

Migración irregular en México: un desafío para los derechos humanos

Julieta MORALES SÁNCHEZ

A comienzos del siglo XXI, habitamos un mundo dividido, en el que la interconexión es cada vez más intensa en la medida en que el comercio, la tecnología y la inversión acercan a las diversas sociedades; independientemente de la “separación” político-territorial entre los Estados. Pero en términos de desarrollo humano y calidad de vida el espacio entre los países se ha caracterizado por profundas e, incluso, crecientes desigualdades en el ingreso y en las oportunidades de vida digna. Por ejemplo, el ingreso económico total de los 500 individuos más ricos del mundo resulta superior al ingreso de los 416 millones de pobres. Los 2,500 millones de personas que viven con menos de 2 dólares al día (y que representan el 40% de la población del orbe) obtiene sólo el 5% del ingreso mundial; mientras que el 10% más rico, consigue el 54%. Y en este planeta interconectado en que vivimos, se evidencia que un futuro fundado en la pobreza masiva en medio de la abundancia es económicamente ineficaz, políticamente insostenible y moralmente indefendible¹.

A. Migración y sociedad contemporánea

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

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

En el presente ensayo planteo una concepción integradora de las particularidades de la migración irregular, abordando uno de los temas que, frente el panorama actual, se erige como una llaga

¹ Véase 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/reports/global/2005/espanol/> (fecha de consulta: 12 de enero de 2007).

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

abierta en las sociedades contemporáneas. Ante una globalización² desmedida, los seres humanos hemos sido incapaces de prever y controlar el fenómeno migratorio. Si bien es cierto, se han aper- turado las fronteras entre los Estados para facilitar el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones; pero la situación cambia sustancialmente cuando se trata del libre tránsito de perso-³nas por lo que dichas fronteras se cierran herméticamente y se remarcán a través de un muro infranqueable. La ineficacia de la medida resalta diariamente ante el complejo fenómeno migra- torio.

El concepto central respecto al cual gravita el presente estudio consiste en que los derechos humanos deben de ser garantizados por la Nación Mexicana en el decurso de la migración.

La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde 3 perspectivas diferentes⁴: la teoría neoclásica, la aproximación histórica- estructural⁵ y la teoría de sistemas migratorios⁶. Para los efectos de este estudio considero impor- tante mencionar, a pesar de sus inconsistencias⁷, a la teoría neoclásica. Esta teoría establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que las conducen a algunos países receptores; supone que los individuos “buscan” el país de residencia que maximice su bienestar.

² Para profundizar sobre este punto véase Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, 2002, *pas- sim*; Ferrajoli Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-27; Ianni, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI, 2002, pp. 71-83. Para conocer algunas consecuencias de la mundialización véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre...*, *op. cit, passim*; González de la Vega, René, *Justicia e Ideología*, México, UNAM, 2005, pp. 325-342.

³Mientras que en la Unión Europea el tránsito de personas entre los Estados miembros es esencial; no se puede olvidar los problemas que se generan con la entrada irregular a su territorio de individuos que no pertenecen a la Unión.

⁴ Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Cámara de Diputados, 2004, pp. 34 y ss.

⁵ La aproximación histórica estructural examina el reclutamiento masivo de mano de obra por el capital, percibe a los intereses del capital como absolutamente determinantes. *Idem*.

⁶ La teoría de sistemas migratorios sostiene que los movimientos migratorios se generan por la existencia de vínculos previos entre los países de envío y recepción basados en la colonización, la influencia política, el intercambio, la inversión o los vínculos culturales. *Idem*.

⁷ Se retoma esta teoría ya que, lejos de ser perfecta, es la más adecuada para efectos de este estudio. Esta teoría se centra en las migraciones voluntarias, las cuales se analizarán.

Julieta Morales Sánchez

Desde una perspectiva jurídica, después de la segunda guerra mundial⁸ se agudiza la preocupación de la sociedad internacional por defender los derechos humanos⁹ y se elaboran instrumentos que enuncian o establecen el respeto a dichos derechos diseñando sistemas regionales para su protección. De forma que hoy día el Derecho internacional de los derechos humanos y algunas figuras como el *Ombudsman* han sido ampliamente aceptadas, desarrolladas y consolidadas¹⁰ en la mayoría de los países democráticos del orbe.

Es dable decir, que de la interpretación sistemática de los acaecimientos que caracterizan al fenómeno migratorio se podría 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 fundamentales de la persona; también crecen y se agudizan las violaciones sistemáticas de dichos derechos, lo que evidencia el desajuste del sistema.

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)¹¹, establece 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.

Pese a lo anterior, la incompetencia estatal para ordenar los flujos migratorios¹², ha conducido a la transgresión de derechos de los migrantes quienes, ante la inexistencia de una denominación más adecuada, han sido clasificados en regulares e irregulares¹³.

⁸ Esta afirmación resulta hoy un tópico de la doctrina. Es sabido que la preocupación por los derechos humanos y su nacimiento jurídico conceptual es mucho anterior a la segunda guerra mundial; sin embargo este acontecimiento se considera punto de partida en la defensa de los derechos humanos en la época actual.

⁹ Si bien es cierto que la doctrina realiza la diferenciación entre los derechos humanos y derechos fundamentales, para los efectos de este estudio los usaré indistintamente, entendiendo que los derechos humanos comprenden a los derechos fundamentales. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, pp. 37 y 40; Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM-IIJ, 2003, p.58; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 21-38; Hernández Martínez, María del Pilar, "Constitución y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 84, septiembre-diciembre, México, UNAM-IIJ, 1995, p.38. Sobre dificultades de la expresión de derechos humanos véase Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 208-217.

¹⁰ Es conveniente mencionar que esa consolidación aún no logra su madurez.

¹¹ 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.

¹² Analizando instrumentos internacionales encontramos que la emigración constituye un derecho establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos. El art.13 de dicha Declaración dice que «*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*» y añade: «*Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país*». Disposición similar se encuentra en el

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

La migración regular representa un problema complejo, ya que en ocasiones se violentan los derechos de las personas que legalmente y con autorización del Estado receptor o de tránsito, permanecen en el territorio de éste. La situación se complica, cuando las personas que ingresan o permanecen en el Estado receptor o de tránsito no poseen la documentación necesaria, ni la autorización del país en cuestión; aunado a lo anterior no hay que olvidar que en la mayoría de casos los migrantes se trasladan en condiciones infrumanas y de clandestinidad. Desde este momento debo resaltar que este estudio se centra en la migración irregular.

Desde el ámbito del Derecho internacional, se buscó detener o disminuir las violaciones a los derechos humanos de los migrantes, a través de la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CPTMF), adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990¹⁴; que en su Preámbulo establece que: «... *Comprendiendo la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones [...] Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales,...*».

artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: «*Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio*». Posición reafirmada por el artículo 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, se consagra el derecho a emigrar, pero no a inmigrar. La inmigración sólo es posible si existe un país dispuesto a acoger al emigrante y sólo es legal si las normas del país receptor la reconocen como tal. En sentido estricto, y para los fines de este estudio, no se puede entender que el regresar al país del que uno es nacional, represente el reconocimiento internacional del derecho a inmigrar.

¹³ 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; se estima el último como el más adecuado. Para la *Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (93 artículos), el trabajador migratorio, según su artículo 2, es: «*toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*», en su artículo 5 los clasifica en «*a) documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte; b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.*».

¹⁴ Esta Convención fue aprobada por el Senado mexicano el 14 de diciembre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 1999. Dicha Convención entró en vigor hasta el 1º de julio de 2003, ya que exigía al menos 20 ratificaciones para este fin y la comunidad internacional la ratificó lentamente. Como consecuencia de dicha Convención se crea el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, que en marzo de 2004 llevó a cabo su primer periodo de sesiones, para profundizar en la actividad de dicho Comité véase <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/cmw> (fecha de consulta: 12 de enero de 2007).

Julieta Morales Sánchez

Ante la realidad migratoria, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 1999/44 de 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 Milenio de 2000 (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*»¹⁵. Sin embargo, la realidad demuestra que los esfuerzos internacionales y nacionales realizados con el propósito de garantizar los derechos de los migrantes, han sido insuficientes para generar un cambio en las circunstancias que éstos enfrentan cotidianamente.

Ante esta situación considero valioso retomar las ideas de Gros Espiell quien sostiene que: «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 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»¹⁶.

B. Derecho y migración

Frente al avance incesante de las relaciones y jurisdicciones internacionales, los Estados luchan por conservar y proteger su soberanía, considerando que ésta puede peligrar ante una globalización avasallante.

Esta situación, además de replantear el concepto mismo de soberanía, ha provocado que en los ordenamientos domésticos se establezca 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 la personalidad. Esta dicotomía se reflejó desde la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, lamentablemente no se ha logrado comprender en toda su magnitud que los derechos de la persona engloban a los derechos civiles; mientras que los derechos del ciudadano solo se refieren a los derechos políticos¹⁷.

¹⁵ Véase Declaración del Milenio, <http://www.objetivosdelmilenio.org.mx/> (fecha de consulta: 12 de enero de 2007).

¹⁶ Gros Espiell, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978, p. 67.

¹⁷ Lo anterior se ve refrendado por la misma Declaración al establecer en su artículo 1 que «*los hombres (y no los ciudadanos) nacen libres e iguales en derechos*». Y solo existe una clase de derechos atribuidos a los indivi-

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Sin embargo, en la actualidad, a nacionales (entre ellos los ciudadanos) se les conceden las garantías y derechos establecidos en la legislación del país en cuestión. Situación que, al contrario, no acontece en el caso de los migrantes irregulares a los cuales, en la mayoría de ocasiones, les son negados los derechos esenciales¹⁸ de todo ser humano.

Por lo tanto, la nacionalidad¹⁹ 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 es obligación de todo Estado 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 básicos, no obstante que conforme a los principios universales de derechos humanos estas minorías²⁰ (etnoculturales, sociales o económicas) deben gozar de todas las prerrogativas y libertades básicas conforme al derecho positivo del Estado receptor, el cual las reconoce y garantiza sólo a sus nacionales.

Como expone Jorge Bustamante, al referirse a la contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía, por un lado se encuentra la definición que el Estado hace, generalmente en su Constitución, sobre quien es un nacional y quien es extranjero. Pero cuando esta diferenciación es personificada por nacionales y extranjeros al entrar en una relación social, se convierte en criterio de desigualdad. Esta desigualdad o asimetría de poder, por lo general se ve sancionada por el Estado al dar un trato desigual a nacionales y extranjeros, equivalente a un acceso diferencial a los recur-

duos que son ciudadanos, nos referimos a los derechos políticos (regulados en el numeral 6). Esta misma posición se proclama en el Código Civil de Napoleón al establecer que «*el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano*» (artículo 7). Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 97-103.

¹⁸ Al hablar de derechos esenciales, me refiero a los derechos civiles, que comprenden el derecho a la vida, libertad, igualdad, seguridad jurídica, integridad física, debido proceso, trato digno, prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros.

¹⁹ 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 E. U. A. y países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía. Si el presente estudio es leído por una persona que no sea latinoamericana, o en cuya tradición jurídica no exista la distinción referida, la expresión correcta es que «la ciudadanía se ha convertido en una institución de exclusión». Cfr. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, UNAM, 2005, pp. 164 y 188; Ruiz Vieytes, Eduardo y Ruiz López, Blanca, *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, *passim*.

²⁰ Cfr. *Idem*; Prieto Sanchís, Luis (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 177-217.

Julietta Morales Sánchez

sos públicos que favorece al nacional. De lo anterior surge una condición de vulnerabilidad²¹ de los migrantes.

Así se produce un proceso social paradójico por medio del cual los inmigrantes-extranjeros son etiquetados como extranjeros en un sentido peyorativo, lo cual es una construcción social que parte de un acto de poder que los nacionales de un país derivan ilegítimamente de un derecho legítimo de soberanía del Estado de definir quién es un nacional y quién no lo es²².

Aunado a lo anterior, en múltiples ocasiones los migrantes irregulares son considerados como delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes irregulares sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidos en su travesía por el país de tránsito²³.

Además desde el punto de vista sociológico y jurídico no se ha dimensionado que las personas que emigran dejan una familia en su lugar de origen; el fenómeno migratorio no sólo implica a la persona que se desplaza, sino también afecta, beneficia o perjudica, a la familia que queda en espera del regreso o de los envíos de dinero; si ese migrante muere o desaparece, la familia queda desamparada y esta situación genera graves problemas sociales en las naciones de origen²⁴.

²¹El propio 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», *Cfr. Bustamante, Jorge, El marco jurídico de la migración y derechos humanos de los migrantes*, México, UNAM-IIJ, 2003 p. 11. El mismo autor nos habla también la existencia de una vulnerabilidad cultural la que define como: «El conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros-inmigrantes, que retroalimentan la vulnerabilidad estructural». *Cfr. Bustamante, Jorge, "La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales"* en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2002, pp. 123- 156.

²² Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2002, p. 119.

²³ Es claro que, en algunos casos, los migrantes irregulares no pretenden los fines anteriores y sí representan un peligro para la salud o seguridad de los habitantes de los países a los que ingresan. Un ejemplo de ello es el grupo de los "mara salvatrucha". O los inmigrantes pueden ser transmisores de enfermedades. En este caso nos encontramos con una colisión de intereses y derechos entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, en el presente trabajo solo trataré la migración voluntaria irregular de aquellas personas que, sin representar un peligro para la sociedad mexicana, ingresan a nuestro país y sufren violación a sus derechos humanos. Para profundizar en el tratamiento de contradicción de principios o derechos desde la perspectiva de Guastini y Alexy, véase Moreso, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales" en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 99-121. También Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2002, *passim*.

²⁴ Internacionalmente la institución de la familia está protegida, entre otros, por el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 15 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador."

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

C. Régimen migratorio mexicano y los derechos humanos

En México²⁵ el fenómeno migratorio adquiere matices diversos, debido a que es un país de origen, destino y tránsito de migrantes; por lo que, han existido distintos ordenamientos que intentaron regular la materia migratoria²⁶.

El texto constitucional en su artículo 73 fracción XVI, concede al Congreso de la Unión la facultad de «*dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, [...] emigración e inmigración...*» La reserva de ley que regula estos aspectos en la actualidad se traduce, primordialmente, en la Ley General de Población (LGP) de 1974 y la Ley de Nacionalidad (LN) de 1998.

En la legislación mexicana se define al movimiento migratorio como «*el tránsito internacional de extranjeros o nacionales ya sea de entrada o de salida al o del país*» (artículo 99 LGP).

Respecto a la migración regular, la LGP establece las tres calidades migratorias que puede tener un extranjero en México, las cuales son: «No inmigrante», «Inmigrante» e «Inmigrado». El «No inmigrante» es aquél que se interna en el país temporalmente²⁷; el «Inmigrante» es el que se interna con el propósito de radicar en nuestro país²⁸; y el «Inmigrado»²⁹ es quien adquiere derechos de

Ambos ratificados por México. Mientras que en el ordenamiento interno mexicano, la Constitución Federal establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia (artículo 4).

²⁵ El Estado Mexicano es considerado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como un país de desarrollo humano alto, y ocupa el lugar 53 a nivel mundial, teniendo una esperanza de vida de 75.1 años, véase [http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/espánol/pdf/HDR05_sp_HDI.pdf](http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/esp%C3%A1nol/pdf/HDR05_sp_HDI.pdf). (fecha de consulta: 12 de enero de 2007). A pesar de lo anterior, en México existen diversos problemas y circunstancias sociales y, especialmente, económicas, que pueden constituir el origen de la decisión de muchos mexicanos de emigrar. El 16 de febrero de este año, el Congreso de la Unión elaboró el documento titulado “México ante el fenómeno migratorio”, a través de puntos de acuerdo, y en este escrito se establecen una serie de principios, recomendaciones sobre los compromisos que México debe asumir, y los elementos a considerar ante una eventual reforma migratoria en Estados Unidos. Para su elaboración participaron legisladores, gobierno federal, académicos, expertos en políticas migratorias y organismos civiles.

²⁶ Para los efectos de este estudio y sin pretender profundizar en este punto, se pueden mencionar los siguientes: el Decreto sobre Colonización del 18 de agosto de 1824; Decreto sobre extranjería y nacionalidad del 30 de enero de 1854; Ley de Extranjería y Naturalización del 20 de mayo de 1886; primera Ley de Inmigración del 22 de diciembre de 1908; Ley de Migración de marzo de 1926; Ley de Migración del 30 de agosto de 1930; Ley General de Población de agosto de 1936; Ley General de Población de diciembre de 1947; Ley General de Población que rige actualmente y data del 7 de enero de 1974.

²⁷ Los no inmigrantes pueden tener alguna de las características siguientes: turista, transmigrante, visitante, ministro de culto o asociado religioso, asilado político, refugiado, estudiante, visitante distinguido, visitantes locales, visitante provisional y corresponsal (artículo 42).

²⁸ Las características de lo inmigrantes son: rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiares, artistas, deportistas y asimilados (del artículo 44 al 48).

²⁹ La calidad de inmigrado puede ser adquirida por los inmigrantes con residencia de 5 años, ésta calidad se regula del artículo 52 al 55.

Julietta Morales Sánchez

residencia definitiva en el territorio mexicano. Es decir, un extranjero puede ingresar legalmente a México únicamente a través de estas tres calidades migratorias.

Desde el punto de vista de la organización administrativa, la materia migratoria o de «extranjerías» se ejecuta a través de la Secretaría de Gobernación (SG) y el Instituto Nacional de Migración (INM).

El 19 de octubre de 1993 fue creado el INM³⁰, como órgano técnico descentralizado de la SG. El reglamento de la LGP, establece en su artículo 133 que el INM procurará que los movimientos migratorios favorezcan el desarrollo del país y que «en ello se preservará la seguridad y soberanía del país, en pleno apego a la ley y con amplio respeto a los derechos de los migrantes». Por acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 2005, el INM se incorporó al Sistema de Seguridad Nacional, lo cual significa esencialmente dos cosas: por un lado, que se le da un corte policial al INM, es decir, tácitamente se reitera el carácter delictivo con el que son tratados los migrantes irregulares; y por otro lado, se manifiesta que la temática migratoria es un tema de seguridad nacional, al igual que el terrorismo o el narcotráfico, y no se le da su verdadero lugar en la agenda de temas de desarrollo y derechos humanos. Por lo que con tan errónea clasificación, hecha en el mencionado acuerdo, difícilmente se podrán encontrar soluciones.

Ahora bien, el INM aseguró, durante 2005, a un total de 240 mil 269 migrantes indocumentados, lo que representó 11.39% más respecto al 2004, cuando la cifra fue de 215 mil 695 extranjeros asegurados. De acuerdo con las estadísticas del organismo descentralizado, en los últimos cuatro años el número de migrantes asegurados registró un crecimiento de 74%, al pasar de 138 mil 061 en el 2002 a 240 mil 269 personas aseguradas en el 2005³¹. La delegación con mayor dinamismo en este rubro fue la de Chiapas donde fueron resguardados 103 mil 721 extranjeros indocumentados, lo que representa el 43.2% del total; le siguen Veracruz con 25 mil 587, equivalente al 10.6% del total y Tabasco con 20 mil 910, que significan el 8.7% del total³².

Mientras que el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) de Estados Unidos de América (EUA) señaló que, cada año, aproximadamente 150 mil mexicanos cruzan irregularmente la frontera.³³

³⁰ Conforme al reglamento de la Secretaría de Gobernación, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de julio del 2002, el INM es un órgano administrativo descentralizado de la Secretaría (artículo 36 fracción V) y tiene por objeto: «la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios...» (artículo 55). Sus atribuciones se establecen en el artículo 57.

³¹ Véase INM, *Aumentó 74 por ciento el flujo migratorio del 2002 al 2005*, Boletín No 047/06 del 12 de febrero de 2006, <http://www.inami.gob.mx/paginas/boletinescs/2006/boletin047-06.htm> (fecha de consulta: 12 de abril de 2006).

³² *Idem*

³³ Véase <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/cap.5c.htm> (fecha de consulta: 14 de enero de 2007).

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

El INM ha llevado a cabo la construcción de siete estaciones migratorias³⁴, entre las que destacan la de Tapachula, Chiapas, que el INM considera como una estación modelo, edificada en una superficie de 30 mil metros cuadrados, en la que se cuenta con áreas separadas para hombres, mujeres, familias y jóvenes; dormitorios con literas separadas, servicios médicos y oficinas para consulados y personal de organizaciones de derechos humanos; sin embargo esto no asegura un trato digno a los migrantes irregulares, y se habla de que dicha estación reproduce condiciones carcelarias.

Cabe destacar que en relación a la migración irregular, la legislación mexicana contiene una disposición desafortunada, al establecer el carácter «delictivo» de las personas que ingresen ilegalmente al territorio mexicano, sancionándolos con una pena de hasta dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos (artículo 123 LGP). Esto incrementa la vulnerabilidad de los migrantes irregulares en nuestro país, propiciando que sean sujetos de extorsión por las autoridades, bajo la amenaza de ir a prisión; además de que dicha regulación puede generar o aumentar el sentimiento de xenofobia de los nacionales al considerar criminales a los migrantes.

Mientras que el artículo 94 del reglamento de la LGP³⁵ viola el artículo 18 constitucional, que establece que sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal; pero no para extranjeros sujetos a medida administrativa de aseguramiento.

También existen algunas regulaciones acerca de la exigencia a los extranjeros de comprobar la legal estancia en el país para la celebración de algunos actos frente a autoridades federales, locales, municipales, notarios públicos, correedores de comercio y jueces del registro civil (artículos 67 y 68 LGP y 149 a 151 del Reglamento de la LGP). Empero, dichos artículos han tenido una interpretación muy interesante por parte del Poder Judicial Federal que, en tesis aisladas, a establecido el alcance del precepto 67 de la LGP reafirmando el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente de su condición migratoria regular o irregular. En ellas se señala que aún 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 juicio³⁶. También se indica que: «... *tomando en consideración que la*

³⁴ Las otras nuevas estaciones migratorias se localizan en Los Cabos, Baja California Sur; Nuevo Laredo, Tamaulipas; Saltillo, Coahuila; Morelia, Michoacán; Mérida, Yucatán; Tijuana, Baja California. Además, en construcción están dos más, una de ellas en Janos, Chihuahua y la otra en Acatlán, Veracruz. *Idem*.

³⁵ El artículo 94 establece que: «... *En aquellos lugares en que la Secretaría no tenga establecidas estaciones migratorias, se considerarán habilitados locales de detención preventiva para el aseguramiento de los extranjeros que deban ser expulsados*».

³⁶ EXTRANJEROS, CAPACIDAD DE LOS, PARA PROMOVER EN JUICIO. NO SE ENCUENTRA LIMITADA POR EL ARTICULO 67 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION. Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 217-228 Cuarta Parte, p. 123.

Julietta Morales Sánchez

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»³⁷.

En un sentido similar, se establece que: «...el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no distingue entre los nacionales y extranjeros al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución; [...] por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros (no distingue entre regulares o irregulares) tienen derecho a las garantías que otorga en su capítulo I, título primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental [...] En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querellarse aun en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país»³⁸. 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...»³⁹

Así se fortalece en nuestro país el criterio de protección de derechos humanos de migrantes; una muestra de ello es que en el estado de San Luis Potosí, mediante ley publicada el 13 de julio 2004, se crea el Instituto de Atención a Migrantes de ese estado. Mientras que el 4 de abril de 2006 el Senado mexicano aprobó el proyecto denominado «Ley de protección a migrantes y sus familias», el cual ha pasado a la Cámara de Diputados para su dictaminación⁴⁰.

³⁷ TRABAJADORES EXTRANJEROS. ESTAN LEGITIMADOS PARA COMPARCER A JUICIO, AUN CUANDO NO TUvierEN ACREDITADA SU LEGAL ESTANCIA EN LA REPUBLICA MEXICANA. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV febrero 1995, p. 222, VIII.20.36 L.

³⁸ La expresión dentro de los paréntesis es mía. Véase 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 2001, p.1740, XX.20.13 P.

³⁹ EXTRANJEROS. LA OMISION DE ACREDITAR SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS O SU CONDICION 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 1995, p. 151; VIII.20.6 K.

⁴⁰ Con dicha ley se creará el Consejo Consultivo Nacional de Protección a Migrantes, en un plazo de 60 días después de la entrada en vigor de dicha ley; además de la creación de centros de atención a migrantes, con lo

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Como parte de nuestro sistema jurídico mexicano, de acuerdo con las disposiciones del artículo 133 Constitucional, se encuentran los tratados internacionales⁴¹ los cuales son parte de la Ley Suprema de toda la Unión. A este respecto nuestro Tribunal Constitucional consideró que: «...*los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente después de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local[...] estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional[...] en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas [...] la interpretación de artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y local en una misma jerarquía...*»⁴².

Lo relevante de esta tesis es que, aún cuando no constituye jurisprudencia, por medio de ella se abandonó el criterio sostenido anteriormente por la Corte respecto a que las leyes federales y tratados tenían la misma jerarquía normativa. El Poder Judicial Mexicano también ha establecido que: «*Cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales también lo hacen*»⁴³.

1. Desajustes del sistema

Hasta aquí hemos expuesto las disposiciones que en materia migratoria establece el texto constitucional, la legislación e interpretación judicial mexicana.

Lamentablemente en múltiples ocasiones la correspondencia entre la realidad y la ley no existe o se presenta una colisión entre las leyes migratorias y los derechos humanos. Bustamante, como mencioné, establece la contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía. Profundizando en este aspecto, se encuentra, por una parte, el conflicto que existe entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras y a decidir su política de migración; y por la otra, el incumplir con la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante

que se pretende detener las violaciones de derechos de migrantes en nuestro país. Véase <http://www.jornada.unam.mx/2006/04/05/03/n1mig.php> y <http://www.cronica.com.mx/nota.php?id=234763.37k> (fecha de consulta: 14 de enero de 2007).

⁴¹ Los cuales deben de estar de acuerdo con la Ley Fundamental, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República y aprobados por el Senado.

⁴² *TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X Noviembre de 1999, p.46, P.LXXVII/99.

⁴³ *TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX Septiembre 2004, p. 1896, I.40.A440A.

Julietta Morales Sánchez

la aprobación y ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía⁴⁴.

El deber de garantizar los derechos humanos de migrantes no solo existe en virtud de disposiciones internacionales, sino especialmente por un efecto interno de nuestra Constitución Federal. Sin embargo, la falta de observancia de dichos derechos la fundamentamos, en primera instancia, en la opinión, actuación y recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)⁴⁵. En marzo de 2003 la CNDH instrumentó el Programa de Atención a Migrantes y, a partir de enero de 2005, creó la Quinta Visitaduría General⁴⁶, especializada en la promoción y defensa de los derechos humanos de migrantes. Por su parte 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

⁴⁴ Existe una paradoja en esta contradicción: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Véase Bustamante, Jorge, "La paradoja de la autolimitación...", *op. cit.* pp. 123- 156.

⁴⁵ Es un organismo constitucional autónomo que tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano (artículo 2 de la Ley de la CNDH). El procedimiento ante la CNDH se regula por el Título III de su Ley, que comprende del artículo 25 al 66, en los que se dispone que cualquier persona podrá presentar quejas de presuntas violaciones de derechos, las cuales solo podrán presentarse en el plazo de un año a partir de la presunta violación. Una vez admitida la queja, se pondrá en conocimiento de las autoridades, los cuales deberán de rendir un informe en un plazo de 15 días naturales y se tratará de lograr una conciliación entre las partes involucradas. El Visitador General puede solicitar se tomen medidas precautorias para evitar violaciones irreparables a los derechos humanos. La Comisión expide acuerdos de trámite y recomendaciones que serán aplicables solamente al caso particular en que surgieron. La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo.

⁴⁶ Esta Visitaduría General cuenta con ocho oficinas foráneas: cuatro en la frontera norte: Reynosa, Tamaulipas; Ciudad Juárez, Chihuahua; Tijuana, Baja California; y Nogales, Sonora; y cuatro en la frontera sur: Coatzacoalcos, Veracruz; Villahermosa, Tabasco; y San Cristóbal de las Casas y Tapachula, en Chiapas. En la oficina de Coatzacoalcos se registran las quejas de migrantes que convergen en la zona de Medias Aguas, Veracruz, (los migrantes viajan en tren desde la península de Yucatán en el "Ferrosur" y desde Chiapas en la línea ferroviaria "Chiapas Mayab", siendo conocida la zona de Medias Aguas como un embudo donde confluyen migrantes irregulares para después viajar al centro y norte del país).

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

del Grupo Beta⁴⁷ llevan a personas mutiladas por el tren al albergue Jesús el Buen Pastor, ante las frecuentes negativas para atenderlos en hospitales públicos...»⁴⁸.

La CNDH ha emitido, en lo que respecta a los derechos de migrantes irregulares⁴⁹, las siguientes recomendaciones: 214/1993, 23/2004, 5/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006 y 33/2006. Entre los derechos transgredidos y violentados se encuentran: vida, integridad física, sicológica y sexual, debido proceso legal, asistencia consular, trato digno, entre otros. A continuación se retomarán algunos aspectos de dichas recomendaciones.

La recomendación 214/1993, por violaciones cometidas en contra de 659 ciudadanos chinos indocumentados asegurados en Baja California, los cuales, luego de un procedimiento sumario de deportación, fueron expulsados de México los días 17 y 18 de julio de 1993; en ella se sostiene que: «*Los indocumentados chinos fueron asegurados con esposas plastificadas, como medida de seguridad, no es menos cierto que los Artículos 128 de la LGP y 153 de su Reglamento autorizan a la Secretaría de Gobernación a tomar las medidas adecuadas para el aseguramiento de los extranjeros que deban ser expulsados del territorio nacional y que [...] la medida de esposarlos no es, en sí misma, violatoria de Derechos Humanos. En cambio, sí podría representar un acto contrario a la dignidad humana, además de una medida innecesaria, el que se hubiera teñido el pelo de los indocumentados con pintura fluorescente para el efecto de que, en caso de evadirse, resultara más fácil su identificación. La extensión de la zona del cabello a la que fue aplicada la pintura es en realidad irrelevante, si se considera que en todo caso se trataba de una marca. La marca está estrictamente prohibida por el artículo 22 de la Constitución General de la República [...] se trata de un procedimiento atentatorio a la dignidad de las personas*».

Encontramos también la recomendación 23/2004, cuyo procedimiento se estableció a raíz de la queja de 23 migrantes (18 de nacionalidad salvadoreña, cuatro de nacionalidad mexicana y uno de nacionalidad ecuatoriana), que pretendían ingresar, a través de Baja California, en forma indocumentada a E. U. A. el 14 de junio de 2002, los cuales fueron atacados por miembros del Ejército mexicano, quienes dispararon en contra del automóvil en que se transportaban. El 4 de

⁴⁷ El Grupo Beta nació como un organismo de apoyo a los migrantes en 1990 por impulso de Miguel Limón Rojas, entonces subsecretario de Población y Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación y de Ernesto Rufo Appel, en su primer año como gobernador de Baja California. La primera coordinación se estableció en la ciudad de Tijuana y actualmente existen 10 coordinaciones en el país: Agua Prieta, Nogales, Desierto de Altar, Tijuana, Mexicali, Tecate, Matamoros, Tapachula, Comitán y Tenosique.

⁴⁸ *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 República Mexicana*, presentado por José Luis Soberanes Fernández, en diciembre de 2005. <http://www.cndh.org.mx/acndh/informes/espec/espec.htm> (fecha de consulta: 14 de enero de 2007).

⁴⁹ Existen también recomendaciones por violaciones a los derechos humanos de migrantes regulares, tal es el caso de la recomendación 33/2005 de la CNDH.

Julieta Morales Sánchez

febrero de 2003 se produjo un acontecimiento similar en contra de 13 migrantes mexicanos, el cual se agregó a la queja. Los integrantes del Ejército mexicano vulneraron los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica, así como el respeto a la integridad corporal y a la dignidad humana.

Mientras que la recomendación 5/2005, fue emitida a consecuencia de la visita de supervisión que hizo la CNDH al punto de revisión migratorio del INM denominado “Volanta Calera” en Arriaga, Chiapas, en la cual se detectó que, en ese punto de revisión, personal de la Secretaría de Marina puso a disposición del INM a 46 migrantes indocumentados, violándose los derechos humanos de éstos, ya que, salvo solicitud expresa y por escrito de las autoridades migratorias, en términos de lo dispuesto en el artículo 73 de la LGP, los miembros de la Secretaría de Marina carecen de facultades para realizar verificaciones migratorias y, por tanto, no pueden asegurar a migrantes extranjeros.

La recomendación 24/2005 reviste de importancia ya que por las violaciones cometidas se pone en entredicho la actuación internacional y la congruencia del Estado Mexicano. En ella, Visitadores Adjuntos de la CNDH acudieron a la estación migratoria de la subdelegación local de La Venta, Tabasco; en la que encontraron a 4 migrantes salvadoreños quienes tenían ocho días de haber sido asegurados por personal del INM; dentro del procedimiento migratorio al que estaban sujetos no habían sido sometidos a la práctica del examen médico a su ingreso a la estación migratoria. Los visitadores constataron el hacinamiento en el área de hombres, «*en un espacio de, aproximadamente, 30 metros cuadrados en que se encontraban asegurados los agraviados más otros 54 extranjeros, quienes permanecían en cuclillas. Asimismo, el recinto no contaba con agua potable, ni para el aseo personal, ya que se encontraba contaminada por productos derivados del petróleo y carecía de mantenimiento de limpieza. Tampoco se les hizo saber a los 4 migrantes sus derechos, ni se les brindó la oportunidad de declarar con relación a su detención y se les negó el acceso a una posible asistencia consular.*»

Resulta contradictorio que a migrantes centroamericanos en nuestro país se les niegue la asistencia consular, cuando ha sido México quien ha defendido internacionalmente este derecho, como en el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico vs Estados Unidos de América)*⁵⁰. Y fue también el Estado mexicano quien sometió una consulta a la Corte Interamericana de Derechos

⁵⁰ Demanda presentada por nuestro país ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 10 de enero de 2003, por la inobservancia del derecho de información sobre la asistencia consular de 54 personas condenadas a la pena capital por tribunales norteamericanos. Para profundizar sobre este caso, véase Gómez-Robledo, Juan Manuel, “El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional V- 2005*, México, UNAM, 2005, pp. 173-220.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Humanos (Corte IDH) a este respecto, la Opinión Consultiva OC-16/99, a la que me referiré más adelante.

La CNDH en su recomendación 27/2005 señala que el señor José Antonio Flores Bulnes, de nacionalidad hondureña, fue detenido y golpeado el 23 de enero de 2004 por personal de la Secretaría de Marina, durante un operativo llevado a cabo ese mismo día por personal de esa Armada en las vías del ferrocarril, un kilómetro después de Acapetahua, Chiapas, siendo puesto a disposición del INM en Huixtla, Chiapas. Las conductas realizadas por elementos de la Secretaría de Marina fueron violatorias a los derechos humanos a la libertad, legalidad, seguridad jurídica, integridad personal y trato digno del señor José Antonio Flores Bulnes. Posteriormente, personal del Grupo Beta Tapachula de Protección a Migrantes lo acompañó ante el agente del Ministerio Público del Fuerro Común en Tapachula, Chiapas, a presentar la denuncia correspondiente.

Por otro lado, en octubre de 2006, la CNDH presentó un informe sobre la violación de derechos humanos humanos de migrantes ante el nuevo Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en el cual se reitera la existencia de dichas violaciones.

Por otra parte, el Centro de Derechos Humanos “Fray Matías de Córdova” A.C., con el apoyo de *Open Society Justice Initiative* elaboró el Informe Especial “Monitoreo de detención a migrantes y condiciones de aseguramiento en la estación migratoria de Tapachula, Chiapas”⁵¹ en el que se reportan hechos y situaciones violatorias de derechos humanos de población migrante de junio de 2004 a junio de 2005, en dicho informe se refleja que, aunque el 87% de migrantes son provenientes de 4 nacionalidades (Honduras, Salvador, Guatemala y Nicaragua), también hay presencia de migrantes sudamericanos y asiáticos. Y existe un porcentaje de 26% de migrantes menores de edad. En cuanto a las violaciones de derechos, se encuentra que se reiteran transgresiones semejantes a las alegadas en las recomendaciones de la CNDH, esto es, incomunicación consular, violencia física y moral, detención por autoridades incompetentes, entre otras. Mientras que la estación migratoria se caracteriza por hacinamiento, insalubridad, falta de atención médica y alimentación inadecuada. Hay que enfatizar que aunque la estación migratoria modelo construida en Tapachula, Chiapas, se aperturó el 1º de marzo de 2006, la existencia de una estación para los migrantes no asegura el respeto a sus derechos humanos por parte de las autoridades o de particulares (quienes pueden transgredir dichos derechos bajo la anuencia tácita de las autoridades) y en ocasiones se reproducen condiciones carcelarias de detención.

Todo lo anterior es una muestra de que la violación sistemática de derechos esenciales que sufren los migrantes irregulares en E. U. A., también la padecen migrantes ilegales en nuestro país. Esta

⁵¹ Véase http://www.redtdt.org.mx/home/index_01.htm (fecha de consulta: 16 de enero de 2007).

Julieta Morales Sánchez

contradicción nos impide tener la autoridad moral para juzgar y defender a nuestros nacionales en E. U. A., ya que dicha situación se reproduce en el territorio mexicano⁵².

Lamentablemente se ha llegado a esa vulnerabilidad⁵³, a la que Bustamante hace referencia; asimismo es innegable la discriminación⁵⁴ que los migrantes enfrentan y hay que buscar los medios que permitan combatirla.

⁵² El Estado mexicano tiene también el deber de evitar y sancionar la violaciones a dichos derechos; recordando que un principio del Derecho internacional de los derechos humanos establece que «un hecho ilícito violatorio de derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado el autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla...». Los principales aspectos que ocupan a la CNDH en materia de los migrantes extranjeros en territorio nacional son: «1. La violación a los derechos humanos de los migrantes por parte de autoridades mexicanas [...] 3. El aseguramiento de migrantes por parte de autoridades que no están facultadas para ello. 4. Las condiciones en las que permanecen los migrantes en las estaciones migratorias. 5. La creciente presencia de mujeres y niños en los flujos migratorios y su alta vulnerabilidad. 6. Las deplorables condiciones en las que trabajan los jornaleros agrícolas y la desatención gubernamental para proteger sus derechos. En la frontera norte, los principales aspectos que desde la perspectiva de la CNDH deben atenderse son: 1. El endurecimiento de las medidas antiinmigrantes por parte de Estados Unidos, lo que pone en riesgo a los migrantes porque los obliga a recurrir a traficantes y a tratar de internarse por zonas de alto riesgo. 2. El papel que debe desempeñar México, que desde luego no es de espectador, frente al debate y las decisiones que se generan en Estados Unidos. 3. El incremento de muertes de mexicanos en la frontera [...] 5. La creciente ola antimexicana en Estados Unidos [...] la Organización de las Naciones Unidas aprobó la resolución propuesta por México para reprobar la participación de civiles en funciones migratorias. 6. La extrema vulnerabilidad de las mujeres migrantes y de los menores [...] 8. La fragmentación de las familias al momento de ser repatriadas y la frecuencia con la que son regresados menores de edad solos. 9. Las agresiones que han sufrido en la frontera algunos migrantes mexicanos, heridos con arma de fuego, sin que ni las autoridades de Estados Unidos ni las de México parezcan ocuparse en ello. 10. Las violaciones a los derechos humanos de los migrantes por parte de autoridades mexicanas, que abusan de la extrema vulnerabilidad de los mexicanos que transitán por la zona fronteriza». Véase «Migración y derechos humanos» ponencia presentada por Mauricio Farah Gebara, 5º Visitador General de la CNDH, en el Foro Internacional del Migrante en Tijuana, Baja California el 6 de diciembre de 2005.

⁵³ Hay situaciones que aumentan la vulnerabilidad estructural a la que están sometidos los migrantes, por ejemplo en E. U. A., en ocasiones, se concibe que si tienes determinados caracteres físicos eres ilegal o terrorista. En Chiapas, en algunos casos, se sostiene una situación similar: si tienes características físicas específicas, eres mara salvatrucha o ilegal.

⁵⁴ En términos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, la discriminación es «*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública*» (artículo 1.1). Mientras que el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, define en su artículo 1º a la discriminación como «*a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación...*». En la Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Por otro lado el Banco de México informó, 26 de mayo de 2006, que las remesas de los trabajadores migrantes representaron para el país un ingreso de divisas por 5,185.7 millones de dólares en el primer trimestre de este año. La cifra mostró un incremento de 27.5 % en comparación con el mismo periodo en 2005 y superó ampliamente a la inversión extranjera directa y a la captación de recursos del exterior por turismo.⁵⁵

Es incomprensible como a pesar de que las remesas⁵⁶ enviadas por los migrantes son muy importantes en la economía mexicana, la sociedad nacional es indiferente y queda pasiva frente a las violaciones que sufren nuestros connacionales todos los días. Por lo que se entiende como una actitud cuestionable e incongruente 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 incoherente el criticar las violaciones de derechos de migrantes en E. U. A., pero cometerlas con migrantes en nuestro país.

En México la visión de la migración como «válvula de escape»⁵⁷ hizo que el gobierno mexicano no criticará al gobierno estadounidense por las condiciones de explotación en que viven los trabajadores migratorios mexicanos en aquél país. Esta política de indiferencia prevaleció durante más de medio siglo, debido a la ausencia de costo político para el gobierno de México por no cumplir

Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, se reafirmó la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores migrantes. Véase la Declaración y Programa de Acción de dicha Conferencia.

⁵⁵ Cfr. *La Jornada*, año 22, número 7814, 27 de mayo de 2006, p. 7.

⁵⁶ Según datos del Banco de México, la cantidad de remesas ha ido en aumento: en el año 2000 fueron de 6 mil 573 millones de dólares (mdd); en 2001 fue de 8 mil 895mdd; en 2002, 9 mil 815 mdd; en 2003, 13mil 396 mdd; en 2004, 16 mil 613 mdd. <http://www.cronica.con.mx/nota.php?idc=213040> (fecha de consulta: 14 de abril de 2006). Mientras que el 14 de marzo 2006, el BM afirmó que durante enero de este año las remesas ascienden a mil 581 mdd 26.9% más en comparación con los mil 245.8 millones captados en enero de 2005. <http://www.jornada.unam.mx/2006/03/15/028n1eco.php>. El Informe Anual 2004 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que «según los últimos estudios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) durante el año 2004, las remesas enviadas a América Latina alcanzaron una cifra cercana a los 30 mil millones de dólares. Esto representa un alza cercana al 30% respecto a la cifra total de remesas enviadas a América Latina en el 2001. Una cifra cercana a seis millones de latinoamericanos que viven en Estados Unidos envía dinero a sus países de forma regular [...] Según el BID, más del cincuenta por ciento del total de remesas enviadas a la región, unos 15 mil millones de dólares, tuvieron a México como destino. En el 2003 el total de los principales montos de remesas enviados a países de la región alcanzaron a \$13.200 millones a México...» http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm#_ftn3 (fecha de consulta: 14 de abril de 2006).

⁵⁷ El concepto de “válvula de escape” fue establecido por Ernesto Galarza, puesto que las autoridades mexicanas creían que la emigración de trabajadores mexicanos, que en ese entonces era de jornaleros agrícolas, era un alivio para las presiones hacia el gobierno, provenientes del desempleo y las condiciones de extrema pobreza del campo. Bustamante, Jorge, *Migración internacional...*, *op. cit.*, p. 12.

Julieta Morales Sánchez

con su responsabilidad de proteger a los mexicanos en el extranjero⁵⁸. Durante las décadas de los setenta, ochenta y noventa, la fuente más importante de protección legal de los inmigrantes mexicanos no provino de México, sino de las organizaciones de latinos en E. U. A.⁵⁹; lamentablemente esta situación se ha modificado muy lentamente.

2. Regulación internacional

México ha suscrito una gran cantidad de instrumentos internacionales⁶⁰ relacionados con la temática en específico del presente estudio, los cuales forman parte de nuestro orden jurídico, y serán analizados a continuación.

Un instrumento que destaca por su trascendencia en esta materia es la CIPTMF, que ya se ha mencionado; la cual establece en su Parte III (del artículo 8 al 35) los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (se refiere a regulares e irregulares), en la que reitera su derecho a la vida, integridad física, libertad (conciencia, pensamiento, religión, etc).

⁵⁸ Si el gobierno de México no hizo nada significativo para proteger a los trabajadores migratorios mexicanos en E.U.A, fue porque la sociedad civil mexicana se mantuvo también indiferente a las condiciones de abuso y discriminación de los mexicanos en E.U.A. Véase Bustamante, Jorge, "Comentarios de la migración...", *op.cit.* p.23. Bustamante establece que un obstáculo para que México pudiera formular una reclamación a E. U. A por las muertes de los mexicanos migrantes, es la falta de reconocimiento expreso de parte de México de su «corresponsabilidad» en esas muertes, ya que ha contribuido de manera causal a la migración de mexicanos en busca de empleo en los E. U. A. Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional...*, *op. cit.* p. 54.

⁵⁹ Como MALDEF (*Mexican American Legal Defense and Educational Fund*), *Nacional Council of la Raza*, *IULAC* (*League of United Latin Amercian Citizens*) y *GI-Forum* Bustamante, Jorge, *Migración internacional y...*, *op. cit.* p. 86. A este respecto también véase Orozco, Graciela *et al.*, *Las organizaciones mexicano-americana, hispanas y mexicanas en Estados Unidos*, México, INM, Centro de Estudios Migratorios, 2000, pp. 8-83.

⁶⁰ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. En la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 9 de diciembre de 1975 menciona que "todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana..." (artículo 2). El artículo 2º de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos de 9 de diciembre de 1998 estipula que "Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales ... adoptando las medidas necesarias ... así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción ... pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades." El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980 (entrada en vigor fue el 23 de marzo de 1976, general; 23 de junio de 1981, México). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial adoptado el 7 de marzo de 1966, aprobado por el Senado el 6 de diciembre de 1973, (entrada en vigor 4 de enero de 1969, general; 20 de marzo de 1975, México). Un principio de derecho internacional consiste en que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Mientras que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumpliendo de un tratado".

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Del artículo 16 al 19 se regulan los derechos del detenido y las garantías de debido proceso legal. Entre los contenidos de esta convención destacan los que a continuación se mencionan, enfatizando que éstos en múltiples ocasiones no son respetados:

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones (artículo 16).

Mientras que el artículo 22.6 regula que «en caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.» Y más adelante señala que «la expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden» (artículo 22.9).

Establece el derecho que tienen los migrantes (independientemente de su condición migratoria) de recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares y diplomáticas de su Estado de origen (artículo 23). Mismo derecho que fue defendido por México y Alemania, contra E. U. A., en casos ante la CIJ (*La Grand, Avena y otros*) y en la Opinión Consultiva OC-16/99 de la CorteIDH, de los que se hará referencia más adelante.

También indica que los migrantes «gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo» (artículo 25.1).

Dicha disposición es incumplida cotidianamente en aquellos lugares (tanto en territorio estadounidense, mexicano y en otras partes del mundo) en donde se someten a los migrantes irregulares a trabajos en condiciones infráhumanas, de explotación, e incluso, de *esclavitud* con los tintes del siglo XXI. El término *esclavitud* pretende reflejar que, en algunos lugares, los trabajadores migrantes además de las jornadas excesivas de trabajo, la inseguridad e insalubridad de las labores, los bajos salarios que perciben (que obviamente son más altos de los que podrían ganar en su país de origen) y demás riesgos a los que están expuestos; ven coartada su libertad de movimiento: bajo la amenaza de denuncia ante la autoridades de migración y de una posible deportación, los empleadores impiden que los trabajadores migrantes salgan del lugar de trabajo, o que busquen

Julietta Morales Sánchez

otro trabajo que le ofrezca mejores condiciones. Esta situación se repite en el caso del trabajo agrícola, en los plantíos y terrenos de cultivo de muchos países, en donde incluso se les adapta campamentos improvisados, en mal estado y sin las condiciones sanitarias mínimas para que permanezcan los trabajadores migrantes irregulares en sus pocas horas de descanso. Por lo anterior al hablar de *esclavitud* se pretende expresar que, a inicios del siglo XXI, la situación ha cambiado: ya no existen las cadenas de metal que sujetan a una persona; existe una cadena de temor y de vulnerabilidad que somete a los trabajadores migrantes irregulares a soportar condiciones inhumanas a las que los someten sus empleadores; los cuales aumentan sus ganancias al utilizar la mano de obra de éste tipo de trabajadores.

La Convención sobre la Esclavitud⁶¹ establece que: «La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» (artículo 1.1). Recordando la teoría clásica del Derecho Civil encontramos que la propiedad es el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una *cosa* para aprovecharla totalmente en sentido jurídico». ⁶² Dicho aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, incluso basta con que se tenga la *posibilidad normativa de ejecutar* todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten.

Los atributos de la propiedad son: el *ius possidendi* (derecho de poseer, conduce a la posesión efectiva y por medio de ella al ejercicio del dominio, con todos sus demás atributos), *ius utendi* (derecho de usar, empleo de la cosa), *ius fruendi* (derecho de disfrutar, disfrute del objeto o de su aprovechamiento) y *ius abutendi* (disposición de la cosa en sentido material).⁶³

Retomando la definición de esclavitud contenida en la Convención sobre la esclavitud, se establece que dicho estado se produce cuando se ejerce sobre un individuo «los atributos del derecho de propiedad o *alguno* de ellos». Así en el caso de los migrantes irregulares tal vez no se configuren todos los atributos de la propiedad antes mencionados, pero muy posiblemente sí pueda existir *alguno* de ellos en un caso específico. Recordando, que no importa que no se ejercent los actos de dominio o administración, sino que basta con que se tenga la posibilidad de ejercerlos. Esta situación se reproduce en la constante amenaza de algunos empleadores de denunciar a los trabajadores ante las autoridades, y aunque nunca lo lleguen a hacer, la simple amenaza genera en el trabajador un sentimiento de incertidumbre y temor, razón por la que pueden quedar bajo el dominio y a la disposición del patrón.

⁶¹ Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

⁶² Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Bienes, Derechos Reales y Posesión*, 7a. ed., México, Porrúa, 1991, t.III, p. 290.

⁶³ *Ibidem*, pp. 291-295.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

La CIPTMF establece también que «los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente» (artículo 26.1). Lo anterior se violentó completamente con la resolución de la Corte Suprema de E. U. A. en el caso *Hoffman*, al negar a un trabajador migrante irregular el derecho a la sindicación y el correspondiente pago de salarios caídos por despido injustificado.

El artículo 27.1 regula que «los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales». Es necesario reiterar la crítica sostenida por muchos especialistas, respecto a que los migrantes irregulares en E. U. A. pagan impuestos y no tienen derecho a la seguridad social.

La CIPTMF asegura que «los sujetos de protección de esta convención tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente... en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá *negarse por motivos de irregularidad* en lo que respecta a la permanencia o al empleo» (artículo 28). Como se estableció anteriormente, este derecho es infringido gravemente por el Estado mexicano, cuando los hospitales y centros de salud públicos se niegan a recibir y tratar a migrantes irregulares accidentados y heridos, por el hecho de su estatus migratorio. Como una muestra está el caso de migrantes que cruzan irregularmente por la frontera de Guatemala- México, los cuales, en ocasiones, son mutilados por el tren; y al negárseles la atención de urgencia en hospitales públicos tienen que acudir al albergue Jesús el Buen Pastor, el cual, con recursos limitados, asume parcialmente una obligación que el Estado mexicano ha evadido y que debería de proporcionar en todo el territorio nacional; pero que ha delegado a instituciones benéficas y a la sociedad civil.

La disposición enunciada por el artículo 31.1 reviste de trascendencia cuando, en esta era de la globalidad, se habla constantemente de multiculturalismo y de conceptos como *ciudadanía global* o *ciudadano del mundo*; al mencionar que los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.

Así cada país al establecer los lineamientos de su política migratoria debe de asentar cómo planea integrar a los migrantes a su sociedad, es necesario responder coherentemente a una realidad innegable de las naciones actuales: el multiculturalismo; y sólo se puede responder coherentemente con el respeto y tolerancia a la diversidad, ya que si eso no se hace se caerá en actitudes xenófobas y discriminatorias, representando esto un retroceso en la historia de la humanidad.

Julietta Morales Sánchez

La Convención establece en su Parte IV derechos adicionales para los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular (del artículo 36 al 56). Mientras que en su artículo 68.2 menciona que «los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso,... mediante la imposición de *sanciones* a los *empleadores* de estos trabajadores. Estas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo».

Lamentablemente estos derechos, antes aludidos, han sido violados reiteradamente tanto en México como en E. U. A.

En el artículo 72 y con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se crea un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.⁶⁴

Migración y desintegración familiar

Considerando las implicaciones sociológicas que trae consigo la migración, constituye una responsabilidad ineludible hacer un bosquejo de lo que representa dicho fenómeno dentro del núcleo básico de la sociedad: la familia. Dicha temática no es la directriz del presente estudio, por lo que no se pretende profundizar ni generar las soluciones para dicha problemática que, sin duda, es de relevante importancia en la vida de los migrantes.

Diversos instrumentos internacionales⁶⁵ reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla, por lo tanto al hablar de derechos humanos de migrantes irregulares es indispensable asentar algunas ideas al respecto.

⁶⁴ Dicho Comité en su 18^a sesión, celebrada el 29 de abril de 2005, el Comité decidió pedir al Secretario General que organizara dos períodos de sesiones del Comité en 2006, uno en abril/mayo y otro en noviembre/diciembre. Uno de ellos tendría dos semanas de duración y el otro una sola semana, a fin de facilitar al Comité el examen de los informes de los Estados. El Comité cuenta con un reglamento provisional. El artículo 72.1. b) establece que el Comité estará compuesto, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, de diez expertos y después de la entrada en vigor de la Convención para el cuadragésimo primer Estado Parte, se compondrá por 14 expertos; por lo que actualmente está compuesto por 10 expertos. Como miembro por el Estado mexicano se encuentra Francisco Alba cuyo mandato expira el 31 de diciembre de 2007. El Comité puede examinar denuncias entre Estados y quejas individuales, pero lo anterior aún no está en vigor. Véase *Informe del Comité de Protección de los..., op. cit., passim*.

⁶⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño, indica en su artículo 22.1 que los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean Partes. 22.2. A tal efecto, los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 a la letra dice que: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (artículo 23.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que «se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo» (artículo 10.1).

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social⁶⁶ indica en su artículo 4 que: «La familia como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad».

Dentro del sistema interamericano el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Es innegable que los instrumentos de referencia otorgan este derecho a todas las personas, entre ellas los migrantes. Pero como se demostró anteriormente, frente a su inobservancia, fue necesario reiterar la protección a la familia en la CIPTMF, la cual define en su artículo 4 a los familiares como «las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate»

La familia «como institución social,... está sujeta a procesos de cambio que resultan tanto de su dinámica interna como de las transformaciones sociales que experimenta la sociedad en su conjunto. Así mismo, se espera que dichos cambios en la familia actúen, en el mediano y largo plazos, sobre el orden social reafirmando o bien modificándolo»⁶⁷. Sin embargo, el crecimiento desme-

gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

⁶⁶ Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2542 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969.

⁶⁷ Ojeda Norma, "Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones" en *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, México, Colegio de la Frontera Norte, p. 167.

Julietta Morales Sánchez

dido de las desigualdades sociales y la necesidad de emigrar de muchos seres humanos, han traído consigo la desintegración familiar. Situación que puede redundar en problemas sociales severos.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes⁶⁸, aún sigue siendo una constante la separación obligada de padres e hijos por la migración de los padres a los países desarrollados (o más desarrollados que el lugar de origen) en busca de trabajo. Así los niños, quienes son aún más vulnerables a los riesgos de la migración irregular, permanecen con sus abuelos o familiares en sus lugares de origen. Por otro lado, en múltiples casos, los polleros separan a los padres de los hijos en el momento de cruzar la frontera, reencontrándose en territorio estadounidense después de largo tiempo, mientras que en otras ocasiones padres e hijos nunca se reencuentran.

Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 o 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en E. U. A. en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y otro 16%, casi 2 millones, era niños que llegaron a E. U. A. solos o con sus padres. Hay también un contingente de 3.1 millones de niños que nacieron en E.U.A. y viven con familias en las que al menos el padre o la madre son inmigrantes indocumentados,⁶⁹ lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en el caso de la deportación de uno o ambos padres. Así también muchas de las mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus hijos con sus ascendientes.⁷⁰ Y otras mujeres que deciden migrar, ya embarazadas, para que sus hijos al nacer en el territorio de destino adquieran la nacionalidad respectiva (en el caso mexicano, al nacer en territorio estadounidense obtienen la nacionalidad estadounidense), en base al concepto internacional de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el cual es reconocido por múltiples legislaciones nacionales.

Sin embargo, no existe a nivel internacional un instrumento que regule la situación de las familias separadas por la migración, ni la protección a niños migrantes o que establezca el mecanismo para la reunificación familiar, este es un vacío legal que no ha sido atendido y por cuyo abandono la humanidad esta pagando un alto precio.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire

Por otra parte, es relevante indicar la existencia de una Convención y sus Protocolos adicionales que buscan evitar la trata y el tráfico de personas. Siguiendo la recomendación de 1998 de la Comisión sobre la Prevención de la Delincuencia y Justicia Criminal y del Consejo Económico y Social, la Asamblea General de la ONU estableció un Comité *ad hoc* intergubernamental con el

⁶⁸ Lo cual es sumamente preocupante por que no se cuentan con el sistema necesario que garantice la protección a sus derechos. En 2004, 39,690 niños mexicanos migrantes se detectaron en la frontera. De éstos, 10.920 viajaban solos. Se trata de menores que buscan una mejor calidad de vida buscan trabajo o tienen la esperanza de reunirse con familiares en Estados Unidos. *Cfr.* http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef_97583.html. Además véase *Enrique's Journey*, de Sonia Nazario.

⁶⁹ *Cfr.* *La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

propósito de redactar una convención internacional contra la delincuencia organizada trasnacional y tres protocolos adicionales (Resolución de la Asamblea General 53/111, del 9 de diciembre de 1998).

El Comité *ad hoc* finalizó el texto de la Convención Madre y de dos de sus Protocolos adicionales en octubre de 2000. En su Resolución 55/25 de 15 de Noviembre de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Contra la Delincuencia Trasnacional Organizada, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. La Conferencia política de Alto Nivel para la Firma de la Convención y sus dos Protocolos tuvo lugar en Palermo, Italia, entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000, en donde se reunieron 148 países. De los 148 países presentes, 121 firmaron la *Convención Contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, y unos 80 países firmaron uno de sus protocolos adicionales, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*. También quedó abierto para la firma de los Estados otro Protocolo adicional, *El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, por Tierra, Mar y Aire*. Un tercer Protocolo, *El Protocolo contra la Fabricación Ilícita y el Tráfico de Armas de Fuego*, se terminó a finales de 2001.

México depositó, el 4 de marzo de 2003, ante el Secretariado de la Organización de las Naciones Unidas los instrumentos de ratificación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Trasnacional y de dos de sus Protocolos complementarios relativos al tráfico ilícito de migrantes y a la prevención y sanción de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Y el 10 de abril de 2003 depositó el instrumento de ratificación del Protocolo contra la fabricación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional define al *tráfico ilícito de migrantes* como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material» (artículo 3, inciso a). Y establece que “por *entrada ilegal* se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor» (artículo 3, inciso b).

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada instaura que «por *trata de persona* se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas

⁷⁰ Opinión de Sonia Nazario, ganadora del premio Pulitzer. Véase *idem*.

Julieta Morales Sánchez

de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos» (artículo 3 inciso a).

Se considera significativo mencionar la distinción entre los conceptos de trata y de tráfico de personas. La definición legal de trata de personas pone entonces énfasis en el uso de la fuerza, coacción o engaño como características distintivas. Esto es lo que distingue en el derecho internacional la trata del *tráfico de personas* dentro de cuyo marco (si bien puede mediar una transacción pecuniaria) se considera que la relación entre la persona objeto del tráfico ilícito y quien se encarga de hacerlo es de carácter voluntario y provechosa para ambas partes, aunque esto es discutible. Muchos comentaristas han sugerido desde entonces que puede resultar difícil aplicar estas distinciones a los diversos casos. Puede haber engaño y coacción en cualquiera de las etapas del ciclo de migración irregular. En el caso de la explotación laboral de los trabajadores migrantes, las cuestiones son más complejas. La evidencia disponible muestra que trabajadores migrantes en situación irregular que ingresaron a un país de destino a través de redes clandestinas de intermediarios son sometidos a condiciones de trabajo forzoso. En la mayoría de los casos la coacción es menos manifiesta y más sutil, asumiendo diversas formas aunadas a la siempre latente amenaza de denuncia a las autoridades que conlleva a la deportación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, establece en su Preámbulo que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana» Así México, en ejercicio de su soberanía, es parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, que funda la Convención antes mencionada, y que se integra por la Comisión IDH⁷¹ y la CorteIDH. Respecto de ésta última aceptó su competencia consultiva y contenciosa.⁷²

Se entiende que el sistema interamericano de protección de derechos humanos es un conjunto que abarca más que a la ComisiónIDH y a la CorteIDH. El sistema interamericano se integra por los Estados, la OEA, los órganos de protección, las instituciones de la sociedad civil, los *ombudsman* e incluso otros agentes relevantes y dinámicos – académicos, comunicadores, líderes de opinión,

⁷¹ La Comisión IDH, a través de la Relatoría de trabajadores migratorios y miembros de sus familias realizó una visita *in loco* a México del 25 de julio al 1º de agosto de 2002 para observar la situación de los derechos humanos de migrantes, el informe fue aprobado por la Organización de Estados Americanos en julio de 2003. Véase <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/cap.5c.htm>. (fecha de consulta 19 de abril de 2006).

⁷² La Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH fue aprobada por el Senado mexicano el 1º de diciembre de 1998.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

entre otros - que pueden concurrir con eficacia al desempeño y fortalecimiento del sistema.⁷³ Empero, para los fines de este trabajo y por la importancia que revisten, este estudio se centrará en las dos instituciones primeramente mencionadas, se retomarán resoluciones de la CorteIDH.

Producto de su doble competencia, la CorteIDH ha producido jurisprudencia consultiva y contenciosa relacionada con la presente temática. La fuente de las obligaciones generales de los Estados de cumplir con la observancia de los derechos humanos y tomar las medidas para que éstos se realicen, proviene de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. La CorteIDH, únicamente ha reiterado en su jurisprudencia contenciosa este aspecto; algunas resoluciones que establecen la obligación de los Estados de dar cumplimiento a la Convención Americana son las siguientes y que a la letra dicen que: «La Corte IDH reconoció (que el Estado) suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna... aceptó (la Convención) precisamente en ejercicio de su soberanía» (*Caso Castillo Petrucci, Excepciones preliminares*, párrafo 101).

En el mismo sentido la CorteIDH estableció que: «al constituirse en Estado parte de la Convención, [...] admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende, se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación de la Convención» (*Caso Cestí Hurtado*, Etapa de Fondo, párrafo 169). En estas resoluciones se reitera el poder soberano de autolimitar la soberanía.

Dentro de la jurisprudencia consultiva de la CorteIDH, se ha enfatizado la obligación que tienen los países de observar el principio de igualdad entre todas las personas (nacionales o extranjeros, migrantes regulares o irregulares) al decir que: «La noción de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona...» (*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, párrafo 55). Así también los Estados están obligados a proteger a sus nacionales en donde quiera que se encuentren, esta es una responsabilidad que México no debería de olvidar; la CorteIDH ha dicho 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» (*ibidem*, 34 y 35).

⁷³ Cfr. García Ramírez, Sergio, "El sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Corte Interamericana," en *Curso Interdisciplinario de alta formación en derechos humanos. Memoria.*, México, Programa de Fortalecimiento Institucional de Organismos Públicos de Derechos Humanos, Unión Europea, 2005, p.194.

Julietta Morales Sánchez

A continuación se mencionarán, brevemente, dos opiniones consultivas de la CorteIDH, las cuales son de vital importancia en el campo de los derechos humanos de migrantes:

La Opinión Consultiva OC-16/99 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* del 1º de octubre de 1999. En donde la Corte IDH estimó que: «*el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia [...] así se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales [...] y la correlativa prohibición de discriminación*» (párrafo 119). La Corte IDH opinó que: «*1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor [...] 8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria*»⁷⁴.

Destaca la Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la cual fue solicitada por México a la Corte IDH el 10 de mayo de 2002 y emitida el 17 de septiembre de 2003. En ella la Corte IDH opinó que: «...4. *El principio de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional [...] el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. 6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de [...] el estatus migratorio de las personas [...] 8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos [...] 11. Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de 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...*»⁷⁵. De acuerdo a lo anterior, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*, es decir, es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea o no parte en determinado tratado internacional⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1114-1117. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998" en *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 2003, pp. 561-613.

⁷⁵ *Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH*, México, CNDH, 2004, pp. 196-198.

⁷⁶ Cfr. artículo 53de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Para conocer que consecuencias genera para el Estado de referencia la violación de normas de *ius cogens* véase Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, pp. 862-869.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

En esta tesitura, los E. U. A. como Estado parte de la OEA, está sujeto a las obligaciones impuestas por la Declaración Americana, que garantiza el derecho a la vida⁷⁷, al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual también es parte, regula el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a formar sindicatos. Sin embargo, considero importante mencionar una resolución de la Corte Suprema de E. U. A. del 27 de marzo de 2002, el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board (NLRB)*⁷⁸, en su decisión consideró que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido; es decir, no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante en situación irregular y no ordenó indemnización ni compensación alguna a favor del trabajador. También mencionó que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB 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 a

⁷⁷ Según datos aportados por la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos entre 1998 y 2004, murieron 1,954 personas al intentar cruzar la frontera entre México y Estados Unidos. En el último año 325 personas perdieron la vida. La mayoría de las víctimas fallecen por deshidratación, hipotermia y paros cardíacos producto de la exposición al calor. Un número significativo ha fallecido por accidentes automovilísticos. Párrafo 52 del Informe Anual 2004 de la Comisión IDH. http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/cap.6a.htm#_ftn3 (fecha de consulta: 12 de abril de 2006). En 11 años de existencia de la Operación Guardián han muerto 3, 600 personas en su intento de cruzar sin documentos a E. U. A. Cada año en promedio son detenidos un millón de migrantes por la Patrulla Fronteriza, <http://www.jornada.unam.mx/2004/06/20/mas-najar.html> (fecha de consulta: 12 de abril de 2006).

⁷⁸ La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los E. U. A., que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Cfr. "Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y otros*", en *Opinión Consultiva OC-18/03...*, *op.cit.*, pp. 97-103. Además de que dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que: «...Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios...».

Julieta Morales Sánchez

un grupo de trabajadores un conjunto de derechos que le son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional⁷⁹.

Decisiones como la anterior, en lugar de desalentar la inmigración ilegal, constituyen medidas que hacen más barato y más atractivo para los empleadores contratar trabajadores inmigrantes ilegales. Además de que esta resolución viola el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y es contrario a normas de *ius cogens* que es obligación de los E. U. A. cumplir, por lo que no debe evadir dicha obligación con la justificante de no haber suscrito la Convención Americana, ya dichas normas de *ius cogens* son obligatorias para toda la comunidad internacional, independientemente de la suscripción o no de algún instrumento. Además de que es cuestionable una política que no protege los derechos laborales de los migrantes en situación irregular, pero se beneficia económicamente de su explotación laboral⁸⁰.

En el extremo contrario a esta controvertible interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, existen en Latinoamérica leyes innovadoras sobre la protección de los derechos humanos de migrantes, un ejemplo de ello es la Ley 25.781 de Argentina, vigente desde 2004, la cual reconoce que «en ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impide su admisión como alumno en un establecimiento educativo de cualquier índole» (artículo 7); y se garantiza el acceso a la salud a cualquier extranjero, cualquiera que sea su situación migratoria (artículo 8). Y así como prohíbe dar alojamiento a título oneroso y proporcionar trabajo a los migrantes irregulares (artículo 55); reconoce que esto no exime al empleador del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral y que no se afectarán los derechos adquiridos por el extranjero, cualquiera que sea su situación migratoria (artículo 56). Y en consecuencia, establece sanción de multa de 20 a 100 días de Salario Mínimo Vital para quienes proporcionen alojamiento oneroso o trabajo a migrantes irregulares⁸¹.

Destaca entonces la obligación de interpretar⁸² el ordenamiento jurídico de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por México. En este aspecto es fun-

⁷⁹ *Idem*

⁸⁰ A partir del caso Hoffman, el derecho de compensación de un trabajador depende del estado en que viva. En dos estados, Pennsylvania y Michigan, las cortes supremas han decretado que los trabajadores no autorizados no pueden pretender recibir salarios caídos relacionados con accidentes laborales. *Cfr. Sánchez/Vázquez v. Eagle Alloy, 658 N.W. 2d 510 (2003) leave to appeal denied, 684 N.W. 2d 342 (2004); The Reinforced Earth Company v. Workers' Compensation Appeal Board, 810 A. 2d 99 (Pa. 2002)*. Estas dos decisiones son del supremo tribunal del estado. Lo anterior es ofensivo cuando un informe reciente de la *Associated Press* reveló que en E. U. A. un mexicano muere cada día en su trabajo. *Cfr. Pritchard, Justin, A Mexican Worker Dies Each Day, AP Finds, NEWSDAY, March 14, 2004*.

⁸¹ *Cfr. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2441.pdf>* (fecha de consulta: 7 de abril de 2006).

⁸² Véase Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, *passim*.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

damental la función desarrollada por el Poder Judicial mexicano ya que su labor permite precisar los alcances de los derechos fundamentales. Respecto a lo anterior, Zagrebelsky menciona que «la jurisprudencia deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad» y si esto no se da «...la interpretación se cerrará en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado, por ello, de su razón de ser»⁸³. Toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*, es decir, éstos deben ser interpretados de la manera que más favorezca al ser humano.

Conclusiones

En este apartado estableceré las conclusiones y propuestas obtenidas como producto del presente trabajo. He tratado de sistematizar de la mejor forma posible los siguientes puntos.

1. En el presente estudio se ha confirmado 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»⁸⁴.
2. Se debe entender, antes de abordar las conclusiones y propuestas del presente ensayo, que partimos de una premisa que consiste en que «no podemos esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo. Tampoco podemos esperar que las violaciones a los derechos humanos de los migrantes dejen de suceder por inercia ni que espontáneamente se genere una cultura generalizada de respeto a sus derechos fundamentales»⁸⁵.
3. Para contribuir al debido cumplimiento de los derechos humanos de migrantes irregulares es necesario enfatizar que antes de ser migrantes son seres humanos, y deben ser tratados (por la población nacional y las autoridades) con la dignidad inherente a esa condición.
4. Destaca por importancia central puntualizar que el migrante que contribuye a la economía de una nación está en capacidad de interiorizarse en la concepción colectiva para la búsqueda del bien común, haciendo tangible la responsabilidad cívica a la que se obliga por su pertenencia de hecho a una comunidad política, con las consecuencias jurídicas que implica la ciudadanía de *facto*. Derechos humanos y solidaridad pueden entonces dar una identidad renovada a las naciones que, con razón o sin ella, se preocupan por el rostro cada vez más multicultural de sus sociedades.

⁸³ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dútil. Ley, derechos y justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2002, pp.132-133.

⁸⁴ Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade en *Opinión Consultiva OC-18/03...*, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁵ Véase "Migración y derechos humanos" ponencia presentada por Mauricio Farah Gebara, *op. cit.* párrafo 4.

Julieta Morales Sánchez

4. Antes mencionamos que México vive la migración irregular desde varias perspectivas (como país de origen, tránsito y destino); y resulta incongruente que en la práctica migratoria mexicana no estén presentes las normas de derechos humanos; existe además un enorme desconocimiento sobre la existencia de instrumentos internacionales vinculantes y hace falta un trabajo de sensibilización y capacitación dirigido hacia las autoridades en la aplicación de la legislación.
5. Lamentablemente, no solo las normas internacionales de derechos humanos sino también las normas nacionales, carecen de observancia. Además de que no se ha comprendido el carácter subsidiario de la legislación y jurisdicción internacional; no como retadora del orden constitucional nacional, sino como un instrumento de complementación del régimen jurídico interno.
6. Es necesario que exista coherencia entre la norma y la realidad social, como fuente fundamental de legitimidad de la ley. Häberle establece que: «Las normas jurídicas tienen que enfrentarse y afirmarse contra realidades, posibilidades y necesidades determinadas [...] Sin pensamiento de la realidad, de las posibilidades y las necesidades, sin su confrontación e integración no existe una adecuada interpretación y desarrollo de las normas jurídicas en libertad»⁸⁶. En este sentido es fundamental la actividad del Poder Judicial de nuestro país que, en cumplimiento con su función histórica y constitucional, debe interpretar las leyes en relación con los tratados internacionales suscritos por México, asegurando y protegiendo los derechos de todos los individuos incluyendo a los migrantes. Solo una interpretación de acuerdo a las necesidades de la época en que vivimos puede acercarnos cada vez más a la plenitud del Estado Constitucional de Derecho. Es esencial la interpretación del Poder Judicial Federal; así como la difusión y capacitación generada por éste en los magistrados y jueces federales y locales sobre la aplicación de los instrumentos internacionales. Dicha capacitación y difusión se ha llevado a cabo y se fortalece a través de las Casas de la Cultura Jurídica en las entidades federativas y del Instituto de la Judicatura Federal, por medio de múltiples eventos y actividades que vinculan a la población con el Poder Judicial, que por algún tiempo se vio como algo lejano a los justiciables.
7. En otra tesis, el ordenamiento migratorio mexicano posee diversas anomalías y es imprescindible la erradicación de éstas; por lo que fundamentalmente se debe destipificar la migración indocumentada como delito, ya que aunque el INM no presenta querellas al respecto, se crea una situación de inseguridad jurídica para el migrante irregular en nuestro país que se presta también a que se generen prácticas de extorsión y xenofobia. Por lo anterior urge la modificación del artículo 123 de la LGP para sustituir la pena de prisión en contra de migrantes irregulares por una sanción como la deportación; estableciendo las prerrogativas que corresponden al migrante en dicho procedimiento administrativo, entre ellos el derecho a tener un defensor público y ase-

⁸⁶ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 55 y 57.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

gurar la asistencia consular del país en cuestión. Es paradójico que la misma autoridad, el INM, sea la que expulse a los migrantes y al mismo tiempo decida sobre los recursos de revisión; por lo que es necesario la creación de una instancia autónoma que sea la que se pronuncie sobre la procedencia de las decisiones de expulsión, evitando así que una sola instancia funja como juez y parte en ese proceso. Es importante reiterar que «el otorgamiento de derechos [...] sin organismos eficaces para salvaguardarlos cuando sean vulnerados, constituiría un engaño que originaría consecuencias de gravedad difícil de prever»⁸⁷.

8. Hay un principio básico de los derechos humanos que consiste en 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. Por ello los mexicanos deben de conocer, respetar y coadyuvar a la realización de los derechos de migrantes; no solo por que 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 levantamos la voz para defender a nuestros nacionales en E. U. A., y no actuamos en congruencia con los derechos esenciales de todo ser humano, mañana podemos ser nosotros quienes seamos vulnerados en nuestras prerrogativas.

9. Las naciones, y en especial la mexicana por la situación que enfrenta, deben responder con más coherencia al desafío de los derechos humanos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus políticas 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 esencial. 10. Por lo que «no se puede ni se debe olvidar que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos»⁸⁸.

11. La humanidad debe despertar de la insensibilidad y empezar a actuar. Debemos de creer en nuestra capacidad de superar las circunstancias que prevalecen, es tiempo de hablar menos, de pensar más y de hacer, en cada uno de nuestros escenarios personales, lo necesario para entregarles un mejor futuro a las próximas generaciones. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.

⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa No. 085/2005, de 15 de diciembre de 2005.

⁸⁸ Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional...*, *op. cit.*, p. 166.