ese acto como efecto derivado de responsabilidad inter-

nacional de ese Estado. Así existe la obligación de restituir el derecho violado y si fuera posible la restitución integral del daño. La jurisprudencia de la CortelDH ha sido bastante prolija en materia de reparaciones. Respecto de los daños materiales señala el lucro cesante,³⁸ daño emergente³⁹ y daño al proyecto de vida.⁴⁰ Y dentro de los daños no patrimoniales, la indemnización por daños morales⁴¹ por medio de distintas formas de satisfacción.

Interpretación

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los 90 días a partir de la fecha de la notificación del fallo (artículo 67 de la Convención Americana). Así, el artículo 59 del Reglamento CortelDH brinda la oportunidad de interponer una demanda de interpretación de las sentencias de fondo o de reparaciones, indicándose en ella, con precisión, las cues-

³⁸ Se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros. Equivale al monto de los ingresos que las víctimas o sus sucesores recibirían a lo largo de su vida laboral si no hubiese ocurrido la violación a sus derechos. Véase *ibid.*, p. 711, y *Caso Loayza Tamayo*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párrafo 147, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 210.

³⁹ El daño emergente corresponde a una afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos. Se entienden como los gastos efectuados por las víctimas o sus familiares con motivo de sus gestiones para investigar y sancionar los hechos que vulneraron los derechos de las víctimas. *Idem*.

⁴⁰ "El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone... no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable... El daño al proyecto de vida (se entiende) como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o al grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o de muy difícil reparación... (pero) la Corte reconoce... (que) la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos... (pero) advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente (de condena) implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones". *Caso Loayza Tamayo...*, op. cit., párrafos 148-150 y 153, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 211 y 212.

⁴¹ "El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión..." *Caso Aloeboetoe y otros*, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párrafo 52, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 57.

tiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida. Lo anterior no suspenderá la ejecución de la sentencia. La Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la interpretación de un fallo implica la precisión de su texto no sólo en cuanto a sus puntos resolutivos sino también en cuanto a la determinación de su alcance, el sentido y finalidad de sus consideraciones, pero es claro que la interpretación de una sentencia no puede modificar los aspectos que tienen carácter obligatorio.⁴²

Normas de interpretación

En materia contenciosa, la CortelDH puede aplicar directamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la Convención Americana, lo cual brinda un ámbito de interpretación más amplio, siguiendo el principio *pro homine*. Entre los instrumentos mencionados se encuentran: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,⁴³ del 9 de diciembre de 1985, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁴⁴ del 9 de junio de 1994. Otros instrumentos sólo pueden ser considerados por la CortelDH a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, así la CortelDH los retoma pero no los puede aplicar directamente, entre esos instrumentos están: Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,⁴⁵ del 18 de diciembre de 1992; Convención contra la Tortura y Otros Tratos

⁴² Véase *Caso Loayza Tamayo*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 15 y 18, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 222.

⁴³ *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafos 157 y 217-223, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 479 y 494-496; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 3 de septiembre de 1998, párrafos 185- 191, y *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafos 247-252, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 433-434 y 514-515, respectivamente.

⁴⁴ *Caso Blake*, sentencia del 2 de julio de 1996, párrafo 36, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 328, y *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 126 en *ibid.*, p. 471.

⁴⁵ Véase *Caso Blake*, cit., párrafo 97 en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 339.

o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,⁴⁶ del 10 de diciembre de 1984; Convenios de Ginebra de 1949;⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁸ del 16 de diciembre de 1966, y Convención sobre los Derechos del Niño,⁴⁹ del 20 de noviembre de 1989.

B. Función consultiva

La función consultiva de la CortelDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una solicitud de interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que cuenta con un procedimiento específico⁵⁰ y distinto del contencioso. Tienen facultad para solicitar opiniones consultivas los Estados partes y la Comisión⁵¹ u otros órganos de la OEA.⁵²

⁴⁶ Caso *Bámaca Velásquez*, cit., párrafo 156, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 479.

⁴⁷ Caso *Bámaca Velásquez*, cit., párrafos 205-209, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 491-492.

⁴⁸ Caso *Villagrán Morales y otros*, cit., párrafo 145 en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 508.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafos 188 y 194-196, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 515-518.

⁵⁰ El artículo 63 del Reglamento CortelDH señala el procedimiento de trámite de la opinión consultiva, y se establece que una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente de la OEA a través de su presidente, al secretario general de la OEA y a los órganos de ésta a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere el caso. El presidente fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas y podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en el presidente. La Opinión Consultiva contendrá: el nombre del presidente y de los demás jueces que la hubieren emitido, del secretario y del secretario adjunto; las cuestiones sometidas a la Corte; una relación de los actos del procedimiento; los fundamentos de derecho; la opinión de la Corte, y la indicación de cuál de los textos hace fe (artículo 65.2 del Reglamento CortelDH).

⁵¹ El artículo 60 del Reglamento CortelDH 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 y el nombre y dirección del agente o de los delegados.

⁵² Además de los requisitos previstos por el artículo 60 del Reglamento CortelDH, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

La función consultiva de la CortelDH es más amplia que la función consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos y que la Corte Internacional de Justicia, 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 su compatibilidad con instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido es preciso aclarar que no existe la exigencia de que los tratados, para ser interpretados, sean celebrados por Estados 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 de dicho tratado. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que la jurisdicción consultiva de la CortelDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,⁵³ además de que legitima a un número extenso de solicitantes.⁵⁴

García Ramírez sostiene que la función consultiva pretende “desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza, las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho... se trata de saber más que de resolver: contestar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica... la consulta termina con una opinión”.⁵⁵

Las opiniones consultivas se sistematizan y denominan OC, seguido del número que guarda la opinión de referencia en el conjunto de consultas atendidas por la CortelDH desde su creación y del año en el que fue emitida, por ejemplo: OC-18/03, a la cual se hará referencia en el siguiente apartado.

La CortelDH ha sostenido que su competencia consultiva constituye “un método judicial alterno” destinado a “coadyuvar el cumplimiento de las

⁵³ 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*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, p. 53.

⁵⁴ Tienen legitimación todos los Estados miembros de la OEA y no sólo los Estados miembros de la Convención Americana; esto incluye a los que aún no han reconocido la competencia contenciosa de la CortelDH; además están legitimados los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA.

⁵⁵ 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*, México, CNDH, 2004, p. 10.

obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos".⁵⁶

También ha mencionado la CortelDH que las opiniones consultivas, a pesar de no poseer efectos vinculantes, "poseen notable trascendencia, contribuyen a generar una *opinio iuris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la prevención de conflictos y la solución de controversias", y es que "a través de ellas se establece el sentido de una norma... y se construye una jurisprudencia orientadora".⁵⁷ Además estableció que "no debe... olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa..."⁵⁸ en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora..."⁵⁹ y "aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables... es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento".⁶⁰ Ruiz Miguel señala que una semejanza entre la jurisdicción y la consulta es que poseen un carácter rogado, es decir, se actúan a instancia de parte.⁶¹

⁵⁶ Opinión Consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Restricciones a la pena de muerte*, del 8 de septiembre de 1983, párrafo 43, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 920.

⁵⁷ S. García Ramírez, Sergio, "La función consultiva...", en op. cit., p. 11.

⁵⁸ Opinión Consultiva OC-1/82 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 24 de septiembre de 1982, párrafo 32, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 895-896.

⁵⁹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *supra*, párrafo 32, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., pp. 925-926.

⁶⁰ Opinión Consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 14 de noviembre de 1997, párrafo 26, en S. García Ramírez, coord., *La jurisprudencia...*, op. cit., p. 1083.

⁶¹ Carlos Ruiz Miguel, "La función consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", en Héctor Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, p. 1345.

Faúndez Ledesma difiere del criterio de la CortelDH, al sostener que “en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de Tribunal Constitucional, sus opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados parte de la Convención...”⁶²

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución⁶³ 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 1995.⁶⁴ En dicha sentencia se establecen aspectos innovadores tanto en la lógica utilizada para llegar a la resolución, como en el respeto a los compromisos internacionales en el derecho interno. En dicha resolución se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza obligatoria, al menos, para el país que hizo la solicitud de consulta. Ésta es la posición que se sostiene en el presente trabajo.

6. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Opinión Consultiva más importante en lo que a migrantes se refiere es la OC-18/03 *Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*. Dicha opinión fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de mayo de 2002 y emitida por la Corte el 17 de septiembre de 2003, tuvo una amplia participación tanto de Estados partes como de *amici curiae*. En la opinión consultiva de referencia se analizan temas como: la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, aplicación de dicho principio a los migrantes, derechos de los trabajadores migrantes indocumentados y obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la

⁶² Citado por Sergio García Ramírez, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 75.

⁶³ Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad Núm. 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.

⁶⁴ Véase la resolución completa en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2844.pdf#search=%22SENTENCIAS%20SALA%20CONSTITUCIONAL%20COSTA%20RICA%20OC%20CORTE%20INTERAMERICANA%22> (fecha de consulta: 19 de agosto de 2006).

luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Dentro de las conclusiones más relevantes de la Opinión Consultiva OC-18/03, para la finalidad de este estudio, se encuentran:

- a) El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter de *jus cogens* (párrafo 101).
- b) Los Estados están obligados a adoptar *medidas positivas* para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (párrafo 104).
- c) El incumplimiento de estas obligaciones genera la *responsabilidad internacional* del Estado... Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas (párrafo 109).
- d) *La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación.* Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, *al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia* (párrafo 118).
- e) Asimismo, los Estados pueden establecer *mecanismos de control* de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales *deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana* (párrafo 119).
- f) Los Estados *no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.*

Por los aspectos señalados, esta Opinión Consultiva constituye una resolución sin precedentes en el ámbito internacional. Y viene a contraponerse a decisiones retrógradas de Cortes Supremas internas como la de Estados Unidos de América que, en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, niega derechos laborales a una persona por su condición migratoria irre-

gular. Por ser una resolución opuesta y contradictoria a la OC-18/03 se estima importante hacer breve referencia a ella.

En el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board (NLRB)*, la Corte Suprema de Estados Unidos de América resolvió, el 27 de marzo de 2002, que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato debido a que era migrante irregular, es decir, no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante en situación irregular ni ordenó indemnización o compensación alguna a favor del trabajador. En la resolución se sostuvo que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema indicó que permitir a la NLRB⁶⁵ reconocer el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales perjudicaría la política federal de inmigración, mientras que la opinión de la minoría estableció que la decisión adoptada debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. Por lo que esta decisión niega un conjunto de de-

⁶⁵ La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB y, entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de Estados Unidos que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Cf. "Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y otros", en *Opinión Consultiva OC-18/03...*, op. cit., pp. 97-103. Además dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que "la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios..." y violenta el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cf. Tekila Brooks, "Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte", en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, León, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, 2000, p. 38.

rechos que le son inherentes a los trabajadores y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.⁶⁶

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

Sin embargo, no sólo basta la recepción de la OC-18/03; es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia. García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarlas, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado”.⁶⁷ Es importante prestar atención a este rubro y buscar los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los migrantes irregulares; es necesario que la denuncia o querrela exista y llegue al juzgador, para que éste pueda interpretar⁶⁸ y aplicar el derecho siguiendo las directrices establecidas en la Opinión Consultiva OC-18/03.

Como una muestra de su trascendencia, la Opinión Consultiva OC-18/03 ha sido retomada por la ONU,⁶⁹ OEA,⁷⁰ Organismos No Guberna-

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Sergio García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, México, Universidad Iberoamericana Puebla / Universidad Iberoamericana Ciudad de México / ITESO / Universidad de Guanajuato, 2005, p. 55.

⁶⁸ Cf. Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 85.

⁶⁹ La Comisión de Derechos Humanos de la ONU reconoció la decisión en su resolución 2005/47 a favor de los derechos de los migrantes y enfatizó: “recordando también las Opiniones Consultivas OC-16/99, del 1 de octubre de 1999 y OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativas al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las debidas garantías procesales y a la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados respectivamente...” *Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations*, Derechos Humanos de los migrantes, 19 de abril de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3441.pdf> (fecha de consulta: 3 de julio de 2006).

⁷⁰ La decisión fue reconocida en las observaciones y recomendaciones al informe anual de la CorteIDH, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 2004, en la cual se reconoció que “la importancia de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el desarrollo de la jurisprudencia interamericana y el derecho internacional de los derechos humanos y en este contexto tomar nota de la Opinión Consultiva

mentales y Académicos.⁷¹ Y en México por Comisión Nacional de Derechos

OC-18/03". Así también en su AG/RES. 2027 (XXXIV-O/04), aprobada el 8 de junio de 2004, la Asamblea General de la OEA consideró necesario: "2. Reafirmar el deber de los Estados parte en la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares de cumplir dicha convención, incluida la obligación de los Estados parte en cuyo territorio ocurre la detención de nacionales extranjeros de informar a éstos sobre su derecho a comunicarse con sus oficiales consulares y, en ese sentido, llamar a la atención de los Estados la Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004, en el caso Avena y otros nacionales mexicanos, relativos a la obligatoriedad del cumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena. 3. Llamar a la atención de los Estados la Opinión Consultiva OC-18, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostiene que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral". Asamblea General de la OEA, Observaciones y recomendaciones al informe final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de junio de 2004, AG/RES 2043 XXXIV-O/04) http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2043_04.asp (fecha de consulta: 3 de julio de 2006).

⁷¹ El 17 de diciembre de 2004, estudiantes de la Washington Collage of Law de American University, en representación de más de 100 organizaciones comunitarias, sindicatos, organizaciones étnicas y de derechos humanos, presentaron el documento llamado *Employment Rights are Human Rights. Stories of Undocumented Workers: The Denial of Employment Rights due to Immigration Status* y en una carta dirigida al secretario ejecutivo de la Comisión IDH, Santiago Cantón, se hizo la solicitud de una audiencia de interés general a la Comisión IDH. Las organizaciones que presentaron la solicitud representan a ONG de 30 de los 50 estados que forman Estados Unidos. El mencionado documento se estructura en tres partes: la primera hace referencia al trato desigual de trabajadores indocumentados por Cortes de Estados Unidos (*Unequal Treatment of Undocumented Workers by U.S. Courts*); la segunda sobre Historias de trabajadores indocumentados: amenazas e intimidación por empleadores (*Stories of Undocumented Workers: Threats and Intimidation by Employers*), y la tercera menciona historias de trabajadores indocumentados: miedo, explotación y la lucha por hacer valer los derechos esenciales (*Stories of Undocumented Workers: Fear, Exploitation, and the Struggle to Assert Basic Rights*). El 3 de marzo de 2005 se celebró una audiencia ante la Comisión, en la cual los estudiantes entregaron un informe de casos, en los cuales, a partir de la decisión de la Corte Suprema sobre el caso *Hoffman*, inmigrantes en estatus irregular habían sufrido la privación de sus derechos humanos y amenazas. Los estudiantes pidieron que la Comisión IDH emitiera un comunicado de prensa sobre la OC-18/03, que la misma tomara parte en el seminario organizado en el Congreso de Estados Unidos para la educación de los congresistas sobre el conflicto derivado del litigio *Hoffman* y el derecho internacional, y que dicha Comisión hiciera visitas in loco a lugares donde la población migrante ha visto disminuidos sus derechos después del caso *Hoffman*. En su Comunicado de Prensa número 8/05, del 11 de marzo de 2005, la Comisión IDH reconoció que "recibió información respecto a los derechos de los trabajadores migratorios en Estados Unidos por parte de varias organizaciones. Los peticionarios examinaron las consecuencias de la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el Caso de *Hoffman Plastics Compounds Inc vs. NLRB* (2002) acerca de los

Humanos,⁷² pero sigue pendiente su incorporación en las resoluciones del PJF.

II. Derechos humanos de migrantes irregulares en México

1. *Derechos humanos de migrantes irregulares y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: el diagnóstico*

Cotidianamente se comprueba que los principios de derechos humanos contrastan fuertemente con la realidad imperante pero, como ha expresado Cançado Trindade, ello no significa que falte reglamentación o que el derecho no exista; “significa más bien que el derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales están los migrantes indocumentados en todo el mundo”.⁷³

derechos laborales de trabajadores migratorios indocumentados que residen en los Estados Unidos; sobre las condiciones de trabajo de trabajadores migratorios; y sobre la situación de los trabajadores en las granjas del estado de Florida. Las organizaciones que participaron de la audiencia pidieron que la CIDH efectuara una visita de investigación *in loco* para observar las condiciones de los trabajadores migratorios en los Estados Unidos...” Cf. Rebeca Smith, “Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”, en *Memoria del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores / Comisión Europea, 2005, p. 300. El texto presentado se denomina *Employment Rights are Human Rights*, véase texto completo en <http://www.wcl.american.edu/clinical/workersrights.pdf> (fecha de consulta: 3 de abril de 2006). Véase Comunicado de Prensa 08/05 en la página <http://www.cidh.org> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2006).

⁷² La CNDH, en su Recomendación 20/2006, de junio de 2006, retomó la OC-18/03, diciendo que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-18/03, se ha expresado con directrices y resoluciones en las que se han desarrollado de forma muy amplia los derechos de los migrantes. Se trata de referentes internacionales que si bien no constituyen normas de observancia obligatoria, sí constituyen el marco doctrinal y los principios de actuación que deben formar las acciones y políticas que los Estados deben adoptar a fin de lograr la plena vigencia de los derechos humanos de este grupo vulnerable”. Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos y apoyada por 30 países. “Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados...” También la incorpora en su Recomendación General Número 13.

⁷³ Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade a la Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y derechos de migrantes indocumentados, <http://www.corteidh.or.cr/> (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2007).

La CNDH, en sus Recomendaciones 214/1993, 23/2004, 48/2004, 05/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006, 33/2006, 01/2007, 17/2007, 25/2007, 29/2007, 35/2007, 36/2007, 63/2007, 64/2007 y 65/2007, constata la reiteración de violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares, entre las más frecuentes se encuentran: atentados contra la vida e integridad física, violencia, extorsión, detención por autoridades incompetentes, incomunicación consular y tratos inhumanos, crueles o degradantes. Mientras que las estaciones migratorias se caracterizan por hacinamiento, insalubridad, falta de atención médica y alimentación inadecuada; y aún se siguen habilitando cárceles como estaciones migratorias, así lo han corroborado diversas Organizaciones No Gubernamentales.

Aunado a lo anterior, la CNDH ha realizado diversas acciones para la protección de derechos de migrantes: en marzo de 2003 la CNDH implementó el Programa de Atención a Migrantes y, a partir de enero de 2005, creó la Quinta Visitaduría General, especializada en la promoción y defensa de los derechos humanos de migrantes.

El Presidente de la CNDH, en relación al fenómeno migratorio, ha señalado que:

El INM cuenta con 119 establecimientos, de los cuales 51 son permanentes y 68 son lugares habilitados. Las estaciones migratorias se encuentran distribuidas en 19 estados del país. De las 51 estaciones migratorias permanentes, 35 % se encuentra en muy mala situación; 41 en mala situación y 24 % en situación adecuada [...] Así el 76 % de esos centros se encuentra en mala y muy mala situación, ya que ahí se violan las garantías fundamentales de los retenidos: *están hacinados, reciben malos tratos y se les mantiene sin alimentos y en lugares insalubres [...] la repatriación de cadáveres* de migrantes que fallecen en Estados Unidos para llevarlos a sus lugares de origen cuenta con *mayor asignación presupuestal* que la destinada a la *orientación y asistencia jurídica de los que están vivos* [...] La autoridad migratoria *ha delegado e inclusive ha renunciado a la responsabilidad* de proporcionar atención médica y cuidados a los migrantes, como ocurre en casos extremos en Tapachula, Chiapas, donde elementos del Grupo Beta llevan a personas mutiladas por el tren al albergue Jesús el Buen Pastor, ante las frecuentes negativas para atenderlos en hospitales públicos...⁷⁴

⁷⁴ Informe especial de la CNDH sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la Repú-

Así también, en noviembre de 2006, la CNDH emitió la Recomendación General Número 13 sobre la Práctica de Verificaciones Migratorias Ilegales, en donde retoma la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CortelDH.

Las anteriores recomendaciones son una muestra de que la violación sistemática de derechos que sufren los migrantes irregulares en Estados Unidos de América, también la padecen migrantes ilegales en nuestro país. Esta contradicción resta autoridad moral al gobierno mexicano para defender a nuestros nacionales en Estados Unidos de América. México como país de origen, tránsito y destino de migrantes tiene múltiples retos que enfrentar. Solamente en la frontera sur existe un promedio general de 16,400 migrantes centroamericanos que son deportados mensualmente por vía terrestre en la frontera México-Guatemala.⁷⁵

En el Informe de Actividades de la CNDH del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007⁷⁶ se manejan diversos datos. En un cuadro que refleja los 20 principales motivos presuntamente violatorios de derechos humanos señalados por los quejosos a lo largo del año 2007, la violación a los derechos de migrantes ocupa el sexto lugar con 388 expedientes de queja.⁷⁷ En otro cuadro sobre autoridades presuntamente responsables, el INM ocupa el cuarto lugar con 335 expedientes de queja.⁷⁸

En el periodo del informe se presentaron 126 propuestas de conciliaciones, de las cuales 32 fueron ante el INM y de éstas 28 se concluyeron y cuatro están en trámite. Sin embargo, de las 114 autoridades a las que se les dirigieron las 70 Recomendaciones emitidas en el 2007, la Comisionada del INM ocupó el primer lugar, con ocho recomendaciones emitidas para esta autoridad.

En el Informe de referencia consta el siguiente estado de cumplimiento de las Recomendaciones por violaciones a derechos de migrantes irregula-

blica Mexicana, presentado por José Luis Soberanes Fernández, en diciembre de 2005. <http://www.cndh.org.mx/acndh/informes/espec/espec.htm> (fecha de consulta: 19 de abril de 2007).

⁷⁵ Jorge Raúl Ramírez, "Un acercamiento a la relación intrínseca entre la defensa y el irrespeto a los derechos humanos en la procesión de los migrantes centroamericanos", en *Memoria del seminario internacional causas, efectos y consecuencias del fenómeno migratorio y la protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2006, p. 103.

⁷⁶ http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/anuales/informeAct2007/informe2007_1.htm (fecha de consulta: 12 de marzo de 2008).

⁷⁷ El primer lugar lo constituye el ejercicio indebido de la función pública con 1,593 expedientes de queja.

⁷⁸ El Instituto Mexicano del Seguro Social ocupa el primer lugar con 1,015 expedientes de queja.

res: la Recomendación 01/2007 se considera totalmente cumplida; la Recomendación 17/2007 se considera con cumplimiento insatisfactorio; las Recomendaciones 25/2007, 29/2007, 35/2007 y 36/2007 se estiman parcialmente cumplidas; las Recomendaciones 63/2007 y 64/2007 se consideran aceptadas en tiempo de presentar pruebas de cumplimiento, y la Recomendación 65/2007 se encuentra en tiempo de ser contestada.

Pese a los datos anteriores, considero que es preocupante que a lo largo de más de 15 años en los que se han emitido las 21 Recomendaciones sobre violaciones de derechos humanos de migrantes irregulares, y a pesar de que son aceptadas y cumplidas, las violaciones se siguen reiterando y las autoridades siguen violentando en aumento los derechos de los migrantes: en 1993 fue una Recomendación, en 2004 fueron dos, en 2005 fueron tres, en 2006 fueron seis y en 2007 fueron nueve. Esto puede indicar dos cosas: 1) que los migrantes irregulares tienen más conciencia de sus derechos y saben cómo defenderlos, por lo cual se quejan más ante la CNDH, y que la creación de la Quinta Visitaduría fue benéfica, y 2) que aún no se ha creado una cultura de respeto a los derechos humanos en los servidores públicos del INM, Secretaría de Marina y diversas policías, por lo que siguen violando derechos humanos de migrantes y actuando arbitraria e impunemente.

Ante este panorama lo importante no es que las Recomendaciones de la CNDH en materia de migración irregular se consideren cumplidas; lo verdaderamente importante es eliminar esas prácticas violatorias de los derechos de migrantes. Las violaciones a derechos humanos se reiteran y se reflejan en quejas sucesivas ante la CNDH, lo cual muestra que no se han erradicado dichas prácticas y que aún se dista de generar una cultura de respeto a los derechos humanos de migrantes.

2. Derechos humanos de migrantes irregulares y el Poder Judicial Federal: la interpretación

La interpretación de la Constitución —dice Rodolfo Vigo— es una operación de mediación que permite introducir dicha norma en el mundo real,⁷⁹ es decir, a través de la interpretación judicial se coadyuva a la eficacia de la norma y al cumplimiento de sus fines. Es claro que la sola modificación legislativa no conlleva a un cambio inmediato en la realidad, pero si a ello se suma una interpretación judicial congruente con los compromisos interna-

⁷⁹ Cf. R. L. Vigo, *Interpretación...*, op. cit., p. 84.

cionales asumidos por México entonces se incrementan las posibilidades de lograr la observancia de los derechos humanos de migrantes.

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

Empero, el PJF ha tenido un lento avance en el reconocimiento y protección jurisdiccional de los derechos humanos de migrantes. A pesar de ello, ha interpretado, en tesis aisladas, algunos artículos de la Ley General de Población (LGP). Por ejemplo, estableció el alcance del precepto 67, reafirmando el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente de su condición migratoria regular o irregular; señaló que aun cuando no se cumpla con el requisito del artículo 67 de la LGP (demostrar la legal estancia en el país), los no nacionales tienen capacidad para ejercitar acciones o hacer valer excepciones en juicio.⁸⁰

También sostuvo que:

[...] tomando en consideración que la legitimación activa o pasiva es la posibilidad, aptitud, o facultad que tiene el sujeto para desempeñarse por sí mismo dentro de un juicio determinado a fin de defender los derechos de que es titular, ya sea como actor o como demandado, *el solo hecho de que el trabajador haya comparecido al juicio laboral por su propio derecho, lo legitima para tal efecto, no obstante que sea extranjero y no tuviere acreditada su legal estancia en el país, pues de no reconocerle tal legitimación se le violarían las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.*⁸¹

En un sentido similar estableció:

[...] el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *no distingue entre los nacionales y extranjeros* al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución... por otro lado, *el numeral 33 dispone que los extranjeros*

⁸⁰ *Extranjeros, capacidad de los, para promover en juicio. no se encuentra limitada por el artículo 67 de la Ley General de Población. Séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 217-228 cuarta parte, p. 123.*

⁸¹ *Trabajadores extranjeros. Están legitimados para comparecer a juicio, aun cuando no tuvieran acreditada su legal estancia en la República Mexicana. Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, febrero de 1995, p. 222, VIII.2o.36 L.*

(no distingue entre regulares o irregulares) *tienen derecho a las garantías que otorga en su capítulo I, título primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental... En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querellarse aun en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país.*⁸²

Por lo cual *“el extranjero, por el simple hecho de ser persona, goza de las garantías individuales consagradas en la Constitución, de conformidad con el artículo 1o. de este mismo ordenamiento, entre las que se encuentra la consagrada en el artículo 17 constitucional que consiste en el derecho de que se les administre justicia por los Tribunales establecidos que tienen obligación de impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes...”*⁸³

Sin embargo, la interpretación del PJF ha sido acotada e incipiente, por lo que aún dista de darle eficacia a los derechos humanos de migrantes. Anteriormente se habló de la OC-18/03 de la Corte Interamericana. Mucho se ha discutido sobre los efectos vinculantes de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en este estudio se sostiene la obligatoriedad de la opinión consultiva para el Estado solicitante,⁸⁴ por lo que la OC-18/03 es de aplicación obligatoria para México; en virtud de lo anterior, los órganos jurisdiccionales mexicanos deberían de argumentar sus resoluciones guiados por las directrices establecidas en la misma.

Lamentablemente, de las violaciones a los derechos humanos que sufren migrantes irregulares en México se puede derivar que nuestras instituciones no garantizan sus derechos. Aunado a lo anterior, las resoluciones aludidas del PJF van encaminadas a reconocer la legitimación de los migrantes para denunciar o querellarse, es decir, les conceden la facultad de comparecer

⁸² La expresión dentro de los paréntesis es mía. *Denuncia o querella. Los extranjeros se encuentran legitimados para promoverla, aun cuando no acrediten su legal estancia en el país.* Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XIII, marzo de 2001, p. 1740, XX.2o.13 P.

⁸³ *Extranjeros. La omisión de acreditar su legal estancia en el país o su condición y calidad migratorias dentro de un juicio de amparo, no impide al juzgador resolver el fondo del asunto.* Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, I, abril de 1995, p. 151, VIII.2o.6 K.

⁸⁴ Como se mencionó anteriormente, la Sala Constitucional (Sala IV) de la Corte Suprema de Costa Rica sostiene este criterio en la *Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*, Expediente 0421-S-90, núm. 2313-95, sentencia del 9 de mayo de 1995.

ante los órganos jurisdiccionales, pero no se han pronunciado sobre el respeto irrestricto de sus derechos humanos ni han sancionado a sus transgresores. Por lo que dichas resoluciones tienen alcances limitados.

Se considera que las directrices básicas que el PJF debe de tener presente, en materia de derechos humanos, son: a) el juez nacional debe de aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México;⁸⁵ b) toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine* o *pro personae*, es decir, éstos deben ser interpretados y aplicados de la manera que más favorezca al ser humano; c) debe de observar las normas de *jus cogens*, y d) la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional.⁸⁶

Las anteriores directrices no han sido incorporadas en las resoluciones del PJF, a diferencia de otras Cortes Supremas que lo han hecho contundentemente, entre las que se encuentran las de Colombia,⁸⁷ Argentina,⁸⁸ Perú,⁸⁹ Guatemala⁹⁰ y Bolivia.⁹¹

⁸⁵ Si sólo utiliza el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que conlleve responsabilidad internacional al Estado mexicano.

⁸⁶ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, CNDH, 2003, p. 365.

⁸⁷ A manera de ejemplo: Corte Constitucional de la República de Colombia, Caso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220, numeral 3 parcial del Código de Procedimiento Penal, sentencia C-004/03, del 20 de enero de 2003. Revista *Diálogo Jurídico*. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos/Tribunales Nacionales/Corte Interamericana de Derechos Humanos*, número 1, julio-diciembre de 2006, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos / Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Universidad Nacional Autónoma de México / Fundación Konrad Adenauer, pp. 93 y ss.

⁸⁸ Véase: Corte Suprema de la Nación Argentina, "*Caso Ekmekjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo*", fallo 315:1492, del 7 de julio de 1992. *Ibid.*, pp. 3 y ss.

⁸⁹ Por ejemplo: Tribunal Constitucional del Perú, expediente 2488-2002-HC/TC, 18 de marzo de 2004. *Ibid.*, pp. 137 y ss.

⁹⁰ Entre otros: Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, Caso Francisco Velásquez López, Recurso de Casación número 218-2003, del 7 de octubre de 2004. *Ibid.*, número dos, enero-junio de 2007, pp. 41 y ss.

⁹¹ Como una muestra: Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, Caso de amparo constitucional de Milton Mendoza y otros vs. Presidente del Tribunal Permanente de Justicia Militar y la Sala Penal Primera de la Corte Superior de ese Distrito, sentencia constitucional 0664/2004R, 6 de mayo de 2004. *Ibid.*, pp. 125 y ss.

Las autoridades jurisdiccionales mexicanas deben tener en mente que “la jurisprudencia deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad” y si esto no se da “la interpretación se cerrará en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser”.⁹²

Se estima que con la incorporación de la Opinión Consultiva OC-18/03 en las resoluciones del PJF se daría un paso adelante en la protección de los derechos humanos de migrantes irregulares en México, lo cual sería parte de un ejercicio de congruencia entre lo que exigimos para nuestros nacionales en Estados Unidos de América y lo que les ofrecemos a los migrantes en nuestro país.

3. *Derechos humanos de migrantes irregulares y el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012: la aspiración*

Según el artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los programas de la Administración Pública se sujetarán obligatoriamente al PND. Por ello es relevante su estudio.

El PND⁹³ se compone de cinco ejes de política pública⁹⁴ y reconoce la necesidad de tomar medidas contundentes para avanzar con celeridad hacia los estándares internacionales en derechos humanos.⁹⁵ Lo cual implicaría la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y con ello la incorporación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en específico de la Opinión Consultiva OC-18/03, en las políticas públicas, legislación y jurisdicción mexicana. Hasta el término de este trabajo (abril de 2008), lo anterior no se ha producido.

⁹² Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 132-133.

⁹³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de mayo de 2007, véase http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd/PND_2007-2012_31may07.doc o http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/PND_2007-2012.pdf (fecha de consulta: 30 de marzo de 2008).

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

⁹⁵ Eje 1, Estado de Derecho y seguridad, punto 1.7.

Lamentablemente el PND tiene la tendencia de incluir el tema migratorio en la agenda de seguridad nacional⁹⁶ y no de desarrollo, lo cual es un grave error ya que no permite vislumbrar claramente los orígenes, causas, desarrollo y consecuencias de la migración irregular, lo que a su vez impide avanzar en la generación de soluciones para el fenómeno de la migración irregular.

Asimismo se observa poco avance en el cumplimiento del punto 1.9 sobre seguridad fronteriza, debido a que se ha buscado que la frontera sur sea un “ejemplo de cumplimiento de la ley”, pero no se ha logrado que al mismo tiempo “se respeten íntegramente los derechos humanos de todos”. Esto se constata con las recientes Recomendaciones de la CNDH y los pronunciamientos del Relator de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante.⁹⁷

Es de mencionar que el PND reconoce la corresponsabilidad del Estado mexicano en el fenómeno migratorio y manifiesta la necesidad de ofrecer condiciones dignas de vida dentro de los países emisores de migrantes.⁹⁸

⁹⁶ En el diagnóstico del rubro de seguridad nacional se establece que “Una condición fundamental en la política de seguridad nacional consiste en garantizar el orden y la legalidad de los flujos migratorios, comerciales o de cualquier tipo, en los más de 4,300 kilómetros que abarcan nuestras fronteras... En la frontera sur, los flujos migratorios indocumentados son una constante, lo que representa un mercado de ganancias enorme para los traficantes de personas. Durante el año 2006 se aseguraron a más de 182 mil extranjeros sin documentación en todo el país, de los cuales el 62 % se localizó en los estados de Chiapas y Tabasco...” También se señala que “entre 2001 y 2006, en la seguridad de la frontera norte se emplearon más de 1,900 miembros del ejército al año, mientras más de 1,700 se ubicaron en la frontera sur anualmente. Desafortunadamente, esto no ha sido suficiente para evitar que los límites territoriales se vean violados por el contrabando y el narcotráfico”.

⁹⁷ <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/CA2D1DD72C9DFCEAC125740F003042A5?opendo=cument> (fecha de consulta: 14 de abril de 2008).

⁹⁸ En el eje 5, Democracia efectiva y política exterior responsable, se realiza el diagnóstico de ésta última, “México reconoce su responsabilidad con sus vecinos del sur, y en particular con Centroamérica, para promover el bienestar social y el desarrollo económico de la región como las fuentes principales de solución a problemas comunes como la pobreza, la marginación, la desigualdad y la pérdida de capital humano por la migración”. Y respecto a la frontera norte, se menciona que “el fenómeno migratorio es uno de los temas prioritarios en la relación bilateral México-Estados Unidos. Para avanzar hacia una solución integral y duradera de este tema, se asume que los mercados laborales entre ambos países son complementarios y lo han sido durante decenios”; para lo cual “es igualmente necesario adoptar una visión de corresponsabilidad en esta materia, que reconozca que para arribar a una solución de largo plazo es preciso que en México se generen oportunidades de desarrollo y empleos mejor remunerados, que empiecen a cerrar la brecha en el nivel de ingresos y salarios con nuestros vecinos del Norte... La única solución de largo plazo para evitar que

Lo cual reafirma que las causas de la migración irregular radican, fundamentalmente, en problemas estructurales, como ya se mencionó.

Aunado a lo antes dicho, existe la obligación del Estado mexicano de proteger a sus nacionales en cualquier lugar en el que se encuentren, pero también debe de tener una actuación congruente en su territorio.

México no puede perder de vista el aumento de sus nacionales en Estados Unidos de América. Según el Informe 2000 de la Oficina del Censo de Estados Unidos de América, una de cada ocho personas que habitan en ese país son de origen hispanoamericano. Es decir, 32.8 millones de personas son hispanoamericanos, y correspondían al 12 % de la población total.⁹⁹ El PND, en el eje 5 en mención, observa que “los índices de crecimiento de la población de origen mexicano en Estados Unidos han aumentado de manera notable en los últimos años. De 18 millones en 1996, este grupo pasó a 27.7 millones en 2005. Los mexicanos que radican en los Estados Unidos aportaron a sus familiares en México 23 mil millones de dólares en 2006 por concepto de remesas”. No profundizaré en este aspecto ya que no es el objetivo principal del presente trabajo.

III. Perspectivas

1. Los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados en diversas partes del mundo y México no es la excepción. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Por lo que no bastan las jurisdicciones internas de los Estados para asegurar el respeto a los derechos de sus nacionales y menos de los extranjeros que se encuentran en su territorio.

2. Retomando 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 del migrante en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus polí-

el país siga perdiendo a mexicanos valiosos y emprendedores por causa de la emigración, es la generación de empleos bien remunerados”.

⁹⁹ Véase Mauricio Ibarra Romo y Mario Melgar Adalid, coords., *Memoria del encuentro sobre derechos humanos de los migrantes mexicanos en los Estados Unidos*, México, CNDH / UNAM, 2004, p. 25.

ticas de migración y deportar a los migrantes irregulares, pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tiene el individuo: su vida, libertad y dignidad. Es indispensable que la OC-18/03 de la Corte Interamericana sea retomada al interior de los Estados Americanos; no se puede permitir que dicho esfuerzo internacional quede en el olvido, por el contrario, debe ser difundido y servir como un instrumento en la protección de derechos de migrantes en México.

3. Es urgente que las naciones diseñen mecanismos más accesibles de denuncia para migrantes irregulares. El que el Estado mexicano, en todos los ámbitos y niveles de gobierno, desarrolle una cultura de respeto a los derechos humanos puede ser de gran ayuda, sin embargo, no es suficiente si no se garantiza el acceso a la justicia a los migrantes irregulares.

4. Es fundamental implementar la cultura de respeto a los derechos humanos entre los servidores públicos que están en contacto con migrantes irregulares en México (Instituto Nacional de Migración, Ejército y Secretaría de Marina, entre otros), a fin de que disminuyan las quejas por violaciones a derechos humanos ante la CNDH y Comisiones Locales, enfatizando que dicha disminución se debe producir porque los derechos de migrantes irregulares se observan en el territorio mexicano. Mientras ello sucede, es decir, mientras se implementa la cultura de respeto a los derechos humanos y el régimen de sanciones correspondiente entre los servidores públicos, se debe fortalecer la presencia de la CNDH y de las Comisiones Locales en las entidades federativas en donde se da el mayor número de detenciones para prevenir violaciones irreparables a los derechos humanos de migrantes y recibir el número quejas que correspondan, debido que, en ocasiones, éstas no se presentan por desconocimiento o temor de los afectados.

5. El PJF debe de interpretar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, ya que así lo establece la Constitución Federal, además de los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía.

6. Al identificar los aspectos referentes a migración irregular en el PND se pretendió establecer un parámetro del estado actual y la forma en la que se pretende avanzar en el cumplimiento de los derechos humanos de migrantes. Vale recordar que el cumplimiento o incumplimiento del PND no tiene beneficio ni sanción alguna y quizás cuando la sociedad lo conoce, lo cual no es muy común, puede emitir su reconocimiento sobre el logro o no de dichas metas, lo que a la postre puede tener consecuencias electorales.

7. La sociedad mexicana ha sido indiferente y pasiva frente a las violaciones de derechos humanos que sufren nuestros connacionales todos los días en Estados Unidos de América y ante las violaciones cometidas en territorio mexicano contra migrantes. Es una actitud cuestionable el beneficiarse económicamente del trabajo de migrantes pero no defenderlos internacionalmente frente a los abusos y sufrimientos a los que están expuestos; así también es incongruente el criticar las violaciones de derechos de migrantes en Estados Unidos de América, pero cometerlas con migrantes en nuestro país.

Debemos de conocer y respetar los derechos de migrantes, no sólo porque es lo justo y necesario sino porque la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de los nuestros. Hay que recordar la premonición de Bertold Brecht: un día vinieron por otros y no dijimos nada; mañana vendrán por nosotros y todos guardarán silencio. Si hoy no actuamos en congruencia con los derechos de toda persona, mañana podemos ser nosotros quienes seamos vulnerados en nuestras prerrogativas. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.