

## DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES

Loretta ORTIZ AHLF

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Conceptualización de los refugiados, asilados, desplazados e inmigrantes irregulares.* III. *Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los inmigrantes al derecho internacional general.* IV. *Reflexiones.*

### 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, esto 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.<sup>1</sup>

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 demuestran cifras recientes un mayor número del desplazamiento masivo de inmigrantes irregulares en busca de trabajo para sobrevivir.<sup>2</sup>

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 movilidad.<sup>3</sup>

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 prerequisito 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

<sup>1</sup> Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, p. 561.

<sup>2</sup> Ogata Sadako, *The State of the World's Refugees. Fifty of Humanitarian Action*, Oxford University Press-UNHCR, 2000, pp. 4-6. Los desplazamientos forzados en la década de los noventa (después de la Guerra Fría) abarcan cerca de nueve millones de personas: UNHCR, *The State of the World's Refugees- Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR-Oxford University Press, 2000, p. 9.

<sup>3</sup> Van Hear, *New Diasporas. The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, Londres, UCL Press, 1998, pp. 19 y 20, 29, 109 y 110, 141, 143 y 151.

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 LOS 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 quiénes son sus nacionales y de manera colateral de quiénes 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.

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 positivizado 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 determina-

do 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 país.<sup>4</sup>

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 Hungría.<sup>5</sup>

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 setenta en América Central, esta región se convirtió en una inmensa hoguera que produjo 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

<sup>4</sup> Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, artículos 1,A,2.

<sup>5</sup> Galindo Vélez, Francisco, “El derecho de los refugiados”, *Jurídica 30*, México, 2000, p. 221.

Internacional de Refugiados en América Latina".<sup>6</sup> 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

...que 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 1o., 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 público.<sup>7</sup>

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, 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 prevaleciente, pero permaneciendo dentro de sus países”.<sup>8</sup>

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

<sup>6</sup> Protección y asistencia de refugiados en América Latina-Documentos Regionales 1981-1999, ACNUR, 2000, p. 353.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 235.

masiva de derechos humanos, y que sólo se suelen distinguir de éstos —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 éste, sólo puede encargarse de éstos cuando así lo determine la Asamblea General de Naciones Unidas dentro del límite de los medios de los cuales dispone.<sup>9</sup>

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 Tlatelolco 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.<sup>10</sup>

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 sólido.<sup>11</sup>

Sin embargo, pueden 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

<sup>9</sup> Ruiz de Santiago, Jaime, *Dignidad de la persona y derechos humanos*, México, IMDOSOC, 2003, pp. 13 y 14.

<sup>10</sup> Protección y Asistencia de Refugiados en América Latina- Documentos Regionales 1981-1999, *cit.*, nota 6, p. 111.

<sup>11</sup> Galindo Vélez, Francisco, *op.cit.*, nota 5, p. 225.

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 a 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 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, está 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:

1 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.

3. Correspondrá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motiven.<sup>12</sup>

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2003/9/CE del Consejo, del 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.<sup>13</sup>

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, sí 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 quince 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 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

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

<sup>13</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, 6 de febrero de 2003.

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 asilante.<sup>14</sup>

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 lo 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 homogéneo.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Valle Gálvez, Alejandro del, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Valle Gálvez, Alejandro del y Acosta Sánchez, Miguel Ángel (eds.),

### III. APORTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INMIGRANTES AL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Sin la menor duda, las dos opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han revolucionado el derecho internacional común vinculadas con los derechos humanos de los migrantes, son las opiniones OC-16 y 18. La primera fue solicitada con 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 el 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 autoridad.<sup>16</sup>

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 puntuiza con 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,

*Inmigración irregular y derecho*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz-Universidad de Cádiz-Cruz Roja Española, 2005, p. 141.

<sup>16</sup> García Ramírez, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/18/03*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p.29.

como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, amplíen el horizonte de la protección de los justiciables.<sup>17</sup>

Por su parte, en su voto particular el doctor 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 Políticos, artículo 6o.) 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 reparación.<sup>18</sup>

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”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> García Ramírez, Sergio (estudio introductorio), *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 30.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, González Gálvez, Sergio, Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1o. de Octubre de 1999

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”.<sup>20</sup>

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 obligan a tomar una postura enteramente distinta de la indiferencia y autosuficiencia del positivismo jurídico. 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.<sup>21</sup>

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 de 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

solicitada por el gobierno de México sobre el tema, Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 2001, pp. 18 y 19.

<sup>20</sup> Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ruíz Santiago, *Jaime, Memoria del Coloquio Internacional: diez años de Cartagena sobre refugiados*, Costa Rica 2000, p. 273.

<sup>21</sup> Opinión Consultiva OC-16/99 del 10. 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.

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 constituye sin lugar a dudas, la ampliación del estándar mínimo de derechos de los extranjeros y con ello una precisión 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, incluidas aquéllas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.<sup>22</sup>

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), 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana; los artículos 1o., 2,1 y 7o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los ar-

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC-18/03, “Estudio introductorio”, Sergio García Ramírez, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 35.

tículos 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 puntuizó:

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.<sup>23</sup>

Antonio 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”.<sup>24</sup>

La Corte Interamericana por unanimidad emitió la Opinión Consultiva OC-18, en la parte fundamental de la misma se señala:

23 *Ibidem*, pp. 203 y 204.

24 *Ibidem*, p. 215.

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.

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*.

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.<sup>25</sup>

#### IV. REFLEXIONES

- 1) La gran aportación de la Opinión OC-16 constituye sin lugar a dudas, la ampliación del estándar mínimo de derechos de los extranjeros y con ello la precisión de que el derecho a la notificación consular forma parte del derecho del debido proceso.
- 2) 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 riegos.<sup>26</sup>

25 *Ibidem*, pp. 196, 197 y 198.

26 Valle Gálvez, Alejandro del, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Valle Gálvez, Alejandro del y Acosta Sánchez, Miguel Ángel (eds.), *Inmigración irregular y derecho*, cit., nota 15, p.140.

Como resulta fácil de apreciar, el inmigrante irregular carece de normas internacionales específicas, le 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.

- 3) La trascendencia 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*.
- 4) La OC/18 establece la obligación de los Estados de garantizar de manera efectiva el goce y ejercicio de los derechos humanos a los nacionales y los extranjeros independientemente de su legal estancia en un país, en los términos de las normas internacionales en materia de derechos humanos. Dichas normas internacionales contemplan los derechos humanos necesarios no sólo para gozar del derecho a la vida y la libertad, sino también para la subsistencia y supervivencia de la persona. Estos derechos no se fundan en la ciudadanía o en la nacionalidad y constituyen la base de las nociones modernas de la igualdad legal basadas en la dignidad de la persona humana. No hay razón, por la cual, no se deba proteger de igual forma contra la violación de estos derechos, a los inmigrantes ilegales, refugiados, asilados o desplazados.
- 5) La Corte Interamericana cubre una laguna del derecho internacional general en lo referente a los inmigrantes irregulares, a partir de la misma los Estados se encuentran obligados independiente de la legal estancia de los inmigrantes a garantizar de manera efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación, las normas internacionales en materia de derechos humanos. Como efecto colateral se limita así la enorme discreción de los Estados en esta materia, no habrá que aguardar la ratificación por un mayor número de Estados de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990 y que entró en vigor tras trece años de espera y negociación, el 10. de julio de 2003, gra-

cias a la ratificación de veintidós países. Lo increíble es que la Convención no crea realmente nuevos derechos para los inmigrantes sino que busca garantizar la igualdad de tratamiento y las mismas condiciones laborales para inmigrantes y nacionales.

- 6) Resulta fácil apreciar la dificultad para lograr avances en esta materia, la ampliación de la definición de refugiado de la Convención de 1951, a la del Protocolo de 1967, que eliminó, las limitaciones geográfica y temporal, para derivar en la Convención de la OUA y en Cartagena, con la conceptualización de los desplazados. Definiciones que constituyen el punto de partida para recibir protección del ACNUR. Concomitantemente el esfuerzo por entrelazar el derecho de los refugiados, desplazados e inmigrantes irregulares con los derechos humanos y el derecho humanitario.

La debida protección de los refugiados, desplazados, asilados e inmigrantes irregulares precisa la aplicación de la normatividad internacional de los derechos humanos. Gracias a las OC-16 y 18 y a precedentes similares posteriores se conformó un nuevo marco jurídico más justo y equitativo para los inmigrantes. Ejemplo de ello es la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Avena*.