

DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Loretta Ortiz Ahlf*

I. Introducción

Eric Hobsbawm en su obra la historia del siglo XX al apuntar los graves problemas que tendrán que afrontarse para el siguiente milenio señala:

Rodeados por países pobres con grandes ejércitos de jóvenes que claman por conseguir los trabajos humildes del mundo desarrollado que les harían a ellos ricos en comparación con los niveles de vida de El Salvador o de Marruecos, esos países ricos con muchos ciudadanos de edad avanzada y pocos jóvenes tendrían que enfrentarse a la elección entre permitir la inmigración en masa (que produciría problemas políticos internos), rodearse de barricadas para que no entren unos emigrantes a los que necesitan (lo cual sería impracticable a corto plazo) , o encontrar otra fórmula. Lo más probable sería la de permitir la inmigración temporal y condicional, que no concede a los extranjeros los mismos derechos políticos y sociales que los ciudadanos, este es, la de crear sociedades esencialmente desiguales. Esto puede abarcar desde sociedades de claro apartheid, como las de Sudáfrica e Israel (que están en declive en algunas zonas del mundo, pero no han desaparecido en otras), hasta la tolerancia informal de los inmigrantes que no reivindican nada del país receptor, porque lo consideran simplemente como un lugar donde ganar dinero de vez en cuando, mientras se mantienen básicamente arraigados en su propia patria. Los transportes y las comunicaciones de fines del siglo xx, así como el enorme abismo que existe entre las rentas que pueden ganarse en los países ricos y en los pobres, hacen que esta existencia dual sea más posible que antes. Si este tipo de existencia podrá lograr, a largo o incluso a medio plazo, que las fricciones entre los nativos y los extranjeros sean menos incendiarias, es una cuestión sobre la que siguen discutiendo los eternos optimistas y los escépticos desilusionados.¹

La globalización de la económica y la desestabilización social han generado una pauperización de los estratos pobres de la sociedad y con esto, la marginalización y exclusión social de millones de personas. Ambos fenómenos han provocado como lo

* Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México, autora de varias obras sobre la materia y profesora de derecho internacional público.

1 HOBBSBAUM, Eric, *Historia del siglo XX. 1914-1991*. Ed. Grijalbo- Mondadori, Barcelona, 1995, pp. 575 y 576.

demuestran cifras recientes un mayor número de desplazamientos de inmigrantes irregulares en busca de trabajo para sobrevivir².

Las migraciones y los desplazamientos forzados que iniciaron en la década de los noventa y aún continúan se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los inmigrantes. En los últimos años, la llamada “flexibilidad” en las relaciones laborales, en medio de la globalización de la económica, ha generado movilidad³.

El universalismo de los derechos humanos resulta inexistente, cuando se contraponen, los derechos de individuos que cruzan la frontera de un Estado por hambre y los derechos de los nacionales del Estado receptor. La nacionalidad se ha convertido en el prerequisite del derecho de entrada y residencia en el territorio de un Estado, y en razón de la misma ha dejado de existir en una sociedad el derecho de la igualdad. Además entre nacionales de un Estado se han originado diversas clases de nacionales que van de los nacionales plenos a los semiplenos y dentro de los extranjeros también se han establecido diferencias.

Las normas de derecho internacional general en materia de extranjería dejaban en manos de los Estados un ámbito muy amplio de regulación dando como resultado que las disposiciones constitucionales y demás normas de derecho interno resulten insuficientes para proteger los derechos humanos en condiciones de igualdad y no discriminatorias de los extranjeros independientemente de su legal estancia en un Estado.

II. Conceptualización de refugiados, asilados, desplazados e inmigrantes irregulares

La inmigración es un fenómeno de la realidad internacional que carece de adecuada conceptualización y de regulación internacional en América acorde con la magnitud de los problemas que plantea. Esta problemática se acentúa en el caso de la denominada inmigración clandestina, irregular o ilegal.

La entrada de los inmigrantes al territorio de un Estado diferente al suyo puede modificar su estatuto personal cuando dicho traslado es permanente. El derecho internacional deja en manos de los Estados la determinación de quienes son sus nacionales y de manera colateral de quienes son extranjeros, por cuanto son extranjeros los que no son nacionales de un Estado. De igual forma, la salida de un país como la entrada a otro de una persona, es regulada principalmente por el derecho interno de los Estados de entrada y salida separada y discrecionalmente, así, un mismo fenómeno que generó un único movimiento transfronterizo de una misma persona derivó en la aplicación de dos regímenes diversos.

2 OGATA SADAOKO, *The State of the Worlds Refugies - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/ Oxford University Press, 2000, pp. 9.

3 VAN HEAR, *New Diasporas- The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp.19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151.

La conceptualización de extranjero corresponde a una definición de carácter negativo, ya que los extranjeros son aquellas personas que no tienen el vínculo jurídico-político de la nacionalidad. El derecho interno de cada Estado determina las obligaciones y derechos de los extranjeros, sujeta a la normatividad internacional, en virtud de la cual, se habla de un estándar mínimo de derechos y de reciprocidad sobre la cual no existe un acuerdo generalizado sobre su contenido concreto y se ha positivado mediante la costumbre internacional.

El proceso de definición y protección de los inmigrantes es complejo, dentro de este universo, cabe diferenciar a los refugiados, asilados y desplazados. La Convención de Ginebra de 1951 define al refugiado, como

... toda persona que como resultado de los acontecimientos ocurridos en Europa antes del primero de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país⁴.

La definición anterior se encontraba sujeta a dos limitaciones la temporal y la espacial, que revelan con toda claridad que la Convención de Ginebra fue redactada para resolver el problema de los refugiados contemplados en su ámbito de aplicación es decir en Europa y anterior a 1951. No es sino hasta 1967 cuando se intenta superar la limitación temporal con el Protocolo de 1967, dicho instrumento señala que “será aplicable por los Estados Parte en el mismo sin ninguna limitación geográfica,” pero aquellos países que habían firmado la Convención de 1951 con “limitación geográfica” podrían válidamente mantenerla al adherirse al Protocolo, tal es la situación que en la actualidad mantienen Malta, Turquía, y Hungría⁵.

Posteriormente, en la década de la descolonización en África, se adoptó en 1969, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) instrumento en el que se reconoce que deben abordarse los problemas de los refugiados de manera esencialmente humanitaria para encontrarles solución. Y se amplió la definición en los siguientes términos:

El término de refugiado se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

En América Latina los problemas de violencia se intensificaron en la década de los 70 en América Central, esta región se convirtió en una inmensa hoguera que produjo

4 Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1, A, 2.

5 GALINDO VÉLFZ, Francisco, “El derecho de los refugiados”, en *Jurídica 30*, México, 2000, p. 221.

enormes flujos masivos de refugiados, entonces nuevamente se vio la necesidad de ampliar la definición clásica de refugiado, en las conclusiones del Coloquio organizado en México bajo los auspicios del ACNUR en mayo de 1981 sobre “Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina”⁶. Para llevar a cabo dicha ampliación se convocó en 1984 al Coloquio sobre Refugiados que adoptó una definición ampliada gracias a la cual se ha resuelto la problemática de los refugiados en América Central y luego en el resto de América Latina.

La Declaración de Cartagena en su Conclusión Tercera señala:

...en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área de Centroamérica, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente de la región el precedente de la Convención de la OUA (Artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁷.

La definición amplia de refugiado ha servido para resolver importantes problemas de refugiados en América Latina (provenientes en su mayoría de la región, salvadoreños, nicaragüenses, y guatemaltecos) y también en América del Sur (Colombia) e incluso en otros continentes, (por ejemplo Angola).

A la Declaración de Cartagena le sigue el Documento “Principios y Criterios de 1989” que alude a los desplazados internos y los define *como* “las personas que han sido obligadas a abandonar sus hogares o actividades económicas habituales debido a que sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o el conflicto prevaeciente, pero permaneciendo dentro de su países”⁸.

En relación con los desplazados internos es necesario recordar que estas personas han dejado frecuentemente sus poblaciones de origen por las mismas causas que los refugiados: persecución, violencia, violación masiva de derechos humanos, y que sólo se suelen distinguir de estos –de los refugiados– a causa de no haber dejado su país de origen. Sin embargo en el caso de los refugiados el ACNUR tiene un mandato específico, en cambio en el caso de los desplazados carece de este sólo puede encargarse de estos cuando así lo determine la Asamblea General de Naciones Unidas dentro del límite de los medios de los cuales dispone⁹.

6 Protección y asistencia de refugiados en América Latina- Documentos Regionales 1981-1999, ACNUR, 2000, pág 353.

7 Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina- Documentos Regionales 1981-1999, Op. cit, p. 348.

8 Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina- Documentos Regionales 1981-199. Op.cit, p. 235.

9 RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *Migraciones forzadas*, México, Ed. INDOSOC, 2003, pp. 13 y 14

Conviene aclarar que en América Latina a diferencia del resto del mundo, se generó la práctica internacional del asilo de la cual incluso derivaron instrumentos convencionales, en cambio en el Sistema de Naciones Unidas emergió el refugio. La Declaración de Tlatelólco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe señala en relación con el tema, que:

Los términos de refugio y asilo son sinónimos, porque extienden la protección a extranjeros que la ameritan, el asilo es una institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formaliza dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 relativa al Estatuto de Refugiados y su Protocolo de 1967, o el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia.¹⁰

Por el otro lado, se han desarrollado tesis que distinguen el régimen del asilo del refugio, unos sostienen que el asilo es un sistema regional y el refugio universal, otros desafortunadamente han querido establecer la diferencia entre ambos sistemas en términos de números es decir el sistema de Naciones Unidas para grupos y el asilo para casos individuales, tampoco han faltado aquellos que consideran que el refugio opera para los desamparados y el asilo para los que tienen recursos propios, todas estas interpretaciones resultan bastantes débiles al carecer de un fundamento jurídico sólido¹¹.

Sin embargo, puede apreciarse como diferencia entre ambos regímenes de protección, que en el caso del refugio los Estados Parte se encuentran obligados frente a los individuos que reúnen los requisitos señalados en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 a respetar y garantizar los derechos establecidos a favor de los sujetos tipificados y que las causas que lo motivan son las persecuciones por motivo de raza, religión, opinión política y nacionalidad. En cambio en el caso del asilo, el otorgamiento del mismo por los Estados parte es un acto discrecional y se concede aquellos que sufren la persecución política.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 14:

1 En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2 Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de Naciones Unidas.

El primer párrafo de la disposición no es preciso, pues no señala la clase de motivos que pueden originar el asilo; en este sentido, los motivos suelen ser determinantes para establecer las diferencias entre el asilo y el refugio. En cuanto al asilo, la persecución

10 Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina- Documentos Regionales 1981-1999, Op.cit, pág 111.

11 GALINDO VÉLEZ, Francisco. *El derecho de los refugiados*, Op.cit, pág 225.

obedece a razones políticas, mientras que en el refugio se debe a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política.

Dicha disposición obliga a los Estados a no otorgar asilo cuando existe una acción judicial derivada de delitos comunes, o cuando se hayan cometido actos contrarios a los principios y propósitos de las Naciones Unidas, esta última limitación no está contemplada en las convenciones americanas de asilo.

También en el ámbito universal ubicamos la Declaración sobre Asilo Territorial, Resolución 2312 (XXII) del 14 de diciembre de 1967, en la cual se puntualiza:

El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.

2. No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto a tales delitos.

4. Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motiven.¹²

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, señala :

La petición presentada por un nacional de un tercer país o por un apartida que pueda interpretarse como una solicitud de protección internacional de un Estado miembro de conformidad con la Convención de Ginebra. Cualquier solicitud de protección internacional se considerará solicitud de asilo, salvo que el nacional de un tercer país o el apartida pida explícitamente otra clase de protección que pueda solicitarse por separado.¹³

De esta forma, asilo en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea es equivalente al refugio, ya que, la protección que recibe el individuo de conformidad con los instrumentos señalados, corresponde al régimen de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. En cambio, en el caso de los instrumentos americanos de asilo, si aparecen de manera claras diferencias entre asilo y refugio. En la Décima Conferencia Interamericana, del 28 de marzo de 1954, se firmaron en Caracas dos Convenciones, una sobre Asilo Diplomático y otra sobre Asilo Territorial. La Convención sobre Asilo Territorial consta de 15 artículos y establece que el otorgamiento del asilo es un derecho que corresponde al Estado en el ejercicio de su soberanía, además puntualiza que la causa o motivo por la cual resulta procedente otorgar el asilo territorial es por la comisión de delitos políticos. Dicha convención a diferencia de las que la antecedieron aclara, que tanto la calificación del delito como la apreciación de las pruebas corresponde el Estado

¹² Ibidem.

¹³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 6 de febrero de 2003.

asilante, independientemente de que las pruebas sean presentadas por el Estado que requiere al asilado.

Por su parte, la Convención de Asilo Diplomático define al asilo diplomático como aquel que se otorga en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares. Para tales efectos, se entiende por legación toda la sede de la misión, la residencia de los jefes de la misión y los locales habilitados por ellos cuando el número exceda de la capacidad normal de los edificios. Se requiere para otorgar el asilo diplomático que la persecución obedezca a la comisión de delitos políticos y que se haya originado una situación de urgencia, la apreciación de la misma corresponde al Estado asilante. Al igual que en asilo territorial el otorgamiento del asilo es un acto discrecional del Estado en ejercicio de su soberanía y la calificación de los hechos que motivan la solicitud del asilo corresponde al Estado asilante¹⁴.

Si realizamos una aproximación conceptual, observamos que la conceptualización del inmigrante irregular se basa en una construcción jurídica doblemente negativa. En primer lugar, la categoría de inmigrante parte de una definición negativa, ya que, en la legislación nacional de cada Estado, define a los extranjeros como a los no nacionales de un Estado. En segundo lugar, el extranjero inmigrante en situación irregular es también un concepto negativo, por cuanto se define por contraposición al concepto de extranjero en situación legal o regular. De tal suerte, que en cada Estado se define al inmigrante irregular, a partir de los requisitos que la legislación de cada Estado determina que debe cumplir un inmigrante regular y que no satisface el ilegal.

Es sencillo advertir, que la construcción conceptual del inmigrante irregular es doblemente negativa y además depende del ordenamiento jurídico de cada Estado. Tanto la definición de extranjero, como la de extranjero en situación regular, la determina cada Estado, con lo cual para determinar el estatuto de inmigrante irregular en un territorio determinado debemos revisar el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

Si la definición del inmigrante irregular parte de un doble concepto negativo (no nacional y en situación no legal) y se originan diversas definiciones en razón del ordenamiento jurídico de cada Estado que determina un punto de partida conceptual diferente, la determinación de un estatuto homogéneo de derechos y obligaciones de los inmigrantes irregulares da pie a un complicado rompecabezas de regulaciones internas que dificulta un planteamiento homogéneo¹⁵. Frente a tal situación, la positivación de los derechos humanos de los inmigrantes irregulares, tiene como única solución el derecho internacional, (normas convencionales y consuetudinarias internacionales), además de las opiniones y sentencias de órganos de control o jurisdicción en materia de derechos humanos, de ahí la importancia de la labor realizada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este rubro.

14 GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO. *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional*, Estudios jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina, México, Porrúa 1984, p. 55.

15 DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro. *El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular*, en *Inmigración irregular y Derecho*, Serie de Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 141

III. Avances en la regulación internacional de los migrantes gracias a las resoluciones y opiniones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

El ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Helio Bicudo, al referirse sobre el tema puntualizó:

En nuestra perspectiva, la principal causa del constante flujo migratorio en nuestro hemisferio se debe a la pobreza y exclusión del desarrollo económico en que se encuentran sumergidos amplios sectores de nuestra sociedad. Es, además una de las consecuencias, que el propio Banco Mundial ha reconocido, de la práctica neoliberal y de la globalización de la economía. Y añadió: “No solamente factores económicos han incidido en el movimiento masivo de personas en nuestro hemisferio, las guerras civiles y persecuciones por factores políticos que han afectado a amplios sectores de nuestra sociedad han contribuido a esto además de los desastres por causas naturales. En este campo, el problema migratorio roza con un cuerpo de doctrina y obligaciones estatales bien establecido en el derecho internacional como es el derecho de los refugiados y del asilo.”¹⁶

Algunos de los casos en los cuales la Comisión Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse vinculados con personas migrantes son:

- El pronunciamiento en el caso Riebe y otros en contra de México por la expulsión de sacerdotes no mexicanos que se encontraban en Chiapas.
- El caso de los haitianos en tránsito a Estados Unidos durante la dictadura de Raúl Cedras.
- El caso de los Marielitos.
- La visita in loco a Texas y California.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas que buscan asilo en Canadá.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana.
- El otorgamiento de medidas cautelares para el caso de personas de origen haitiano que residen en República Dominicana. Al ser rechazada la medida cautelar que tenía como objeto evitar las expulsiones masivas, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana la adopción de medidas provisionales. Lo cual dio origen, además a un pronunciamiento de la Corte de enorme importancia en relación al derecho de los migrantes.

Por otro lado, como bien señala el Dr. Jaime Ruiz de Santiago:

¹⁶ Simposio sobre Migración Internacional de las Américas, organizado por la CEPAL y la OIM en San José, Costa Rica, del 4 al 6 septiembre de 2000.

la Corte Interamericana ha mostrado un carácter innovador y creativo de enorme importancia, tanto en su función jurisdiccional como en la consultiva, y la misma preocupación por una justicia real se observa en el otorgamiento de medidas provisionales que han tenido fuerte incidencia en el derecho de libre circulación consagrado en el artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁷.

Sin la menor duda las dos opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han revolucionado el derecho internacional común, son las opiniones OC-16 y 18. La primera fue solicitada en relación al derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Cabe recordar que dicha opinión fue presentada por México, en razón de la pena de muerte impuesta judicialmente a mexicanos por gobierno de los Estados Unidos y no informó de su detención al Cónsul de México.

La obligación de los Estados receptores de informar en caso de detención de un extranjero al Cónsul del Estado del cual son nacionales se ubica en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El derecho a la asistencia consular debe proveerse "sin dilación", señala la Corte Interamericana, esto significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante autoridad¹⁸.

Dicha opinión involucra la aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención de Viena de Relaciones Consulares y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Interamericana puntualiza en relación a la asistencia consular:

... permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho del debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto que establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, amplíen el horizonte de la protección de los justiciables¹⁹.

Por su parte, en su voto particular el Dr. Sergio García Ramírez señala:

...afecta las garantías del debido proceso legal y en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

17 RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *El problema de las migraciones forzadas en nuestro tiempo*, Ob. Cit. p. 22.

18 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Corte Interamericana de derechos humanos, Opinión Consultiva OC/18/03, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, pp. 29.

19 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (estudio introductorio), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/18/03, México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p.30.

ticos, artículo 6°) con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación²⁰.

Así, de manera brillante la opinión establece con claridad que el extranjero goza dentro de sus derechos del derecho de asistencia consular, al cual le corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor, que debe informar al detenido sobre los derechos que le corresponden al momento de privarlo de la libertad. La no observancia del derecho contemplado en el artículo 36, de la Convención de Viena, afecta las garantías del debido proceso legal del extranjero, y por ello, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado “arbitrariamente” de la vida, en los términos de diversos tratados en materia de derechos humanos.

Además, la Corte Interamericana al determinarse competente frente a la objeción de Estados Unidos de que la Opinión Consultiva encubría una reclamación contenciosa, reafirmó el amplio alcance de su función consultiva, al señalar que “... tiene capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, un servicio con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a derechos humanos y de ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar los tratados en materia de derechos humanos”²¹.

A partir de esta opinión se abre una gran ventana en el desarrollo progresivo y expansivo de los derechos humanos de los inmigrantes, en palabras del voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez “recoge la más avanzada doctrina del proceso procedimiento penal, y ensancha la protección de los derechos humanos en un ámbito que constituye, verdaderamente, la “zona crítica de esos derechos”²².

En su voto concurrente, el juez Cançado Trindade, entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisa el sentido de la evolución del Derecho frente a nuevas necesidades de protección:

Las soluciones jurídicas no pueden dejar de considerar el tiempo de los seres humanos. Lo cual obliga a tomar una postura enteramente distinta de la indiferencia y autosuficiencia del positivismo jurídico”. Del tal suerte, que la ciencia jurídica actual debe partir de que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas van acompañadas de la evolución de la conciencia jurídica universal, no siendo independiente de éste. En este aspecto el aporte proporcionado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental. Los tratados de derechos humanos son efectivamente instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos.²³

20 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (estudio introductorio) Corte Interamericana de derechos Humanos, opinión Consultiva OC-18/03, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p.30.

21 FIX ZAMUDIO, Héctor (Prólogo); GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, Opinión Consultiva OC/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1° de octubre de 1999 solicitada por el Gobierno de México sobre el tema, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2001, p.18 y 19.

22 ANTONIO TRINDADE, Antonio Augusto- RUÍZ SANTIAGO, Jaime, Op.cit, p. 273.

23 Opinión Consultiva Oc-16/99 del 1 de Octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José Costa Rica, Costa Rica, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, n.10.

Con posterioridad se presentaron en la vía contenciosa la demanda de Paraguay en contra de Estados Unidos, el 3 de abril de 1998, ante la Corte Internacional de Justicia y la demanda contra ese mismo Estado por Alemania el 2 de marzo de 1999. En el primer caso se sentenció a pena muerte a un nacional paraguayo, Ángel Francisco Beard, en Virginia, sin que se hubiera respetado el derecho establecido en el artículo 36, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, desgraciadamente la reclamación fue retirada por Paraguay el 10 de noviembre de 1998.

En el segundo caso se condenó a muerte a los hermanos Kart y Walter La Grand, en el Estado de Arizona, sin que se le hubiere notificado al Cónsul de Alemania conforme a lo previsto por el multicitado artículo 36. En este caso la Corte Internacional de Justicia por primera vez enfatizó que las medidas provisionales ordenadas por este órgano jurisdiccional son de forzoso cumplimiento para los Estados.

Por violación del artículo 36 de la Convención de Viena el Gobierno de México presentó por primera vez por la vía contenciosa una demanda contra Estados Unidos conocido como el Caso Avena y otros nacionales por la violación del derecho de asistencia consular de 51 nacionales mexicanos condenados a la pena de muerte en diversas entidades de Estados Unidos: California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregon, estos últimos tres casos tienen como punto de partida, la OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La gran aportación de la Opinión OC/16 y de las dos sentencias de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional, constituye sin lugar a dudas, la ampliación del estándar mínimo de derechos de los extranjeros y con ello una precisión del derecho de acceso a la justicia de los mismos, al determinar que el derecho de asistencia consular forma parte o se integra al derecho del debido proceso legal.

Por su relevancia en la materia, un lugar especial merece la Opinión Consultiva OC-18, solicitada por el Gobierno de México el 10 de mayo de 2002, en la solicitud de la Opinión se señaló:

...privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales (a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidos aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano²⁴.

México solicitó la interpretación de las siguientes normas internacionales: 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos; artículo II (derecho de igualdad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho in-

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC/18/03, Estudio Introductorio Sergio García Ramírez, México, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p.35.

terno) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2, 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, en su voto concurrente puntualizó:

Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constituye, a mi juicio, un significativo aporte a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hace cuatro años, la Corte Interamericana emitió la histórica Opinión Consultiva Número 16, sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (del 01.10.1999), verdaderamente pionera, que ha servido de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia. El día de hoy, en la misma línea de razonamiento orientado a las necesidades e imperativos de la protección de la persona humana, y al final de un procedimiento consultivo que ha generado la mayor movilización de toda su historia, la Corte Interamericana adopta otra Opinión Consultiva de gran trascendencia y nuevamente pionera sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, tomándose el primer tribunal internacional a pronunciarse sobre esta materia como tema central.

2. Aún más significativo es el hecho de que la materia tratada en la presente Opinión Consultiva, solicitada por México y adoptada por la Corte por unanimidad, es de interés directo de amplios segmentos de la población en distintas latitudes –en realidad, de millones de seres humanos–, y constituye en nuestros días una preocupación legítima de toda la comunidad internacional, y –yo no me eximiría de agregar– de la humanidad como un todo.²⁵

El Dr. Cançado Trindade señala de manera muy clara y precisa una de las aportaciones de la Opinión Consultiva OC/18 al derecho internacional al enfatizar que “la propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección”²⁶.

La Corte Interamericana por unanimidad emitió la Opinión Consultiva OC/18 en los siguientes términos:

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. Que el cumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, ob. cit. pp.203 y 204.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, ob. cit. p. 215.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea Parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho del debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
8. 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. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.
10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del estado de empleo, y este último debe tomar las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.
11. Que los estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad jurídica y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio²⁷.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, ob. cit. págs. 196, 197 y 198.

Las normas del derecho internacional que determinan las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros son consuetudinarias y parten de los principios de igualdad, trato mínimo internacional y reciprocidad. Quizás el que presenta perfiles más problemáticos es el estándar mínimo internacional, en el que ubicaríamos los derechos fundamentales (especialmente los vinculados a la dignidad de la persona) pero donde no existe un acuerdo generalizado sobre su contenido concreto.

Dicho estándar mínimo obliga a los Estados independientemente de cual sea la situación de los nacionales, a garantizar a los extranjeros de manera efectiva, protección de aquellos actos violatorios de sus derechos ejecutados por el Estado en ejercicio de su potestad soberana, protección en caso de atentados en contra de la integridad corporal, vida, o bienes, acceso a los tribunales, a un proceso penal justo e impedir detenciones arbitrarias. “La violación de ese estándar presupone en general una violación masiva y grave en contra de los claros deberes de diligencia o de la violación de las normas de las naciones civilizadas”²⁸.

De conformidad con dichas normas la aceptación de los extranjeros es decisión de cada Estado. Dicha facultad de decisión se puede ver limitada, por acuerdos regionales de integración económica, acuerdos de libre comercio, bilaterales o multilaterales, por ejemplo en el marco de la Unión Europea, resaltan la libertad de circulación de los trabajadores en ámbito territorial de la Unión (artículo 39, CE), de establecimiento empresarial (artículo 43, CE) y de circulación de los ciudadanos de la Unión (artículo 18, número 1, CE).

La condición del inmigrante irregular se encuentra escasamente regulada por el derecho internacional. Se contempla el derecho a salir de un país, pero no a entrar en el territorio de otro Estado del que no es nacional, lo que origina una amplia competencia discrecional del Estado, que se ejerce con la exigencia de documentación cuyo uso se ha generalizado en los últimos decenios. La expulsión colectiva de extranjeros se encuentra prohibida y respecto a la individual sólo cuando es arbitraria de los extranjeros que residen legalmente. Si el inmigrante es rechazado en frontera o hallado en situación ilegal (porque ha ingresado clandestinamente o bien porque ya no cumple con los requisitos de permanencia) puede ser expulsado con la limitante de no devolverlo si su vida o libertad están en peligro al país donde se pueden actualizar dichos riesgos²⁹.

Como resulta fácil de apreciar, el inmigrante irregular carece de normas internacionales específicas, les es aplicable el régimen común del derecho de extranjería, dejando un amplio margen de discreción a los Estados para regular las muy variadas situaciones que entran en juego en relación inmigrante, lo cual ha ocasionado una gran vulnerabilidad que obliga a calificar en el caso de los inmigrantes irregulares como el grupo más desprotegido por cuanto sólo en algunos países ya se les reconoce el derecho de acceso a la justicia.

28 HERDEGEN MATTHIAS, Derecho Internacional Público, UNAM y Konrad Adenauer, México, 2005, p. 211.

29 DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, *El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular, en Inmigración Irregular y Derecho*, Editores- Alejandro del Valle Gálvez y Miguel Ángel Acosta, Cádiz, Sánchez, Universidad de Cádiz y Cruz Roja Española, 2005, p. 140.

La enorme trascendencia e importancia de la OC-18 constituye sin lugar a dudas la determinación de dos normas en materia de derechos humanos (el respeto al derecho de igualdad y no discriminación) en normas de *ius cogens*, segunda ocasión en que un tribunal internacional realiza dicha calificación, el primer caso tuvo lugar en el Caso Nicaragua contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual la Corte enfatizó que la norma que prohíbe el amenaza o uso de la fuerza armada contra un Estado de la Comunidad Internacional constituye una norma imperativa de derecho internacional. (*ius cogens*).

En los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se observa que al debatir el contenido del artículo 53, se puntualizó que más que enlistar las normas de *ius cogens* se describirían la naturaleza de dichas normas para que a través de sentencias, resoluciones y opiniones de los tribunales internacionales con fundamento en dicha norma se determinarían las normas imperativas de derecho internacional, convirtiendo así su cumplimiento en forzoso, para todos los Estados independientemente de su aceptación convencional o consuetudinaria, al generarse obligaciones *erga omnes*³⁰. Al considerar las normas de igualdad y no discriminación en normas obligatorias para todos los Estados de la Comunidad Internacional, se obliga a los Estados a garantizar de manera efectiva, el ejercicio de los derechos humanos a los migrantes regulares o irregulares, establecidos en normas convencionales o consuetudinarias.

Al regular el derecho internacional la materia de derechos humanos y otorgar al individuo subjetividad jurídico internacional para el reclamar su debida garantía y protección, se dio un gran paso el desarrollo progresivo del derecho internacional. La subjetividad jurídico internacional se adquirió de manera paulatina en el ámbito universal, requirió de la ratificación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y de su Protocolo Facultativo que entró en vigor en la misma fecha, en el contexto de la OEA se cristaliza dicha situación con el Pacto de San José, el 22 de noviembre de 1969 y la ratificación por los Estados miembros de la OEA del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Europa con la entrada en vigor de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y el Protocolo 11, de dicha Convención por el que se establece la Corte Europea de Derechos Humanos.

Con anterioridad sólo al Estado de la nacionalidad del individuo gozada de *ius standi* para reclamar en el ámbito internacional la violación de los derechos contemplados en el estándar mínimo a favor de sus nacionales, a través de la protección diplomática, con la OC/18, se les concede *ius standi* a los individuos que carecían de acceso a los mecanismos internacionales por la falta de ratificación del Estado de los tratados internacionales donde se contemplan dichos mecanismos.

30 La Comisión de Derecho Internacional estimó conveniente en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una normas de *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forma en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. CASANOVAS Y LA ROSA Oriol, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, 2ª Edición, Madrid, Ed. Técnicos, p. 127.