



# DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN, EL CASO DE LA CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS

ALEX MUNGUÍA SALAZAR \*

Con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente imperantes a los continentes y templados, y estoy por decir que de monos a hombres. ¡Qué cosa pudo suceder a estos bárbaros más conveniente ni saludable que el quedar sometidos de aquellos, cuya prudencia, virtud y religión los han de convertir de bárbaros, tales que apenas merecían el nombre de seres humanos, en hombres civilizados en cuanto pueden serlo, de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos de los demonios, en cristianos y adoradores del verdadero Dios?

Juan Ginés de Sepúlveda, (Capellán y cronista de Carlos V y preceptor de Felipe II) “De justisbelli causis apud indios”

## Resumen

La Corte Interamericana con las dos opiniones consultivas sobre la situación de la clase trabajadora migrante en los Estados Unidos, está enfatizando el hecho que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental. El incumplimiento mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. 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. El

\* Profesor e investigador de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Dr. En Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, miembro del SNI.

principio fundamental 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. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, este principio ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, es decir de principios universalmente aceptados que no admiten posición en contra. El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

**Palabras clave:** migración, derechos humanos, corte interamericana, opinión consultiva.

### Abstract

*The Inter-American Court with the two advisory opinions on the situation of migrant workers in the United States is emphasizing the fact that the United States has the obligation to respect and guarantee fundamental rights. With this purpose, it should take positive actions, avoiding taking initiatives to limit or infringe a fundamental right, and eliminate measures and practices that restrict or violate a fundamental rights. Failure by any discriminatory treatment of the general obligation to respect and guarantee human rights, gives rise to international responsibility.*

*The principle of equality and nondiscrimination is fundamental for the protection of human rights both in international law and the domestic. The fundamental principle of equality and non discrimination forms part of the general international law as applicable to all States, regardless of party or a specific international treaty. At the current stage of evolution of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the domain of jus cogens, ie of universally accepted principles that do not support position against it. The fundamental principle of equality and nondiscrimination, a peremptory nature, entails obligations to protect that bind all States and generate effects on third parties, including individuals.*

**Keywords:** migration, human rights, Inter-American Court, advisory opinion.

### Introducción

El Sistema Interamericano fue uno de los primeros procesos que intentaron establecer un sistema regional de protección a los derechos humanos en el mundo. La Declaración Americana de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, representaron un serio intento por establecer un sistema regional que velara por la protección de los derechos humanos de todas las personas, sin distinción alguna, como lo es el estatus migratorio, en el caso de las personas

trabajadoras migrantes mexicanas en los Estados Unidos. Sin embargo, existen intereses estatales por reducir el ámbito de aplicación de los órganos jurisdiccionales de nuestro continente, que se establecieron con la entrada en vigor de la Convención Interamericana, como lo es la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Actualmente, dichos órganos jurisdiccionales se han abocado en buscar el cumplimiento de los compromisos internacionales de derechos humanos a un

sector vulnerable de la sociedad, como lo son las personas trabajadoras migrantes, que se ven obligados a salir de sus comunidades y a migrar al interior y al exterior de sus países, lo cual los hace particularmente vulnerables para que sean violados sus derechos laborales y humanos. Después de los atentados del 11 de septiembre del 2001, en todo el mundo, pero particularmente en los Estados Unidos se hizo patente la reestructuración de los mecanismos institucionales y doctrinales de Seguridad Nacional, donde de manera equivocada se establece una analogía peligrosa entre las personas migrantes laborales y posibles terroristas. Lo cual queda patente en la enunciación de diversas leyes restrictivas de carácter federal y estatal en los Estados Unidos, tanto en el ámbito de la seguridad interna como en el de la Política Migratoria. Tal y como se estableció en octubre del 2001, en el seno del Congreso Norteamericano, donde se aprobó la Ley Patriota que ampliaba considerablemente las capacidades del Gobierno Federal para efectuar monitoreos de correos electrónicos, de llamadas telefónicas y más aún, detener “personas inmigrantes sospechosas”. Todo lo cual configura una situación de vulnerabilidad de las personas trabajadoras migrantes ante el poder absoluto del Estado.

### **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, fue presentado a la Novena Conferencia Panamericana, celebrada en Bogotá, Colombia en 1948 (OEA-CIDH, 1998). El párrafo final de la

cláusula introductoria de la Declaración Americana dice de manera textual:

La consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (Zovatto, 1987: 125).

La Declaración además del preámbulo, comprende 38 artículos que definen los derechos protegidos y los deberes del Estado y establece también que los derechos esenciales de la persona no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento sus atributo. Es decir, debe ser respetada sea nacional o no del Estado en donde se encuentra, sin distingo de ser migrante documentada o no. Esta Declaración americana reconoce el hecho de que el Estado no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que existían incluso antes de la formación de este.

Debemos de reconocer que lo más importante, tanto en la Declaración Americana como en la Universal, es que primeramente reúnen en un mismo instrumento los derechos individuales, tales como los derechos económicos, sociales y culturales, pero también civiles y políticos. Ambas, consagran derechos que son esenciales para el desarrollo del individuo y la individuo en la sociedad,

consagran el derecho a la vida y condenan la tortura, los castigos degradantes, el trato cruel, la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados, el derecho a la libertad y seguridad personales, a la justicia, a la propiedad, a la nacionalidad, entre otros. Aunque si bien es cierto, posteriormente fueron creados los Pactos Internacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos para reconocer tales derechos y enmarcarlos de una manera más específica.

La Declaración Americana establece los derechos civiles y políticos tales como la igualdad ante la ley, la libertad religiosa y de opinión, derecho de protección de la familia, residencia y libre tránsito. También reconoce los derechos sociales como son la salud y el bienestar, la educación, el derecho a la cultura, al trabajo, al descanso, a la seguridad social y a la justicia. El preámbulo de la Declaración Americana (1948), menciona que la protección internacional de los derechos del hombre deberá ser el rector principal de la evolución del derecho americano

Es necesario enfatizar que, “desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos precedida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, hay consenso en la comunidad internacional en que la inherente dignidad de la persona humana demanda que los Estados le reconozcan ciertos derechos y libertades fundamentales” (Carrillo, 1981:188).

Además, es importante reiterar la importancia de la IX Conferencia

Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948 donde se aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales con 39 artículos. Esta Carta establecía en su preámbulo que estaba encaminada a la protección de los derechos laborales:

“uno de los objetivos principales de la organización internacional presente es el logro de la cooperación de los Estados en la solución de los problemas del trabajo. La expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la OIT” (Zovatto, 1987: 131).

Por consiguiente podemos encontrar ya el señalamiento en el ámbito regional de estos derechos fundamentales, tales como el derecho a recibir un salario, las jornadas laborales, descansos y vacaciones, la protección del trabajo de la mujer y el trabajo de las personas migrantes.

### **La Convención Americana de Derechos Humanos**

La estructura institucional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos experimentó un cambio sustancial al adoptarse una convención. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 marcó el inicio de la evolución del sistema, al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansa la estructura institucional de este.

La Convención Americana de Derechos Humanos fue presentada para su firma el 22 de noviembre de 1969, para entrar en vigor el 18 de julio de 1978.<sup>1</sup> Al adoptarse la Convención, posteriormente se adoptan dos protocolos facultativos, el primero es el Protocolo de San Salvador que cuenta con 22 artículos y versa sobre la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y el segundo adoptado en 1990 que es el de Asunción Paraguay, denominado Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y que cuenta con 4 artículos.

La Convención Americana consta de un preámbulo y tres partes subdivididas en 11 capítulos lo que hace un total de 82 artículos. La Convención, en su parte primera establece la obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y el deber de estos de adoptar las disposiciones de derecho

<sup>1</sup> Los siguientes son los Estados miembros de la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela; faltan por reconocer la Convención los Estados Unidos, Canadá y naciones más pequeñas. Es necesario resaltar que de los 35 estados que forman parte de la OEA solo 25 han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso de Canadá que recién en 1990 se incorporó a la OEA, aún no ha ratificado la Convención, pues alega que interfiere con su sistema legal en relación con el aborto y otras materias. La situación de Estados Unidos en cambio es diferente, ya que para comenzar, su registro de adopción de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos es casi nulo, así que la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente desde 1977.

interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de estos derechos. En su segunda parte, la Convención establece los medios de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que declara órganos competentes (en el caso de los Estados Unidos, firmaron la Convención y el entonces Presidente Jimmy Cárter la remitió al Senado para su ratificación. La cual nunca fue ratificada).

El Artículo 27 de la Convención, permite que los Estados integrantes anulen sus obligaciones, en tiempo de guerra, amenaza pública u otra emergencia que ponga en peligro su independencia o su seguridad. Sin embargo, no está permitida la negación de los derechos fundamentales de la Convención.

La Convención tiene también una “cláusula federal” (Artículo 28 de la Convención Americana) que le permite a los Estados aceptar obligaciones más limitadas si se comprometen solo con asuntos sobre los cuales “ejercen jurisdicción judicial y legislativa”. Esta cláusula fue petición solo de la delegación norteamericana.

La Convención protege 25 derechos y libertades. Algunas de los derechos contenidos en la Convención Americana y no contemplados en los Pactos de Naciones Unidas son: el derecho de réplica, el derecho de propiedad, prohibición de la expulsión colectiva de personas extranjeras, el derecho de asilo y otros.

Para que la Convención entrara en vigor fue necesario que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA, creara un nuevo estatuto para la reciente Comisión, esto fue en 1979. En este se consideran las funciones de la Comisión como organismo de la OEA y de la Convención. Así la Convención creó dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al firmar y ratificar la Convención, los Estados asumieron el compromiso de velar por los derechos humanos, admitiendo la competencia de la Comisión y de la Corte, por lo cual no es válido el precepto de la no intervención en los asuntos internos de los Estados. La competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de quejas y denuncias se encuentra establecida en el Artículo 33 de la Convención, que establece que:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

La Convención se encarga del establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además los faculta para la observancia de las obligaciones de los Estados. Ambas instituciones se integran por siete personas, electas por su capacidad individual. Las personas de la Comisión son electas

por todos los y todas las integrantes de la OEA, pero solo los Estados partes de la Convención tienen derecho de nombrar y votar para la elección de los jueces y las juezas del Tribunal.<sup>2</sup>

Creada ya la Convención se observaba un gran olvido en su articulado para especificar en el Artículo 26 sobre los derechos económicos, sociales y culturales, donde los Estados solamente se comprometen, mas no se obligan a hacer valer tales derechos y así lograr el desarrollo progresivo del individuo y la individuo. De especial relevancia para las personas trabajadoras migrantes es el Artículo 4 que establece el respeto a la vida de toda persona.

### **Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**

En la octava sesión de la OEA celebrada el 20 de noviembre de 1982, se aprueba la Resolución del Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención durante el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que en su párrafo 9 emite: "Reafirmar que la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar a los derechos sociales, económicos y culturales señalando la responsabilidad que tienen los Gobiernos de los Estados miembros en el proceso de promover la

<sup>2</sup> El mandato de la Comisión es de seis años mientras que en la Corte son 4 años y en ambos órganos pueden ser reelegidos solo una vez. La sede de la Comisión se encuentra en la Ciudad de Washington DC. y la Corte se localiza en San José, Costa Rica.

cooperación para el desarrollo hemisférico” (Zovatto, 1987: 295).

Posteriormente en 1984, durante la sesión de la OEA del 17 de noviembre se aprueba la Resolución 742 que hace mención, igualmente, a la creación de un Protocolo Adicional. La Comisión señala en el Capítulo V de su Informe Anual, la necesidad de que los Estados Miembros, los órganos y organismos del sistema presenten proposiciones específicas sobre el contenido del Protocolo Adicional al Pacto de San José en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales.

De acuerdo a la Resolución de la Asamblea General AG. RES. 836 (XVI-0/86), aprobada en la novena sesión plenaria de la OEA el 15 de noviembre de 1985, se adopta el proyecto de Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que es presentado por la Comisión Americana contenido en el Informe Anual de este órgano, presentado a la Asamblea General de la OEA relativo a dicho proyecto:

Considerando que tanto el proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos preparado por la Secretaría General, como el proyecto de Protocolo Adicional presentado por la Comisión Interamericana y las recomendaciones contenidas en el Informe Anual del Consejo Permanente sobre el mismo tema, constituyen trabajos realizados en cumplimiento de las resoluciones AG/RES. 619 (XII-0/82), 778 (XV-

0/85) y 781 (XV-0/85), respectivamente. (Zovatto, 1987: 298)

Posteriormente, fue aprobado por la Asamblea General de la Organización el 17 de noviembre de 1988. Tal protocolo enuncia la defensa de derechos tales como la no discriminación, el derecho al trabajo, derechos sindicales, derechos de huelga, a la seguridad social, a la salud, a un ambiente sano, a la alimentación, la educación, la protección de la familia, protección a la persona adulta mayor, a la niñez, a las personas que representan alguna minusvalía, etc.

Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por obligar al Estado a proveer a la persona de todos esos derechos que posibilitan el desarrollo social.

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), constituyen en América Latina uno de los temas centrales en el ámbito de los Derechos Humanos (Mac Arthur, et ál, 1999). Por lo cual, se espera que constituya un gran avance a favor del respeto a los derechos humanos, en el ámbito regional la entrada en vigor del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que también se le conoce como Protocolo de San Salvador.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Al respecto, México firmó el 16 de abril de 1996 y al ratificar hizo la siguiente reserva: al ratificar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Gobierno de México lo hace en el entendimiento de que el artículo 8 del aludido Protocolo ( relativo al derecho

El Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales si bien contiene un completo elenco de derechos, implementa un mecanismo de informes periódicos, admitiendo la aplicación del procedimiento de petición individual previsto en la Convención, exclusivamente en los casos de violaciones del derecho de libertad sindical y el derecho a la educación.

En cuanto al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte; este fue aprobado en Asunción Paraguay, el 8 de junio de 1990 en el marco del XX periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General y entró en vigor el 28 de agosto de 1991. Este Protocolo cuenta con 4 Artículos y está basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su Artículo 4 reconoce el derecho a la vida y restringe la abolición de la pena de muerte.<sup>4</sup> En su preámbulo considera: “que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado” (OEA-CIDH, 89).

En su Artículo 2.1 establece que no se permitirá ninguna reserva al Protocolo, sin embargo, en ese mismo apartado

---

a huelga y derechos sindicales) se aplicará en la República Mexicana dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en las disposiciones aplicables en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de sus leyes reglamentarias.

4 Algunos de los Estados que han ratificado son: Brasil (1996); Costa Rica (1998); Ecuador (1998); Nicaragua; Panamá (1991); Uruguay (1994); y Venezuela (1993).

indica que se podrá aplicar dicha pena en tiempo de guerra por delitos “sumamente graves de carácter militar” (Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte).

### **La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

El primer organismo con carácter jurisdiccional establecido en el sistema interamericano fue la Comisión Interamericana, creada por una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, Chile 1959), esta adoptó resoluciones como la Declaración de Santiago, en la que los países americanos proclamaron que “la armonía entre las Repúblicas Americanas solo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas” y declararon que “los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona” (Serra, 1983: 36).

“La Comisión nace en una época en la que existía una concepción trascendente sobre la necesidad del establecimiento de la democracia en el hemisferio, que consideraba que solo podía preservarse si se salvaguardaban los derechos humanos y además, todo ello permitiría la seguridad y la paz en el hemisferio” (Sepúlveda, 1991: 34).

La Comisión fue creada para funcionar hasta la entrada en vigor de la Convención, lo que ocurrió casi veinte años después. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, constituyó el primer mecanismo fiscalizador de carácter regional en materia de derechos humanos. El carácter de la Comisión cambió en febrero de 1970, con la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires ya que se le dio a la Comisión la jerarquía de órgano principal de la OEA que tendría como función específica: el fomento de la observancia y la protección de los derechos humanos y actuar en estas materias como un órgano consultivo de la Organización. Al convertirse en un órgano de la Corte de la OEA, tomó la legitimidad constitucional que no tenía.

Actualmente, la Comisión está regulada por los Artículos 34 a 51 de la Convención de San José, reglamentados por el nuevo Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA, en su IX periodo ordinario de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 (Fix - Zamudio, 277). En el caso de su reglamento, el 1.º de mayo del 2001 entró en vigor el nuevo Reglamento de la Comisión,<sup>5</sup> el Reglamento anterior establecía el carácter discrecional en la admisibilidad es decir, la Comisión tenía

5 Algunas de las reformas importantes al Reglamento anterior son el que ahora en todos los casos que tengan menos de dos años de tramitación, deberá emitirse un informe de admisibilidad. Es decir, se busca reducir el tiempo pero no por eso evitar una revisión a fondo por un comité de admisibilidad establecido en este nuevo Reglamento de la Comisión, para que lo antes posible y ahorrando tiempo se defina a los peticionarios y al Estado denunciado si el caso es o no admisible

los criterios para decidir cual caso era admisible y cual no, la nueva reforma implica que ahora todos los casos irán a la Corte siempre y cuando la Comisión cuente con la voluntad de las víctimas o sus representantes y se cuente con las pruebas necesarias.

En este sentido es importante recordar que la Comisión tiene 3 fases de audiencias: audiencia de excepciones; audiencia de fondo que es a la que más asisten familiares, personas delegadas, comisiones, lo que implica gastos, y audiencias de prueba lo que incluye peritajes, estudios, etc. Este presupuesto no es una condición que determinará si el caso va o no a la Corte.

Otra reforma importante es que ahora se establece un procedimiento para el seguimiento de las recomendaciones, pues anteriormente cuando la recomendación era enunciada y el Estado estaba renuente a cumplir dicha sentencia esta no tenía nada que hacer; si citaba a audiencia y el gobierno no iba, no podía hacer más, es decir, no contaba con carácter coercitivo, sin embargo, con este nuevo procedimiento se dio un cambio sustancial al seguimiento de recomendaciones. Estas reformas son trascendentes, por las repercusiones que tienen en todas las personas de este continente, pues es necesario enfatizar que la Comisión es el único órgano jurisdiccional regional existente, que tiene la facultad de recibir denuncias individuales sobre violaciones de los derechos humanos.

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 41 de la Convención, la

Comisión tiene la función principal de promover la defensa y la correcta aplicación de la Convención en cuanto a los derechos humanos y está facultada para estimular la conciencia de ellos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Estados para que adopten medidas en favor de los derechos humanos; preparar los estudios e informes para el desempeño de sus funciones; solicitar a los gobiernos informes sobre las medidas adoptadas en derechos humanos; y atender consultas en cuestiones de ellos y asesorar a los Estados.

La Comisión debe ser reformulada, en el sentido de que debe ser un órgano de promoción de los derechos humanos, (Dulitzky y González, 1999-2000: 25) principalmente promover el respeto por parte de los Estados y concientizar a la población sobre la exigibilidad de sus derechos humanos.<sup>6</sup> Por el solo hecho de ingresar a la OEA se le aplica al Estado, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por lo cual, es evidente que se alcanza un estatuto pleno de vigencia de derechos humanos solo una vez que se ratifica la Convención Americana.

### La Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias

En el ámbito regional, el tema de la promoción y el respeto de los derechos

6 La OEA solicitó a la Comisión Interamericana que estudiara el caso de nombrar una persona relatora especial encargada de defender los derechos de las personas defensoras de los Derechos Humanos, en Amnistía Internacional, Informe 2000: 448.

humanos de las personas trabajadoras migratorias es un asunto de especial atención para los Estados americanos, debido al caudal de violencia y agresión hacia ese segmento de población.

Ante el elevado número de denuncias que ha recibido por violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes y con base en la experiencia derivada de algunas visitas *in loco* que ha realizado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) creó, en 1997, la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias.

Esta Relatoría Especial tiene entre sus principales objetivos:

Generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias; (b) presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; (c) elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y (d) actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.<sup>7</sup>

7 Informe verbal del señor Juan E. Méndez, Relator Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, rendido durante la Sesión de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del OEA, Washington, D. C., 4 de abril de 2002.

De igual manera, en respuesta a la preocupación que ha generado el clima de agresiones y violencia en contra de los derechos humanos de la clase trabajadora migrante en la región, los Estados americanos durante la Tercera Cumbre de las Américas, que se llevó a cabo en abril de 2001 en Canadá, decidieron conferir un mandato especial a la OEA para el establecimiento de un programa interamericano de promoción de los derechos humanos de migrantes, incluidas las personas trabajadoras migratorias y sus familias, así como apoyar la labor encomendada al Relator Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de la Organización de las Naciones Unidas.

En aquella ocasión, las Jefaturas de Estado y de Gobierno manifestaron su decisión de tomar medidas concretas para promover y fortalecer el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de toda la población migrante y las demás personas que pertenecen a otros grupos vulnerables o discriminados.<sup>8</sup>

### **La Corte Interamericana**

La adopción en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vigor desde 1978, donde se prevé la existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como uno de

<sup>8</sup> Ver Tercera Cumbre de las Américas, abril de 2001, Declaración de la Ciudad de Québec, Canadá, Plan de Acción, 2. Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Cumplimiento de las Obligaciones Internacionales y Respeto de las Normas Internacionales, párr. 1.

sus órganos encargados de dar adecuada protección a los derechos humanos y su establecimiento en San José Costa Rica, en septiembre de 1979, deben ser vistos como pasos que han contribuido de manera significativa al afianzamiento y consolidación del Sistema Interamericano de promoción y Protección de los Derechos Humanos (Zovatto, 1986).

Actualmente, la Corte Interamericana está regulada por los Artículos 52 al 69 de la Convención de San José (Rodríguez, 1994), y se encuentra reglamentada por su propio estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA en su IX período ordinario de sesiones, celebrado en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979, así como por su reglamento adoptado por la misma Convención en su sesión del 8 de abril de 1980, el cual ha sido reformado.

Los propósitos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de acuerdo a la Convención y a su propio Estatuto. El Artículo primero del estatuto de la Corte señala en general los principios y fines de esta, siendo estos, la aplicación y consolidación dentro del Continente Americano de un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto a los Derechos Humanos, mediante la aplicación e interpretación de tales derechos (Buergenthal, 1983).

La Corte está compuesta de siete jueces y juezas, nacionales de los Estados integrantes de la OEA, y estas personas

son elegidas a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual son nacionales o del Estado que las postula como candidatas. Además, no puede haber más de un juez o una jueza de la misma nacionalidad. (Artículo 52 de la Convención y 4 del Estatuto) (Szekely, 1990: 289).

Estas personas son designadas en votación secreta, por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, en la Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por esos mismos Estados, los que pueden presentar hasta 3 personas candidatas, que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro integrante de la organización. El cargo dura 6 años y los jueces o las juezas solo pueden ser reelegidos o reelegidas una vez. (Art. 53 y 54 de la Convención y del 5 al 9 del Estatuto) (Rodríguez, 1994).

La Convención siguiendo el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia establece para la Corte Interamericana el sistema de los jueces o las juezas Ad Hoc, “en donde el juez que sea nacional de alguno de los Estados parte en el caso sometido a la Corte Interamericana, conserva su derecho a conocer del mismo, por lo que otro Estado parte en el mismo asunto puede designar una persona de su elección para integrar la Corte en calidad de juez *Ad Hoc*” (Rodríguez, 1994: 1101). En el supuesto de que entre

los jueces y las juezas conozcan una controversia, y ninguno fuere nacional de los Estados partes, cada uno de estos podrá designar un juez o una jueza ad hoc; pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para el efecto de la designación. En caso de duda la Corte decidirá.

La Corte ejerce sus funciones, en dos ámbitos el jurisdiccional y el consultivo, el ámbito jurisdiccional se encuentra prevista en los Artículos 61, 62 y 63 de la Convención y su función consultiva en el Artículo 64 de la citada Convención.

La Corte Interamericana posee 2 funciones esenciales, una de carácter jurisdiccional para resolver las controversias que sobre violación de derechos humanos le someten la Comisión Interamericana o los Estados parte de la Convención, y otra de naturaleza consultiva para la interpretación de las disposiciones interamericanas, así como de la compatibilidad de los ordenamientos internos sobre derechos humanos con las primeras (Fix-Zamudio, 1985).

La Corte posee funciones jurisdiccionales que implica que solo los Estados y la Comisión que reconozcan la competencia de la Corte, están facultados para someter a su decisión un caso relativo a la aplicación o interpretación de la Corte Interamericana. La función consultiva autoriza a cualquier Estado miembro de la OEA, para consultar a la Corte en materia de protección a los Derechos Humanos (Díaz, 1986).

## **La Opinión Consultiva N.º 16**

El 9 de diciembre de 1997, México sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de opinión consultiva sobre diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. La consulta se relacionaba con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a las personas mexicanas a quienes los Estados Unidos no habían informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares de México.

México sustentó que la consulta, conocida como “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, fundada en lo que dispone el Artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene como antecedente las gestiones bilaterales que ha realizado en favor de nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por Estados Unidos de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América.

La opinión consultiva tuvo sustento en la medida en que tanto México como Estados Unidos son Estados Parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; ambos son integrantes de la Organización de los Estados Americanos y suscribieron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y

aunque el Estado receptor no ha ratificado la Convención Americana, sí ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas.

Por lo cual, México solicitó la opinión de la Corte sobre la violación de los Derechos Humanos de las personas trabajadoras migrantes mexicanas en los Estados Unidos, específicamente sobre la no aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los procesos judiciales que se siguen estas personas en los juzgados municipales, estatales y federales de los Estados Unidos.

México exigía que en la aplicación de la pena de muerte, los derechos fundamentales de la persona debieran ser escrupulosamente respetados, porque la pena mencionada produce la pérdida irreparable del derecho más fundamental, que es el derecho a la vida.

La jurisprudencia de la Corte, la doctrina de la Comisión Interamericana y varias resoluciones de la ONU han reconocido la necesidad de que la aplicación de la pena de muerte esté condicionada y limitada por el cumplimiento estricto de las garantías judiciales reconocidas en los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, tanto las que se refieren al debido proceso en general, como las que aluden a los casos en que es aplicable la pena de muerte; por lo cual, resulta claro que tratándose de personas detenidas de nacionalidad extranjera, las garantías judiciales deben aplicarse e interpretarse en armonía con la Convención de Viena

sobre Relaciones Consulares, pues de lo contrario, se privaría a dichos detenidos de un “medio idóneo” para hacerlas efectivas. La asistencia consular oportuna puede ser determinante en el resultado de un proceso penal, porque garantiza, entre otras cosas, que la persona detenida extranjera adquiera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales del delito que se le imputa, y los y las agentes consulares pueden coadyuvar en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar un papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional la persona acusada y contribuir a hacer más humanas las condiciones de ella y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de vulnerabilidad real en que estos se encuentran.

Las garantías mínimas necesarias en materia penal deben aplicarse e interpretarse a la luz de los derechos que confiere a las personas el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por lo que la omisión de informar a la persona detenida sobre estos derechos constituye una falta a todas las reglas del debido proceso, por no respetar las garantías judiciales conforme al derecho internacional.

El incumplimiento del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares conduce a la práctica de ejecuciones arbitrarias, pudiendo tener efectos en el más fundamental de los

derechos de la persona, el derecho a la vida, y es necesario asegurar, fortalecer e impulsar la aplicación de las normas y principios de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y asegurar el cumplimiento de las garantías mínimas necesarias para el debido proceso.

Eran diez las preguntas que conformaron la petición de opinión consultiva de México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las cuales la primera solicitaba que la Corte interpretara si, de conformidad con el Artículo 64.1 de la Convención Americana, el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene “disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, mientras que en la segunda, tercera y cuarta se solicitaba una interpretación de dicha Convención de Viena.

De la pregunta quinta hasta la décima establecían la consulta sobre si, en el marco del Artículo 64.1 de la Convención Americana, los Artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen “disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Específicamente, las preguntas sexta, séptima, octava, novena y décima restantes tenían por objeto la interpretación de los Artículos citados, su relación con las Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte y con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Las preguntas undécima y duodécima integraban el último grupo, y se referían a la interpretación de la Declaración Americana y la Carta de la OEA y su relación con el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El propósito, al establecer este procedimiento consultivo, era, según el gobierno mexicano:

Ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados de derechos humanos sin someterlos al formalismo que caracteriza el procedimiento contencioso y defender el debido proceso judicial, cuya violación en caso de aplicación de la pena de muerte puede significar la violación del derecho a la vida; y la consulta no se refiere a caso concreto alguno ni constituye un caso interestatal encubierto.<sup>9</sup>

En el caso de aplicación de la pena de muerte los derechos fundamentales de la persona deben ser escrupulosamente cuidados y respetados, ya que la ejecución de aquella impide toda posibilidad de subsanar el error judicial. Los primeros momentos de la detención marcan de manera determinante la suerte que corre esa persona; nada puede suplir una oportuna intervención consular en esos momentos, porque es cuando ella requiere mayor asistencia y orientación, en razón de que en muchas ocasiones no conoce el idioma del país en que se encuentra, ignora sus derechos constitucionales en el Estado receptor, no sabe si tiene la posibilidad de que se le brinde

<sup>9</sup> En su presentación inicial ante la Corte, el 12 de junio de 1998, México manifestó esto respecto de la admisibilidad de la consulta.

asistencia jurídica gratuita y no conoce el debido proceso legal.

El derecho internacional se ha transformado, lo cual repercute en los efectos y la naturaleza de que se debe reconocer a instrumentos como la Declaración Americana; en casos en que se impone la pena de muerte es necesario subsanar las consecuencias de la violación del derecho a la información acerca del derecho a la notificación consular, mediante el restablecimiento del statu quo y en caso de que dicho restablecimiento no sea posible debido a la aplicación efectiva de la pena de muerte, existe responsabilidad internacional por incumplimiento de las garantías procesales y violación del derecho a la vida, cuya consecuencia sería el deber de compensar a las familias de las personas ejecutadas, para lo cual no se requiere demostrar que la violación generó un perjuicio.

La carga de la prueba sobre el perjuicio ocasionado por la violación del derecho a la información sobre la asistencia consular, no puede ser atribuida a la persona que hace el reclamo y, en todo caso, la responsabilidad internacional surge independientemente de la existencia de daño o perjuicio.

El cumplimiento de las garantías procesales establecidas dentro del sistema interamericano y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es indispensable en los procesos por delitos sancionados con la pena capital; el Artículo 36.1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares confiere a la persona detenida extranjera el derecho

a conocer su derecho a la comunicación consular; el Artículo 14 del Pacto Internacional citado incluye los derechos conferidos a la persona detenida por el Artículo 36.1.b).

El Estado receptor no está exento, en ninguna circunstancia, de notificar a la persona detenida de sus derechos, porque en caso contrario, este último no contaría con medios adecuados para preparar su defensa. En muchas ocasiones la persona extranjera condenada a muerte no entiende el idioma, ni conoce la ley del Estado receptor, ni las garantías judiciales que le confiere esa ley y el derecho internacional, y ha ingresado al país de manera indocumentada.

La expresión “sin dilación”, contenida en el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, debe entenderse en el sentido de que existe una obligación del Estado receptor de informar a la persona extranjera detenida por delitos sancionables con la pena capital de los derechos que le confiere dicho Artículo, ya sea en el momento de su arresto o antes de que rinda declaración o confesión ante las autoridades políticas o judiciales del Estado receptor.

El derecho de la persona detenida extranjera a ser informado sobre la asistencia consular no está subordinado a las protestas del Estado de su nacionalidad, y la violación de las obligaciones impuestas por el Artículo 36.1.b) trae como consecuencia el deber de efectuar reparaciones, y en caso de imposición de la pena de muerte, genera responsabilidad civil y penal.

El derecho individual del cual que gozan las personas detenidas extranjeras para comunicarse con las autoridades consulares de su Estado de nacionalidad, es distinto del privilegio histórico de los Estados de proteger a sus nacionales y constituye una regla de derecho consuetudinario internacional o, al menos, de la práctica internacional, independientemente de si existe o no un tratado al respecto.<sup>10</sup>

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado, en el sentido que da a este término el Artículo 64 de la Convención Americana y que su Artículo 36 concierne a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, porque establece derechos individuales –no solamente deberes de los Estados– y porque el acceso consular puede proveer una protección adicional a la persona detenida extranjera, el cual podría enfrentar dificultades para disponer de una situación de equidad durante el proceso penal.

En aplicación del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tienen el deber de cumplir con las obligaciones que les impone esta última en todo su territorio, sin excepción geográfica alguna.

En los casos de aplicación de la pena capital existe una obligación estatal de aplicar rigurosamente las garantías

<sup>10</sup> En su escrito del 30 de abril de 1998, de la Comisión Interamericana, ante la Corte, en el proceso de opinión consultiva 16.

procesales establecidas en los Artículos XXVI de la Declaración Americana, 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las obligaciones contenidas en el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares pueden tener un efecto sobre los derechos procesales de la persona acusada de la comisión de un delito que se sanciona con la muerte.

Los deberes que impone el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares trascienden la comunicación específica entre una persona prisionera y el consulado de su país e implican la seguridad y libertad de las personas extranjeras que viven, viajan y trabajan en el territorio de un Estado.

La protección de los derechos de las personas detenidas es una piedra angular de la consolidación de la democracia y el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea obligaciones respecto del tratamiento de personas extranjeras detenidas en el territorio de los Estados parte en ella.

Un Estado que no aplique en su territorio la normativa internacional respecto de la persona extranjera incurre en responsabilidad internacional y, por lo tanto, debe proveer los medios de reparación pertinentes. La carga de demostrar que, a pesar de esa omisión, se respetaron todas las garantías procesales requeridas para asegurar un juicio justo, recae sobre el Estado que incumplió con las obligaciones que le impone el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y

dicho Estado debe demostrar que creó las condiciones para asegurar el respeto al debido proceso y que la persona detenida no fue privada arbitrariamente de un derecho protegido.<sup>11</sup>

La notificación a la persona detenida de su derecho a la protección consular debe efectuarse sin demora alguna y no admite excepción, el texto del Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce que la etapa previa al juicio en todo proceso penal es una etapa crítica en la cual la persona acusada debe estar en condiciones de proteger sus derechos y de preparar su defensa.

El deber de notificar a la persona extranjera detenida sobre su derecho al acceso consular está vinculado con una serie de garantías fundamentales que son necesarias para asegurar trato humano y juicio imparcial, pues los funcionarios y las funcionarias consulares desarrollan importantes labores de verificación y protección, cuyo cumplimiento fue el motivo de la incorporación del Artículo 36 en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuando un Estado Miembro de la OEA que es parte en la Convención de Viena

11 Presentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la OC-16. El texto completo de las presentaciones de los Estados, órganos, instituciones e individuos participantes en la audiencia pública, ha sido publicado en el volumen Transcripción de la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 y 13 de junio de 1998 sobre la solicitud de opinión consultiva OC-16. Texto oficial ( Transcripción de la audiencia pública ). Publicado en la serie B de publicaciones de la Corte.

sobre Relaciones Consulares incumple las obligaciones dispuestas en el Artículo 36 de esta, priva a la persona extranjera detenida de un derecho cuyo objeto y propósito es proteger las garantías básicas del debido proceso, por lo que la carga de la prueba recae entonces sobre dicho Estado, en razón de lo cual debe demostrar que el debido proceso fue respetado y que la persona no fue privada arbitrariamente del derecho protegido. Hacer recaer la carga de la prueba en ella sería una negación de las protecciones consagradas en el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El derecho internacional ha reconocido que las personas extranjeras detenidas pueden estar en condiciones de desventaja o afrontar problemas en la preparación de su defensa, y el propósito del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es asegurar que cuenten con el beneficio de la consulta con su cónsul, que aporta medios para satisfacer su derecho a un juicio con las debidas garantías.

Las protecciones del Artículo 36 no sustituyen los requisitos del debido proceso penal ni coinciden totalmente con éstos, sino que tienen el propósito de permitir a la persona detenida extranjera tomar decisiones conscientes e informadas para la preservación y defensa de sus derechos, y en el caso de la pena de muerte, la obligación de los Estados Partes de observar rigurosamente las garantías del juicio imparcial no admite excepción alguna y el incumplimiento de este deber constituye una violación flagrante y arbitraria del derecho a la vida.

Si no se observa la garantía contenida en el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, existe la presunción de que la persona detenida o condenada no ha gozado de las garantías correspondientes, lo que genera una inversión de la carga de la prueba, la cual pesa entonces sobre el Estado receptor.

Aunque el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no sea la protección de los derechos humanos, es claro que su Artículo 36 contiene disposiciones aplicables a la protección de aquellos en los territorios de los Estados parte, porque reconoce derechos a la persona interesada, y existen otros tratados multilaterales que contienen disposiciones sobre la libertad de comunicación con los consulados y el oportuno aviso a los interesados y las interesadas sobre dicha libertad, y la lectura del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares “en el contexto de esos otros instrumentos, sugiere que actualmente la comunidad internacional reconoce la libertad de comunicación y el aviso consular como derechos humanos”.<sup>12</sup>

Al establecer las reglas que permiten el acceso consular para proteger los derechos de la persona detenida en la etapa en que estos son más vulnerables, el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene

12 El texto completo de los escritos de observaciones finales, presentado por los Estados, órganos, instituciones y personas participantes en el procedimiento será publicado oportunamente, en los resúmenes preparados por la Corte.

normas concernientes a la protección de los derechos humanos, en el sentido que el Artículo 64.1 de la Convención Americana da a esta expresión, y provee una base sólida para emitir una opinión consultiva (Observaciones finales de 17 de mayo de 1999, de la Comisión Interamericana ante la Corte en la opinión consultiva 16).

Aún cuando el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares indica que el propósito de esta no es beneficiar a las personas, también es evidente que la protección de los derechos individuales constituye el propósito principal de la función consular, como se desprende de la lectura del Artículo 5 de la Convención citada.

El derecho de acceso establecido en el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinado a las protestas del Estado que envía, y se halla estrechamente relacionado con el derecho al debido proceso establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La expresión “sin dilación” incluida en dicho Artículo, implica que el aviso sobre el derecho a la notificación consular debe darse a la persona detenida “tan pronto como esto sea posible”. Por lo cual, la violación de las obligaciones contenidas en el Artículo tiene como consecuencia necesaria la responsabilidad internacional del Estado infractor.

El parámetro con el cual cabría medir las consecuencias de la violación del Artículo 36.1.b) debe iniciarse con una presunción de perjuicio que ubica so-

bre el Estado involucrado la carga de la prueba de que, a pesar de la omisión de aviso, todas las garantías procesales fueron respetadas. La violación de dicho Artículo no debe ser considerada, per se, como una violación del debido proceso, sino que da origen a una presunción de perjuicio, que podría ser desvirtuada si se demuestra que se respetaron todas las garantías procesales aplicables, puesto que, existe fundamento para considerar que la persona detenida extranjera está en posición de desventaja en comparación con el nacional, aun cuando existe la posibilidad de que haya excepciones a esta regla.

Cuando la violación del Artículo 36.1.b) ocurre en el contexto de un caso que se sanciona con la muerte, debe asegurarse el cumplimiento riguroso de todas las garantías judiciales, y tanto en el plano nacional como en el internacional, el propósito de la reparación es proveer un remedio efectivo, el cual, en el marco del sistema interamericano podría incluir medidas como la conmutación de la pena, la liberación, la concesión de un recurso ulterior de apelación y la indemnización o bien, cuando la víctima ha sido ejecutada, la indemnización a sus familiares.

La Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, solicitada por México “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” que se emitió fue 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. Dicho Artículo concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos. La expresión “sin dilación” utilizada en el Artículo 36.1.b) significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad. La observancia de los derechos que reconoce al individuo el Artículo 36 no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

Los Artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. El derecho individual a la información establecido en el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

La inobservancia del derecho a la información de la persona detenida extranjera, reconocido en el Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

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.

### Opinión Consultiva N.º 18

El proceso consultivo número 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se inició un proceso a solicitud de México, el 10 de mayo del 2002, pidiendo el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la compatibilidad entre decisiones y prácticas de órganos

gubernamentales de un Estado, basadas en la sola situación migratoria irregular de las personas y la obligación de los países de la Organización de Estados Americanos (OEA) de garantizar los principios de igualdad jurídica y no discriminación, consagrados en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

La opinión es resultado del ejercicio de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana y si bien no reviste la fuerza jurídica de sus decisiones en casos contenciosos, representa la interpretación de un tribunal de normas jurídicas internacionales que, sin duda, contribuyen al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En esta Opinión Consultiva el tribunal llevó a cabo un análisis profundo y razonado de los argumentos expuestos por México, haciendo suyas, en muchas de sus conclusiones, las tesis planteadas por nuestro país relativas al respeto irrestricto de los derechos fundamentales de migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

En su opinión, la Corte Interamericana parte de la obligación básica de todos los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales, como atributos inherentes a la dignidad humana.

Para el tribunal interamericano, la actuación de cualquier Estado debe adecuarse al derecho internacional de los derechos humanos, garantizar el pleno respeto a la dignidad de la persona. De

lo contrario, dicho Estado incurriría en una violación de tales derechos, dando lugar a la consiguiente responsabilidad internacional.

A partir de dicha obligación fundamental, el tribunal interamericano considera a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, presentes en prácticamente todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como normas imperativas de derecho internacional general (normas de *jus cogens*) aplicables a todo Estado, ya que sobre dichos principios esenciales descansa todo el orden jurídico internacional y nacional de los Estados.

Como parte de dicho reconocimiento, para la Corte Interamericana la obligación de garantizar y respetar el cumplimiento absoluto de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación resulta obligatorio para todos los Estados, generando efectos con respecto a terceras personas, inclusive particulares.

En cuanto a la aplicación de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, luego de reconocer la flagrantemente vulnerable situación de vulnerabilidad de los y las migrantes, particularmente de las personas indocumentadas, la Corte Interamericana en forma categórica concluye que:

... la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental

y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (CIDH, 2003: párr. 118).

En este sentido, la Corte reconoce que en ciertas situaciones se permite establecer distinciones legales entre personas nacionales y extranjeras, como en lo relativo al ejercicio de derechos políticos. Sin embargo, la Corte establece con toda nitidez que dichos tratos diferenciados no pueden, bajo ninguna circunstancia, desembocar en actos de autoridad que vulneren la dignidad y los derechos fundamentales de la humanidad. En particular, la OC-18 aclara que la distinción legal no puede desembocar en una discriminación, por definición violatoria de los derechos humanos y de los principios más elementales de un Estado democrático de derecho.

Por otra parte, al referirse en particular a los derechos laborales de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas, la Corte consideró que tales derechos surgen de la condición de persona trabajadora de un individuo o una individuo en el sentido más amplio, por lo que desde el momento en que:

...una persona ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estados de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía de goce y ejercicio de esos derechos debe realizarse sin discriminación alguna (CIDH, 2003: párr. 133).

De hecho, la Corte señala que un Estado resultaría responsable cuando terceras personas que actúen con su tolerancia o aquiescencia, o respaldadas por alguna directriz o política estatal, favorece la creación o el mantenimiento de situaciones de discriminación.

Finalmente, el tribunal interamericano concluyó que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualquiera que estas sean. En cuanto a los objetivos de las políticas migratorias, estos "...deben tener presente el respeto por los derechos humanos" (CIDH, 2003: párr. 168).

Las preguntas formuladas a la Corte por parte de México se establecieron de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos que son asequibles a la población trabajadora migrante, independientemente del estatus migratorio. Con base en el principio de igualdad jurídica consagrado en el Artículo II de la Declaración Americana, en el Artículo 24 de la Convención Americana, en el Artículo 7 de la Declaración Universal y en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; un Estado americano no puede establecer un trato perjudicialmente distinto para las personas trabajadoras migratorias indocumentadas en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de las personas residentes legales o la ciudadanía, en el sentido de que dicha condición migratoria impide ser se el goce de tales derechos.

La condición indocumentada, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas.

Con fundamento en el Artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el Artículo 5, párrafo 2, ambos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; un Estado americano no puede subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos (Resolución por unanimidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003).

## **Conclusiones**

La Corte Interamericana con las dos opiniones consultivas sobre la situación de la población trabajadora migrante en los Estados Unidos, está enfatizando el hecho que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental,

y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental. El incumplimiento mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

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. El principio fundamental 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. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, es decir de principios universalmente aceptados que no admiten posición en contra. El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceras personas, inclusive particulares.

Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas. El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo y a toda migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance

de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna. La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. La persona migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales, independientemente de su condición de persona nacional o extranjera, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre personas particulares (empleadora-trabajadora). El Estado no debe permitir que las personas empleadoras privadas violen los derechos de la población trabajadora, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Las personas trabajadoras, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Las población trabajadora migrante indocumentada poseen los mismos derechos laborales que corresponden a las demás personas trabajadoras del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Por último, se estableció por la Corte, el que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia

del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio.

## Bibliografía

- Amnistía Internacional. (2000). *Informe anual*. Londres: AI.
- Audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 y 13 de junio de 1998 sobre la solicitud de opinión consultiva OC-16. Texto oficial publicado en la serie "B" de publicaciones de la Corte.
- Buergethal, T, et ál. (1983). *La protección de los derechos humanos en las américas*. San José: Ed. Juricentro, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Carrillo, A. (1981). *La constitución, la suprema corte y los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Opinión consultiva OC-18/03*. 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Díaz, L. (1986). El sistema interamericano de derechos humanos. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Año I, Núm.1, Enero-Abril, pp.37-38. México.
- Dulitzky, A. y González, F. (1999-2000). *Derechos Humanos y la Organización de Estados Americanos*. International

- Human Rights Law Group (documento inédito).
- Fix - Zamudio, H. (). *Protección jurídica de los derechos humanos, estudios comparativos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos CNDH.
- Fix-Zamudio, H. (1985). *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. México: Porrúa-UNAM.
- Informe verbal del señor Juan E. Méndez, Relator Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. Rendido durante la Sesión de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del OEA, Washington, D. C., 4 de abril de 2002.
- MacArthur, J. y T. Catherine, (1999). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- OEA - CIDH. (1998). *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Doc. 31, Rev. 4. Washington D. C.
- Rodríguez, J. (Compilador) (1994). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*. Tomo II. México: ONU-OEA, CNDH.
- Sepúlveda, C. (1991). *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*. México: CNDH.
- Serra, A. (1983). *Hagamos lo imposible, la crisis actual de los derechos del hombre, esperanza y realidad*. México: Porrúa.
- Szekely, A. (comp.). (1990). *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*. Tomo I. México: UNAM.
- Zovatto, D. (1986). Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Zovatto, D. (1987). *Los derechos humanos en el sistema interamericano, recopilación de instrumentos básicos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Recibido: 12/1/2011 • Aceptado: 18/7/2011