

## Elisa Ortega Velázquez

### Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes

#### Aproximación

Desde los inicios del Estado-Nación, los Estados no han estado obligados jurídicamente a admitir a los extranjeros, ni ello ha sido establecido como obligación en ningún tratado internacional de alcance universal. Las doctrinas tradicionales de la soberanía de los Estados se encargaron de enfatizar la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, basada precisamente en el nexo de la nacionalidad. La codificación del tratamiento de los extranjeros en un contexto general no ha sido ni siquiera intentada por la comunidad internacional. Así, y a pesar de que existen avances en la materia a través de los tratados internacionales que han permitido que los Estados establezcan regímenes más comprensivos relativos a la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros, primero con los tratados de capitulación, navegación, amistad y comercio, y actualmente con los de derechos humanos que protegen a ciertos grupos vulnerables de extranjeros como solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, trabajadores migrantes y otros que han sido agrupados dentro de la categoría de extranjeros, no existe un tratado internacional que delimite los derechos de los extranjeros de un modo general.<sup>1</sup>

Ahora, el que no exista un un tratado internacional que delimite los derechos de los extranjeros de un modo general, por un lado y, por otro lado, que los Estados son soberanos en la admisión de extranjeros en sus territorios y en la determinación de su política migratoria, no implica que los Estados no actúen dentro del estándar

<sup>1</sup>La Convención de Trabajadores Migratorios de la ONU es el tratado general que existe hasta la fecha; sin embargo, no se refiere a los extranjeros en general, sino a los extranjeros en su faceta como trabajadores y a sus familias.

#### Sumario

Aproximación . . . . .	165
Los migrantes irregulares como grupo humano vulnerable. . . . .	166
Obligaciones de México al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) . . . . .	170
Control de convencionalidad y migración. . . . .	178

internacional de derechos humanos en su trato a los extranjeros en su territorio, cualquiera que haya sido su forma de entrada o su actual estatus migratorio, toda vez que antes de ser extranjeros *son personas, humanos amparados* por el Derecho internacional de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos de los migrantes no deja de suscitar controversia entre los Estados, debido a que implica una disminución de la autonomía y soberanía que de manera tradicional han gozado en su tratamiento hacia estas personas. Y si históricamente esta cuestión ha generado suficiente controversia en el seno del Derecho internacional, más la ocasionan fenómenos contemporáneos como la migración irregular y su inevitable repercusión en esta materia. En este sentido es preciso resaltar la importancia del Derecho internacional, tanto general como convencional, para defender los derechos humanos de los migrantes.

Este artículo abordará las áreas de oportunidad que tiene el Derecho internacional, en este caso, a través del mecanismo de control de convencionalidad, para coadyuvar al respeto y la garantía de los derechos humanos de los migrantes en México. Esto en especial a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, que implicó la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional; la recepción e incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno con rango constitucional, y el reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por México. Esto de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución.

## Los migrantes irregulares como grupo humano vulnerable

Los migrantes irregulares pertenecen a los llamados “grupos vulnerables”, los cuales son sectores de la sociedad con mayores posibilidades, en relación con otros grupos dentro del Estado, de ser sometidos a prácticas discriminatorias, violencia, desastres naturales o ambientales o penuria económica.<sup>2</sup> Se considera que son extranjeros especialmente vulnerables en virtud de que arriesgan —y muchos pierden— sus vidas al intentar cruzar las fronteras de forma irregular<sup>3</sup> (cuando su irregularidad es originaria y no sobrevenida); porque su condición migratoria los hace un blanco fácil de explotación laboral; porque no tienen acceso a los servicios de salud y educación; y porque sus hijos son privados de los mismos servicios y muchas veces son convertidos en apátridas. Otros motivos que los hacen un grupo vulnerable son la falta de una vivienda adecuada, forzándolos a la indigencia; así como la criminalización de su condición

<sup>2</sup>OIM, Glosario sobre Migración, Ginebra, OIM, 2006, p. 30.

<sup>3</sup>Por ejemplo, se estima que al menos 14,797 migrantes fallecieron en los últimos 10 años al intentar llegar a Europa. Datos de *Fortress Europe*; informes anuales tomado de <http://fortresseurope.blogspot.com>. Las mujeres y los niños son particularmente vulnerables en los viajes a Europa por tierra y por mar, y constituyen un número desproporcionado de los muertos debidos al cruce irregular de fronteras. Véase *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas, PICUM, 2009, p. 14.

migratoria, lo cual hace que vivan en la “invisibilidad” y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el constante miedo de ser deportados.<sup>4</sup>

Gran parte del debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que estas personas no tienen derecho de estar en el Estado de empleo o recepción, sino de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden explícitamente a excluir a los migrantes irregulares del acceso a los derechos, sobre todo los sociales, adoptando una retórica que equipara a los migrantes y a los solicitantes de asilo con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.<sup>5</sup> Por ejemplo, después del 11 de septiembre de 2001, John Ashcroft, el entonces procurador general de Estados Unidos, declaró: “que los *terroristas* entre nosotros estén advertidos [...] si se quedan más allá del tiempo permitido en sus visas incluso por un día, los arrestaremos”.<sup>6</sup> En consecuencia, no es sorprendente que los migrantes irregulares frecuentemente se resistan a hacer valer sus derechos por miedo a exponerse ante las autoridades.

Los migrantes irregulares —en especial las personas objeto de tráfico ilícito, sometidas a trabajo cautivo o en régimen de servidumbre, o trabajadores domésticos—<sup>7</sup> raras veces figuran en las estadísticas oficiales. Resulta difícil identificarlos o localizarlos, pues con frecuencia se les despoja de sus documentos de identidad y tienen miedo de ponerse en contacto con las autoridades. En ocasiones, los propios migrantes buscan la invisibilidad para escapar de la atención oficial o de amenazas contra ellos o sus familiares. Estas personas “invisibles” son las más vulnerables a la explotación o a los abusos. Al carecer de condición jurídica o de documentación, les resulta extremadamente difícil reclamar sus derechos. Empleadores sin escrúpulos son conscientes de esto y a menudo se aprovechan de la situación.<sup>8</sup> Aún más, las personas migrantes a menudo se encuentran aisladas de su familia o de su entorno social en el país de destino, del cual además muchas veces desconocen el idioma, con todas las dificultades inherentes a ello. El aislamiento social puede dejarlas particularmente expuestas a la explotación y los abusos. Cuando se hallan en una situación irregular, los migrantes temen que buscar servicios o redes sociales o comunitarias que podrían ayudarlos a

<sup>4</sup>En general véase, *PICUM'S Main Concerns About the Fundamental Rights of Undocumented Migrants in Europe in 2006*, Bruselas, PICUM, 2007.

<sup>5</sup>Khalid Koser, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

<sup>6</sup>Dan Eggen, “Tough Anti-Terror Campaign Pledged; Ashcroft tells mayor he will use new law to fullest extent”, *The Washington Post*, 26 de octubre de 2001, p. A01.

<sup>7</sup>Véanse los problemas a que se enfrentan los trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico en Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13° periodo de sesiones, CMW/C/12/CRP2/ Rev.2, párr. 7-27; *Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes*, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1; OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99° reunión, 2010, Informe IV (2).

<sup>8</sup>Por ejemplo, véase Honsberg, Bernd, “Undocumented Migrants in the Construction Sector in Europe”, en Michele LeVoy, Nele Verbruggen y Johan Wets (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas, PICUM, 2003, pp. 47 y ss.

superar su aislamiento atraerá sobre ellos la atención de las autoridades y los pondrá en peligro de ser detenidos o expulsados.<sup>9</sup>

Los problemas a los que se enfrentan los migrantes irregulares se deben principalmente a su falta de condición jurídica regular y a que en su mayoría están empleados en el sector informal o en la economía sumergida. Sin condición ni protección jurídicas corren el riesgo de sufrir explotación o abusos por parte de empleadores sin escrúpulos. Quienes cometen tales abusos saben que es improbable que se les obligue a rendir cuentas porque las personas migrantes en situación irregular suelen ser reacias a presentarse ante las autoridades para que se hagan cumplir sus derechos laborales u otros derechos humanos.<sup>10</sup> Por lo general, temen atraer la atención oficial sobre ellos mismos, pues podrían arriesgarse a ser detenidos o expulsados. Como ha señalado la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Habida cuenta de su situación legal precaria en el país de acogida, los trabajadores migrantes irregulares se prestan fácilmente a la extorsión y están indefensos frente a los abusos y la explotación por obra de empleadores, agentes de migración, burócratas corrompidos y delincuentes organizados.<sup>11</sup>

Al vivir al margen de la sociedad, los migrantes irregulares llevan una vida extremadamente precaria en los Estados de empleo. En muchas partes del mundo se encuentran en el eslabón más bajo de la fuerza laboral: no sólo son los trabajadores con los

<sup>9</sup>“El resguardo de un talón de pago, un recibo telefónico, el recibo de una transferencia de dinero: todo lo que necesitaban era un papel que demostrase la existencia de sus seres queridos. Sin embargo, para las familias de los migrantes mexicanos muertos en los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos que solicitaban una indemnización o simplemente un certificado de defunción, ha sido imposible satisfacer incluso esos requisitos mínimos, sobre todo si las víctimas se encontraban en Estados Unidos en situación irregular. Sin número de afiliación a la seguridad social o expediente fiscal —y, en algunos casos, sin acta de nacimiento— los familiares en duelo no han podido confirmar que sus seres queridos estaban en el lugar de los atentados de 2001, ni presentar los documentos necesarios para recibir la parte correspondiente de un fondo que ha concedido una media de algo más de dos millones de dólares estadounidenses por víctima. “Cuando una persona está en situación irregular en un país, es como si viviera en las sombras”, afirmó Norberto Terrazas, cónsul de protección (asesor para la protección jurídica de ciudadanos mexicanos) del consulado de México en Nueva York. “Nadie la ve. Nadie se fija. Ven el trabajo de esa persona, se dan cuenta de que contribuye a la economía y consume bienes, pero, en realidad, esa persona no existe”. Se cree que en los atentados del 11 de septiembre perecieron 16 ciudadanos y ciudadanas mexicanos —en todos los casos, migrantes irregulares—. Sin embargo, sólo los familiares de cinco de ellos pudieron demostrar las muertes de sus seres queridos en los ataques y, por tanto, tener acceso a una indemnización. “No Answers for Kin of Mexican 9/11 Victims”, *Associated Press*, 10 de septiembre de 2004.

<sup>10</sup>Peter Margulies, “*Stranger and Afraid*, Undocumented Workers and Federal Employment Law”, *DePaul Law Review*, vol. 38, 1989, pp. 567 y ss.; Lora Jo Foo, “The Vulnerable and Exploitable Immigrant Workforce and the Need for Strengthening Worker Protective Legislation”, *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993-1994, pp. 2179-2212; Elizabeth Dunne, “The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers”, *Emory Law Journal*, vol. 49, 2000, pp. 623-674; Beth Lyon, “When More Security Equals Less Workplace Safety: Reconsidering U.S. Laws that Disadvantage Unauthorized Workers”, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, vol. 6, 2004, pp. 595 y ss.

<sup>11</sup>OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92a. reunión, 2004, Informe VI, párr. 195. Tomado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>.

salarios más bajos, sino los que realizan las labores más duras.<sup>12</sup> El Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes ha reportado que estas personas sufren de condiciones laborales abusivas, tales como largas jornadas de trabajo sin descanso, negativa de pagarles los salarios debidos, malos tratos y confinamiento, que equivale, en algunos casos, a trabajos forzados.<sup>13</sup>

Otro grave problema que enfrentan los migrantes irregulares es la falta de servicios de salud. Un elemento importante del derecho a la salud es que tanto la asistencia sanitaria como las otras condiciones esenciales para la salud sean asequibles para todos sin discriminación. No obstante, para los migrantes irregulares no siempre se cumple. En algunos países,<sup>14</sup> toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) únicamente es de pago, y los tratamientos suelen ser inasequibles para los migrantes indocumentados.<sup>15</sup> Esta situación no sólo afecta a los migrantes irregulares, sino a la sociedad receptora en su conjunto. Asimismo, los migrantes irregulares están excluidos por la ley de muchos servicios estatales, incluida la vivienda social. Generalmente, las viviendas privadas se alquilan a migrantes irregulares por precios abusivos y en muy mal estado. Aún más, existen casos de pisos compartidos con varias otras personas que, teniendo distintos horarios de trabajo, utilizan la misma cama para ocho o nueve horas de sueño (entre cinco y diez camas por habitación).<sup>16</sup>

Existe una tendencia creciente en la mayoría de los Estados receptores de migrantes a la erosión de los derechos humanos de los migrantes, en aras de las políticas de control de la migración irregular, las cuales son cada vez más restrictivas y agresivas, y carecen de un enfoque que considere las necesidades de los migrantes más vulnerables, por ejemplo los niños. El principal efecto de esta situación es empeorar su situación de vulnerabilidad. De este modo, si bien todos los migrantes se enfrentan a los riesgos de sufrir violaciones a sus derechos humanos, estos riesgos están exacerbados en los niños, tanto aquellos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres o tutores, quienes ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección. El peligro de ser identificados por las autoridades y, como consecuencia, detenidos y expulsados, hace que en muchos casos de discriminación prefieran callarse y no contar lo ocurrido y exponerse a un riesgo tan grande. Esto tiene consecuencias determinantes sobre su desarrollo, toda vez que su acceso a los derechos sociales básicos —como la educación, la salud y la vivienda— se encuentra comprometido por su condición irregular, a la vez que se

<sup>12</sup>Linda Bosniak, “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention”, en *International Migration Review*, vol. 25, No. 4, 1991, p. 737; E. Reynieri, “Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union”, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.

<sup>13</sup>Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge, Bustamante, de 30 de diciembre de 2005, E/CN.4/2006/73, p. 47. También véase Patrick A. Taran, “Globalization, migration and exploitation: irregular migrants and fundamental rights at work”, en LeVoy, Verbruggen y Wets, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

<sup>14</sup>Véase el informe de PICUM sobre Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa, Bruselas: PICUM, 2007. Tomado de <http://picum.org/data/Access%20to%20Health%20Care%20for%20Undocumented%20Migrants.pdf>.

<sup>15</sup>Preocupaciones principales de PICUM..., p. 21.

<sup>16</sup>*Ibidem*, p. 24.

les da un trato de adultos en prácticas tan cuestionables como las detenciones a raíz de la condición migratoria irregular.

## Obligaciones de México al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 generó expectativas muy altas en el sentido de que era la oportunidad de poner al sistema legal mexicano a la vanguardia en esa materia en la que se había rezagado respecto al sistema legal internacional.<sup>17</sup> En primer término, quedó clara la intención del legislador constituyente de incluir un cambio de concepción de los derechos, al modificar el título del capítulo respectivo de “De las garantías individuales” a “Derechos Humanos y sus Garantías”, reconociendo en el artículo 1° que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Cabe señalar que tradicionalmente en nuestro país se había identificado a las garantías individuales con los derechos humanos o fundamentales de la persona en virtud de que se suponía que al consagrar dichos derechos en la Constitución (como garantías) quedarían asegurados. No obstante, la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución, sino en asegurar los medios suficientes para su tutela. El aspecto sustantivo de los derechos se vincula con los derechos humanos, mientras que los medios para su defensa se consideran propiamente las garantías.<sup>18</sup> Es decir, la reforma implicó un cambio conceptual dirigido al fortalecimiento de la persona y la protección de su dignidad, pues adoptó el estándar desarrollado internacionalmente por el Derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario.<sup>19</sup>

<sup>17</sup>Sobre la relación entre los sistemas legales, véase: Tonatiuh García Castillo, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes. Derecho internacional / derecho nacional*, México, IJ-UNAM, 2004, p. 205.

<sup>18</sup>Las garantías constitucionales son los medios jurídicos, fundamentalmente de carácter procesal, que están dirigidos, en un primer momento, a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, debido a la insuficiencia de los instrumentos protectores de la Constitución del párrafo anterior; en un segundo momento, las garantías constitucionales están dirigidas también a una transformación evolutiva de las disposiciones fundamentales. Héctor Fix-Zamudio, “La Constitución y su defensa” en *La Constitución y su defensa*, México, IJ-UNAM, 1984, p.18; Serio Galeotti, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Milano, Giuffrè, 1950.

<sup>19</sup>La Corte IDH, desde sus orígenes jurisprudenciales en la sentencia del caso “Velásquez Rodríguez”, sentó presente respecto a la concepción del término derechos humanos: “165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión [...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).”

En segundo término, la reforma implicó la incorporación al sistema legal mexicano de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales que México suscriba, según el párrafo primero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM): “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Ahora bien, ¿qué implica para un Estado suscribir, adherirse o ratificar un tratado internacional de derechos humanos? En principio, la respuesta obvia es que los tratados se firman para ser cumplidos, tal y como dicta la máxima *pacta sunt servanda*, norma consuetudinaria de Derecho Internacional.<sup>20</sup> Sin embargo, esta afirmación no es tan obvia cuando la trasladamos a la realidad mexicana. México es un Estado de pluma ágil para ratificar la mayoría de tratados internacionales, pero no demuestra la misma energía al momento de darle seguimiento a esa firma. De hecho, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos el compromiso de las autoridades respecto a su cumplimiento es bastante limitado: por un lado, por la interpretación monista y autárquica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha realizado del artículo 133 constitucional, en el sentido de que los tratados internacionales son inferiores a la Constitución<sup>21</sup> y, por otro lado, por falta de voluntad política, en especial cuando hablamos de grupos vulnerables como los migrantes.<sup>22</sup>

Ahora bien, analicemos cuáles son las obligaciones para México al ser parte de la CADH, tratado de cuya aplicación e interpretación por parte de la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH) surgió el control de convencionalidad:

<sup>20</sup>Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 2005, p. 282.

<sup>21</sup>*Contradicción de tesis 293/2011 que resolvió el Pleno de la SCJN (3/09/13)*: Las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución. La Constitución y los tratados tienen el mismo rango o nivel jerárquico solo en apariencia, pero en los hechos, la Constitución siempre derrota al tratado. No importa que éste sea más proteccionista o garantista en el caso concreto. La consecuencia de esto es que el principio pro persona acaba subordinándose al principio de supremacía constitucional y ello equivale a desconocer que el primero constituye la columna vertebral del derecho mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

<sup>22</sup>En este sentido, basta ver la violencia generalizada contra la población migrante en tránsito en nuestro país y la falta de respeto a sus derechos humanos. Por ejemplo, el 24 de agosto de 2010 la Secretaría de Marina informó del hallazgo de 72 cadáveres en un rancho-bodega abandonado en el municipio de San Fernando, Tamaulipas las personas fueron asesinadas por el grupo criminal Los Zetas. Eran 58 hombres y 14 mujeres, todos migrantes que perseguían sus sueños cruzando México hacia Estados Unidos. Tenían las manos amarradas y un tiro de gracia. Fueron abandonados por el Estado que no los protegió en su camino y, peor aún, fueron asesinados por criminales en complicidad con policías. La responsabilidad del Estado mexicano llega a más: no le interesó identificarlos y devolverlos a sus familias. Apenas se empiezan a ver luces de este caso a partir de que la SCJN ejerciera su facultad de atracción en este caso y otorgara el amparo a los familiares de dos de los centroamericanos desaparecidos en San Fernando. SCJN, Expediente 338/2014, Tipo de asunto: solicitud de ejercicio de la facultad de atracción, Órgano de radicación: primera sala, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, Fecha de resolución: sesionado el 18/02/2015.

## Respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH

El artículo 1.1 de la Convención establece el marco general de las obligaciones de los Estados Partes de la CADH: “respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce”.<sup>23</sup> La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Es, por lo tanto, una obligación de abstención. La obligación de garantizar, por el contrario, exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos.

La CIDH analizó exhaustivamente el contenido de la obligación de garantizar en el caso “Velásquez Rodríguez”:

La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.<sup>24</sup>

Además, la obligación de garantizar también incluye la de restablecer al lesionado “en el goce de su derecho conculcado” y reparar las consecuencias de la violación, como lo establece el artículo 63.1 de la CADH,<sup>25</sup> obligaciones que la Corte ha reconocido desde su primera sentencia en el caso “Velásquez Rodríguez”.<sup>26</sup>

## Respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, como señala el propio artículo 1.1, deben ser cumplidas sin incurrir en discriminación alguna de las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte. Como Faúndez recuerda:

En lo que se refiere a los derechos que la Convención estipula, los Estados asumen una doble obligación. En primer lugar, de acuerdo con lo estipulado por el art. 1, párrafo 1, de la Con-

<sup>23</sup>CIDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4, párr. 165-166.

<sup>24</sup>*Ibidem*, párr. 166.

<sup>25</sup>El artículo 63.1 dispone: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

<sup>26</sup>Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, *op. cit.*, nota 51, párr. 166.

vención, los Estados se han comprometido a “respetar” los derechos consagrados en ella y, en segundo lugar, han asumido el compromiso de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de esos derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>27</sup>

En el contexto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares, la Corte IDH ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.<sup>28</sup>

Sin embargo, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte consideró importante hacer referencia a lo señalado por ella en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.<sup>29</sup> En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, ya había advertido que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.<sup>30</sup> Por consiguiente, la Corte IDH señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.<sup>31</sup> En este sentido, a juicio de la Corte IDH, generalmente los migrantes se ubican en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades

<sup>27</sup>Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Costa Rica: IIDH, 1999, p. 81.

<sup>28</sup>CIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 88.

<sup>29</sup>*Ibidem*, párr. 89; CIDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 46; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 56.

<sup>30</sup>CEDH, caso “Willis vs. Reino Unido”, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002, párr. 39; caso “Wessels-Bergervoelt vs. Países Bajos”, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 46; caso “Petrovic vs. Austria”, demanda no. 20458/92, sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; “Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica”, demandas no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10.

<sup>31</sup>OC 18/2003, *op.cit.*, nota 56, párr. 88-89.

estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.<sup>32</sup>

Según la Corte IDH, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas; esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias que se deben eliminar. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.<sup>33</sup>

Esta obligación estatal encuentra su razón de ser en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.<sup>34</sup>

### *Adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos*

Estrechamente relacionada con las obligaciones de respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce sin discriminación alguna, se encuentra la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos, establecida en el artículo 2º de la CADH:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Al respecto, la Corte IDH ha aclarado que la obligación impuesta por este artículo “implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación de las garantías

<sup>32</sup>*Ibidem*, párr. 112.

<sup>33</sup>*Ibidem*, párr. 104-105.

<sup>34</sup>*Ibidem*, párr. 149.

previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.<sup>35</sup>

Una primera consecuencia del artículo 2º de la CADH es que el Estado está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Esto es, el Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no tiene, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular. Una segunda consecuencia es el deber del Estado de adoptar todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.<sup>36</sup>

### *Establecer recursos efectivos*

Otra obligación en cercana conexión con las anteriores es la de establecer recursos jurídicos efectivos que aseguren la protección a *todas* las personas de los derechos reconocidos en la Convención. Esta obligación está consagrada en el artículo 25 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: *a)* a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; *b)* a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y *c)* a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes,<sup>37</sup> de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. Como señala el juez Trindade:

La persistencia de lagunas u obstáculos o insuficiencias del derecho interno implica violaciones de los artículos 25, 1º (1) y 2º de la Convención Americana, en virtud de los cuales los Estados Partes están obligados a establecer un sistema de recursos sencillos y

<sup>35</sup>CIDH, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, fondo, reparaciones y costas, serie C, no. 52, párr. 207.

<sup>36</sup>CIDH, caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros vs. Chile)”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, no. 73, párr. 87.

<sup>37</sup>CIDH, caso “Cesti Hurtado vs. Perú”, Fondo, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, no. 56, párr. 121.

rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes (artículo 25 de la Convención Americana) representa uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Esta garantía judicial —de origen latinoamericano— no puede ser minimizada, por cuanto su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito.<sup>38</sup>

### *Adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*

El artículo 26 de la CADH establece las obligaciones de los Estados Partes en materia de derechos económicos, culturales y sociales:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como se puede apreciar, esta disposición reconoce los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas sobre ese particular en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), e impone obligaciones concretas a los Estados Partes en la CADH. Cabe recordar que la Corte IDH ha señalado que si bien para los Estados Partes en la CADH la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, es en principio la propia Convención, no por ello se liberan de las obligaciones que se derivan de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) por ser miembros de la (OEA).<sup>39</sup> Esto en virtud de que la propia CADH hace referencia a la DADDH en el párrafo tercero de su preámbulo y en el artículo 29, inciso d), que señala que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la DADDH.<sup>40</sup> Por lo anterior, la Corte ha concluido que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la DADDH contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la OEA se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de

<sup>38</sup>Trindade, Antonio Augusto Cançado, “Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”, en Juan E. Méndez, Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, IIDH, 1998, p. 591.

<sup>39</sup>Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 20, párr. 46.

<sup>40</sup>*Ibidem*, párr. 36.

derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.<sup>41</sup> Al respecto, Pinto recuerda:

La disposición del artículo 26 de la Convención ha ligado su suerte a la de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos [...], lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanar de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.<sup>42</sup>

La obligación de “adoptar providencias” para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA ha sido interpretada del mismo modo que la establecida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esto es, que el hecho de que la efectividad de los derechos se prevea de manera progresiva no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo, sino que, por el contrario, requiere que el Estado tome las medidas necesarias para cumplir con las normas del instrumento internacional. Esta obligación se traduce en cuatro obligaciones específicas para los Estados Partes: *a)* respetar el principio de no discriminación; *b)* derogar la legislación interna que no se encuentre conforme con los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA y sustituirla por una legislación acorde con dichos derechos; *c)* establecer los recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la justiciabilidad de los derechos, y *d)* satisfacer un mínimo del contenido de los derechos sociales contenidos en la Carta de la OEA.<sup>43</sup>

El artículo 26 prevé que la obligación de adoptar providencias será “en la medida de los recursos disponibles”, lo cual es una limitante importante respecto de los derechos que implican una erogación por parte del Estado, toda vez que se trata de obligaciones de cumplir. Tal es el caso de los derechos al trabajo, a oportunidades de empleo, a condiciones de trabajo aceptables, a un salario justo, a la seguridad social, a la educación, a la vivienda, al bienestar material y al goce de los bienes de la cultura. Eso sí, no se debe olvidar que los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar los niveles mínimos de cada uno de ellos. En el caso de los demás derechos se trata más de obligaciones de respetar y garantizar que no se encuentran condicionadas o limitadas a los recursos disponibles, por lo que no existen impedimentos para su aplicación inmediata por parte de los Estados. Éste es el caso de los derechos a la prohibición de la discriminación en las relaciones

<sup>41</sup>*Ibidem*, párr. 43.

<sup>42</sup>Mónica Pinto, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”, p. 35.

<sup>43</sup>Al respecto, véase la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al artículo 2.1 del PIDESC: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2º del Pacto), Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23, párr. 9.

laborales, a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la huelga y al reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones.

En cuanto al *carácter progresivo* de la realización de los derechos se refiere, la Corte IDH ha acotado su significado en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”. En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la CADH en virtud de que el Estado redujo el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, incumpliendo, en consecuencia, con su deber de procurar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, ya que no les garantizó el desarrollo progresivo de su derecho a la pensión. Sin embargo, la Corte sostuvo que toda vez que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva, su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos en general sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en la función de las circunstancias de un grupo limitado de personas, no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente. Por ello, al ser evidente que esto es lo que ocurría en el presente caso, la Corte desestimó la solicitud de los peticionarios.<sup>44</sup>

De esta forma, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, la progresividad de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se materializa en su creciente cobertura sobre el conjunto de la población, bajo el marco de la equidad social, y no se mide en función de la situación particular de cierto grupo o de un individuo.

## Control de convencionalidad y migración

### *Antecedentes*

El control de convencionalidad, con dicha denominación, apareció por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos los casos “Myrna Mack y Tibi”, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en “Almonacid Arellano” la Corte precisa sus principales elementos:<sup>45</sup>

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde

<sup>44</sup>Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, no. 98, párr. 146, 147, 148.

<sup>45</sup>Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En el caso “Boyce y otros vs. Barbados”,<sup>46</sup> la Corte IDH señaló de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. En este sentido, sostuvo que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad:

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.

Desde el caso “Almona cid Arellano vs. Chile”, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH (contenciosa o consultiva)<sup>47</sup> y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte,<sup>48</sup> si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.<sup>49</sup>

<sup>46</sup>Caso “Boyce y otros vs. Barbados”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007.

<sup>47</sup>Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

<sup>48</sup>El parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos: caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330. En el mismo sentido: caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262.

<sup>49</sup>Caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias,<sup>50</sup> no sólo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, sujetos inequívocos de esta obligación.<sup>51</sup>
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.<sup>52</sup>
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.<sup>53</sup>

## Formas de aplicar el control de convencionalidad

a) *Adecuación de la legislación interna.* El control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH. En este sentido, la Corte IDH señaló en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile” que:

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

<sup>50</sup>Caso “Gelman *vs.* Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193, 239. En este sentido: caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; Caso “Rochac Hernández y otros *vs.* El Salvador”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213, 244.

<sup>51</sup>Caso “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225, 233. En el mismo sentido: caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

<sup>52</sup>Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Peru”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128. En el mismo sentido: caso “Heliodoro Portugal *vs.* Panamá.” Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; caso “Radilla Pacheco *vs.* México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; caso “Fernández Ortega y otros. *vs.* México”. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; caso “Rosendo Cantú y otra *vs.* México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Surinam”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.

<sup>53</sup>CoIDH, *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no. 7, San José, CorteIDH, 2015, p. 6.

b) *Eficacia interpretativa*. El control de convencionalidad también puede implicar la interpretación de normas internas conforme a la CADH. Así, en el caso “Radilla Pacheco vs. México”,<sup>54</sup> sostuvo que:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Y añade en el caso “Átala Riffo y niñas vs. Chile”.<sup>55</sup>

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

### *Parámetros para realizar el control de convencionalidad*

Tanto la Convención Americana como la jurisprudencia (contenciosa y consultiva) de la Corte IDH forman parte del parámetro para realizar el control de convencionalidad. Así, en la supervisión de cumplimiento del caso “Gelman vs. Uruguay”,<sup>56</sup> la Corte IDH precisó el valor de su jurisprudencia para el ejercicio del control de convencionalidad:

<sup>54</sup>En el mismo sentido: caso “Fernández Ortega y otros. vs. México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218; caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 436, 461, 464.

<sup>55</sup>En el mismo sentido: caso “Furlan y Familiares vs. Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 30.

<sup>56</sup>Caso “Gelman vs. Uruguay”. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. [...] Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

### *Efectos del control de convencionalidad*

Hay dos efectos posibles de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo de si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

a) *Si el Estado es parte.* Cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.<sup>57</sup>

b) *Si el Estado no es parte.* En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.<sup>58</sup>

<sup>57</sup>*Ibidem*, párr. 68.

<sup>58</sup>*Ibidem*, párr. 69.

## Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes

El control de convencionalidad es una consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Es una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Es decir, los jueces nacionales deben desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales; esto es, inaplicar una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional. Lo anterior implica que los jueces den pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos. El control de convencionalidad es obligatorio y los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

Esto es especialmente relevante cuando hablamos de migración y grupos vulnerables de migrantes. Por ejemplo, en el caso de los niños migrantes irregulares, por un lado tenemos el sistema legal internacional de protección regido, primordialmente, por el principio del interés superior del niño y que garantiza el acceso a todos los niños, sin discriminación alguna, a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y prohíbe su detención por razones migratorias.<sup>59</sup> Por otro lado, tenemos el sistema legal nacional de las políticas de control de la migración irregular que restringe el acceso a los derechos sociales básicos a estos niños y los detiene en razón del estatus migratorio, sin importar su condición de niños.<sup>60</sup> Las tensiones entre la necesidad de protección y las supuestas exigencias de seguridad y de control de la migración irregular hacen que los niños migrantes irregulares se encuentren entre dos sistemas legales radicalmente opuestos: uno incluyente de protección, referido a la protección internacional de los derechos del niño, y otro excluyente de control, referido a las políticas nacionales de control de la migración irregular.<sup>61</sup>

En este sentido, resulta útil el control de convencionalidad para proteger los derechos humanos de los niños migrantes irregulares en México, porque implica que las autoridades mexicanas se apeguen de forma irrestricta a los estándares interamericanos de protección, tanto generales como la CADH, como especializados como es el caso de la Opinión Consultiva 21/2014, la cual clarifica las obligaciones de los Estados con

<sup>59</sup>Al respecto, véanse Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Observaciones generales no. 10 y 5 del Comité de los Derechos del Niño.

<sup>60</sup>En este sentido, véase Pablo Ceriani (coord.), *Niñez detenida: los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en la frontera México-Guatemala*, México, Fontamara, 2012.

<sup>61</sup>A este respecto, véase Elisa Ortega Velázquez, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica americana y europea: entre el control y la protección”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 144, septiembre-diciembre 2015, pp. 1271-1288.

relación a las medidas que se deben adoptar respecto de niñas y niños migrantes irregulares, o a la de sus padres; y que los Estados deben considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratado y/u otros instrumentos internacionales.<sup>62</sup>

Como se aprecia, el tema tiene una relevancia especial dentro la realidad regional de violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, materializado principalmente en la privación de libertad a este grupo por motivos migratorios, la falta de incorporación de una perspectiva de niñez en las políticas migratorias y las deficiencias en el reconocimiento de garantías de defensa y debido proceso en los procedimientos administrativos y judiciales en materia migratoria.<sup>63</sup>

Algunas de las causas que provocan el desplazamiento de niños y niñas son: las condiciones de extrema pobreza en los países de origen y la falta de oportunidades —ya sea económicas, laborales o educacionales—; la reunificación familiar; la violencia por parte de actores armados de crimen organizado, tales como cárteles y pandillas; la violencia en los hogares; la violencia de género y el reclutamiento forzado por parte de redes de tráfico de personas y redes de trabajo infantil que operan en las rutas y en lugares de destino; los desastres naturales; los cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan sus condiciones de vida o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o la violación masiva de sus derechos humanos.<sup>64</sup>

El camino que emprenden estos niños es, en la mayoría de los casos, por rutas clandestinas en las cuales se ven expuestos a diversas situaciones de vulneración de sus derechos fundamentales. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto con sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

Bajo estas circunstancias, la combinación de la edad y la condición migratoria requieren necesidades particulares de protección, y allí se refleja la falta de articulación entre las leyes y prácticas migratorias con la normativa de protección de los derechos del niño. En este contexto, la aplicación cabal del control de convencionalidad da una pauta mucho más amplia para que las autoridades que tienen contacto con esta población se muevan dentro de un terreno de protección mucho más respetuoso de los derechos humanos de estos niños. Y de nueva cuenta, no olvidemos que a pesar de que los Estados tienen facultades soberanas de fijar sus políticas migratorias, dichas políticas deben ser siempre compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidos en la CADH. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben res-

<sup>62</sup>Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, serie A, no. 21.

<sup>63</sup>Karen Musalo, Lisa Frydman y Pablo Ceriani (coords.), *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, California, Buenos Aires, U. Lanus, U. California, 2015.

<sup>64</sup>IPPDH, "A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante", *Nota de difusión Opinión Consultiva OC-21/14*, p. 4.

petar los derechos humanos de las personas migrantes y garantizar su ejercicio y goce, sin discriminación alguna.<sup>65</sup> Y teniendo en cuenta la realidad regional actual, se debe establecer un piso mínimo de obligaciones para que los Estados de origen, tránsito y destino garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes.<sup>66</sup>

La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.<sup>67</sup> De este modo, el control de convencionalidad es, sin duda, una herramienta que bien aplicada por los operadores jurídicos puede coadyuvar a la protección de los derechos humanos de este colectivo.

<sup>65</sup>Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, párr. 39.

<sup>66</sup>Disponible en <http://200.68.85.154/ninez-migrante/>.

<sup>67</sup>Caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, sentencia de Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142-144.