¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes

¿International right to migrate? Between Natural Law and Positive Law: The dilemma of the Human Rights of migrants

Efraín Nieves Hernández*

Resumen

Es por todos aceptado que la migración es un fenómeno inherente al ser humano y que siempre ha estado y estará presente en el escenario internacional. En la historia de la humanidad, tal acción se ha constituido como una regla y no como una excepción; sin embargo, dicha movilidad (que se puede ubicar en el derecho natural) topa actualmente con un marco internacional (derecho positivo) que no acaba de incluirla como un derecho humano internacional. Si entendemos que el ciclo migratorio internacional comprende salir de un país y entrar a otro, nos damos cuenta que la migración internacional no es un derecho humano que esté reconocido en instrumento internacional de derechos humanos alguno, de los que se ha provisto la comunidad internacional, pues no contemplan el derecho a entrar a país alguno de manera libre, mucho menos de manera indocumentada. En materia migratoria, el derecho internacional sigue supeditado a las normas internas de cada país para decidir quién y por dónde entra a su territorio y, mucho más aún, decidir qué extranjero puede optar por y conseguir vivir en él. Ante esta distinción que se hace y se acepta en el ámbito internacional entre nacionales y extranjeros, los migrantes indocumentados son colocados en una situación de doble vulnerabilidad o de discriminación. En México, la legislación reproduce el esquema: el artículo 11 constitucional subordina el derecho a entrar a nuestro país a las facultades de la autoridad administrativa y lo dispuesto en la Ley General de Población.

Palabras clave: Migración, derechos humanos, derecho internacional, relaciones internacionales.

* Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor en la FCPYS-UNAM y en la Facultad de Estudios Globales de la Universidad Anáhuac-México Norte. Correo electrónico: efrain_nh@yahoo.fr

Abstract

Everyone accepts that migration is an inherent phenomenon to the human being, which always has been and will remain in the international scene. In human history, migration has been constituted as a rule rather than an exception; nevertheless, this movement of people (that can be located in the natural law) currently runs into an international framework of human rights protection (positive law) that does not recognize migration as an international human right. If we understand the international migratory cycle as a concept that entails leaving a country and entering another one, we realize that international migration is not considered as a human right which is recognized by any international law instrument about human rights. International law instruments relating human rights of which international community has itself provided, do not consider the right to enter any country without the necessary documentation and permission. Concerning the subject of migration, international law follows the submitted domestic norms of each country to determine who and how individuals enter their respective territory and, in addition, to decide which foreigner can enter and live in their countries. Through this distinction, accepted at the international level between citizens and foreigners, the undocumented migrants face a situation of double vulnerability and discrimination. In Mexico, the legislation reproduces the international framework: the article 11 of the Constitution subordinates the right to enter our country to the faculties of the administrative authority and the regulations covering General Law Population.

Key words: Migration, human rights, international law, international relations.

Introducción

En la realidad internacional actual es imposible negar el impacto de la migración en las relaciones entre los países llamados emisores o expulsores y los receptores de los flujos migratorios. No obstante, la migración enfrenta grandes y graves retos que inician desde su concepción, pues algunos países la entienden como un problema, incluso de seguridad nacional, mientras que otros piden que se le vea y trate como un fenómeno benéfico para ambas partes.

En este trabajo se presenta una revisión de la migración desde la perspectiva de los derechos humanos, en cuyo campo existen tanto posturas que la invocan como un derecho humano hasta aquéllas que la niegan como tal. Este dilema impacta de manera directa tanto en las políticas migratorias que implementan los países como en la protección que se debe dar a quienes realizan esta actividad (los migrantes).

El dilema alcanza dimensiones mayores cuando descubrimos que, por un lado, la migración no está reconocida como un derecho humano; mientras que, por otro, existe un amplio catálogo de derechos humanos específicos que protegen a quienes la realizan (migrantes) y cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional para los países que los contradicen con sus legislaciones y políticas migratorias.

En un primer apartado se presentan las dos posturas que han dado principal

fundamento a los derechos humanos, a cuya luz se analiza posteriormente la existencia misma del derecho humano a migrar a través de varios instrumentos internacionales de esa materia.

Después se presenta el tema de los derechos humanos de los migrantes dentro del derecho internacional y las obligaciones que adquieren los Estados parte en estos tratados en cuanto a la protección que se debe ofrecer a los migrantes y que está más allá incluso de su calidad migratoria.

Se concluye con un estudio del derecho de los migrantes a la vida como la base para el ejercicio de cualquier otro derecho humano.

Entre el derecho natural y el derecho positivo

La historia de la doctrina jurídica de los derechos humanos se ha fundamentado en dos grandes corrientes en las que se ha ubicado la mayoría de los autores: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. A grandes rasgos, podemos decir que el primero afirma que los derechos humanos le pertenecen al ser humano por el simple hecho de su condición humana, que su dignidad proviene de un origen natural y que no depende en absoluto de nada ni de nadie para existir o ser reconocida, pues le es inherente. Por su parte, el segundo sostiene que los derechos humanos existen si y sólo si están reconocidos en un instrumento jurídico, como puede ser la Constitución de cada país, y que sólo hasta entonces son oponibles al Estado, para que éste los garantice a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

Abonando un poco más, podemos decir que para los iusnaturalistas los derechos humanos son superiores y anteriores a la actuación y existencia misma del Estado, lo que significa que no es necesario contar con un sistema jurídico para su existencia, y que el Estado tampoco puede eliminarlos mediante norma alguna. En tanto que para los iuspositivistas sólo pueden ser producto de la acción normativa del Estado y, por lo tanto, sólo pueden ser reclamados cuando han sido consagrados en dichas normas.

En este entendido, ubicaremos a la migración como un derecho humano (desde la postura iusnaturalista) si aceptamos que es un fenómeno inherente al ser humano, que siempre ha estado y estará presente en el escenario internacional y que en la historia de la humanidad se ha constituido como una regla y no como una excepción.

Aun cuando podemos afirmar que seguirá presente por tres razones principales: la creciente integración internacional, los contrastes en el crecimiento económico de los Estados y los conflictos internos, la comunidad internacional ha sido incapaz de incorporar de manera plena la migración como un derecho internacional en los innumerables instrumentos internacionales de que se ha provisto y que han llegado a integrar lo que hoy conocemos como derecho internacional de los derechos humanos.

De ahí que, de acuerdo con los iuspositivistas, el derecho humano a migrar a nivel internacional o entre países no existe en tanto no esté consagrado en algún instrumento del derecho internacional de los derechos humanos.

Es cierto que la movilidad humana que implica la migración (y que se puede ubicar en el derecho natural) se enfrenta en la actualidad con un marco internacional (derecho positivo) que no acaba de incluirla como un derecho humano internacional. Más aún, el enfoque generalizado entre los gobiernos y un buen sector de la sociedad de los países receptores considera a los flujos migratorios como un problema y no como un fenómeno. Una de las causas probables de que ello sea así es no advertir que la migración es un terreno más en donde se confrontan la universalización y la globalización de la protección de los derechos humanos con la tradicional defensa de la soberanía nacional. Es decir, ante los argumentos a favor de la migración, el libre tránsito, la no penalización de los migrantes indocumentados o la reunificación familiar, suelen esgrimir —y de hecho se ha favorecido— el derecho soberano de todo Estado de determinar sus propias políticas migratorias.

Es en este contexto que se debate la existencia misma del derecho internacional a migrar. César Sepúlveda Amor, por ejemplo, considera que, desde el principio, la internacionalización de los derechos humanos se enfrentó con “el concepto estricto de soberanía estatal, que se afirmó violentamente entre las dos guerras mundiales, (y que) excluía cualquier interferencia de terceros Estados y no se admitía crítica de sus sistemas jurídicos internos, por rígidos que fueran contra sus propios ciudadanos”.¹ No obstante, el mismo autor ofrece una respuesta a este dilema al señalar que dicha internacionalización:

constituyó un paso novedoso y trascendental. No sólo significó un cambio vital en la esencia del derecho internacional, pues esta rama, pensada para las relaciones entre los Estados y sus derechos propios, tuvo que ensancharse para tratar también de los derechos de los individuos, lo que a su vez produjo un impacto en el campo del dominio reservado de los Estados, introduciendo elementos nuevos y hasta cierto punto perturbadores en el derecho interno de los Estados.²

La migración en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si atendemos a las dos grandes corrientes en derechos humanos —iusnaturalismo y iuspositivismo—, su origen variará en gran medida, pues mientras que para el primero

¹ César Sepúlveda, “La internacionalización de los derechos del hombre: expansión y movimiento, algunos obstáculos para su progreso actual” en *PROA*, año VIII, núm. 16, México, primavera 1988, p. 10.

² *Idem*.

su historia se remonta a la antigüedad y al origen mismo del ser humano, para el segundo es relativamente reciente, ubicándose apenas en el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la nueva noción de la protección internacional de los derechos humanos enraiza en el derecho internacional positivo actual.

Esta nueva noción deriva, en cierta medida, de instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas³ y, desde luego, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Hoy podemos decir que el sistema de protección internacional de los derechos humanos es una realidad gracias a la elaboración, adopción y ratificación de instrumentos internacionales de carácter convencional, que hoy se encuentran ya en vigor y, por lo tanto, sus mecanismos de control están en funcionamiento e imponen una obligación formal, directamente exigible, a los Estados que los han adoptado.

La comunidad internacional, reunida en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha elaborado, negociado y aceptado alrededor de 110⁴ instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a temas como la libre determinación, los pueblos indígenas y las minorías, la prevención de la discriminación, las mujeres, las personas de edad avanzada, las personas con discapacidad, la administración de justicia, el bienestar, progreso y desarrollo social, el matrimonio, la salud, el empleo, la libertad de asociación, la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso e instituciones y prácticas análogas, los trabajadores migratorios, la nacionalidad, apatridia, el asilo y el refugio, los crímenes de guerra y los de lesa humanidad, incluso el genocidio, así como el derecho humanitario, entre otros.

Así, a lo largo de 66 años, los derechos humanos se han constituido como piedra angular de las relaciones internacionales, pasando por distintos momentos de evolución hasta llegar a concretarse como normas del derecho internacional.

³ Del 25 de abril al 26 de junio de 1945 se realizó la Conferencia de San Francisco, en Estados Unidos, a cuya convocatoria asistieron los representantes de 51 países que adoptaron el texto definitivo de la carta constitutiva de la organización, firmada el 26 de junio, convirtiéndose así en Estados miembros fundadores. Oficialmente, la ONU, que tiene su sede en Nueva York, Estados Unidos, empezó a funcionar el 24 de octubre de 1945, una vez que la Carta fue ratificada por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de la Gran Bretaña y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —ahora Rusia— y la mayoría de los demás Estados signatarios). De acuerdo con el artículo 4, capítulo 2, de la Carta: “Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo (...) La admisión de tales Estados como Miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”. Así, con la admisión de Sudán del Sur el 14 de julio de 2011, son ya 193 Estados miembros de las Naciones Unidas. México fue admitido el 7 de noviembre de 1945.

⁴ Véase la página *web* de la ONU, disponible en www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx consultada el 3 de noviembre de 2015.

Ahora bien, para abordar el tema de la migración en el referido derecho internacional de los derechos humanos, diremos que ésta ha tenido y tiene tantos significados como disciplinas que la abordan.⁵ La Economía, el Derecho, la Antropología, la Psicología social, la Sociología, la Geografía, la Demografía, la Filosofía, etc., aportan sus concepciones de este fenómeno, logrando tan sólo ponerse de acuerdo en el empleo de algunas variables como tiempo, distancia y cambio de ambiente sociocultural como claves para definir lo que se ha de entender como migración. No obstante, cada una de estas disciplinas maneja parámetros distintos para definirlos.

Aún más, hay autores, principalmente psicólogos sociales, por ejemplo, que ponen el énfasis en los inconvenientes que se interponen para migrar; asimismo, existen investigadores⁶ que basan sus estudios en los fines últimos, las causas y las consecuencias en las que el fenómeno se materializa.

Estos enfoques plantean que el significado de la migración debe designar a los desplazamientos poblacionales, ya sean individuales o colectivos, dependiendo de los objetivos del traslado físico de las personas para vivir en otro sitio diferente a su lugar de origen, sin importancia de la distancia o el tiempo de duración involucrados. En otras palabras, la definición surge y cobra sentido, no como producto del desplazamiento físico, sino de sus propósitos últimos.⁷

Quizá sea esta última acepción la que mejor convenga a este artículo, toda vez que las investigaciones realizadas en el marco de esta dimensión conceptual describen a la migración como aquel cambio de residencia que, sin importar la distancia o el tiempo, deriva de una decisión individual y económica para mejorar las condiciones de vida del migrante. Además, claro, de las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, disciplina eje de este estudio.

La migración internacional constituye un fenómeno por demás complejo que, por lo menos, implica tres momentos o circunstancias posibles a considerar: la entrada,

⁵ “Ningún intento ha sido hecho para seguir una uniforme definición de la migración. De aquí que una variedad de conceptos y significados operacionales se encuentran en los trabajos escritos sobre el tema, dependiendo de los requerimientos de los autores, de su orientación profesional, del tipo de investigación que realizan y de los datos a su disposición. Esta diversidad refleja, en último extremo, el estado actual de los estudios sobre la migración”. Leslek Kosinski y Mansell R. Prothero, “The Study of Migration” en *People On The Move*, Methuen, Londres, 1975, p. 14.

⁶ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Ernest George Ravenstein, J. J. Mangalam, H. K. Schwarzweller, Humberto Muñoz, Orlandina de Oliveira, Alan A. Brown, Paul Singer y Lourdes Arizpe, entre otros.

⁷ Roberto Herrera Carassou, *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*, Siglo XXI Editores, México, 2006. p. 25.

la estancia y la salida-regreso de un migrante. Asimismo, se hace imprescindible, en principio, decir que al abordar el tema de la migración siempre debemos precisar si hablamos de emigración, inmigración o trasmigración y, después de ello, especificar si nos referimos a la documentada o indocumentada, pues aunque todas son parte del mismo fenómeno, cada una de ellas atiende a especificidades propias que son necesarias focalizar para su mejor análisis y entendimiento.

Así entendida la migración, el tema de la existencia misma del “derecho humano a migrar” enfrenta una disyuntiva que ha causado un airado debate entre los especialistas en materia de derechos humanos. De un lado, aparecen quienes aseguran que éste está incluido en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; del otro, nos ubicamos quienes consideramos que no existe tal “derecho humano a migrar”, por lo menos no en el ámbito internacional, toda vez que el círculo que implica la migración –entrada, estancia, salida– no se completa en los derechos enumerados en los instrumentos internacionales.⁸

Autores como Pedro Ojeda Paullada han considerado que “uno de los derechos humanos esenciales a la dignidad del hombre lo es la libertad de circulación y desplazamiento tanto dentro del ámbito territorial nacional como en el orden internacional. En tal sentido son concomitantes y están íntimamente ligadas las ideas y los conceptos de derechos humanos y migración”.⁹ No obstante, para sustentar su dicho, se remite al artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que aquí analizaremos, y enseguida enumera lo que llamamos “derechos de los migrantes” y no “derecho a migrar”.

Veamos: el primer instrumento internacional de derechos humanos que alcanzó la comunidad internacional reunida en la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra en su artículo 13 –al que se remite Ojeda Paullada para fundamentar el derecho a migrar– que:

- 1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- 2.- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

⁸ Opinión compartida, como ejemplo, por el profesor Ignacio Sánchez-Cámara, de la Universidad A Coruña, España, durante su intervención en el Seminario Internacional “Perspectivas de los derechos humanos en el siglo XXI”, realizado en la Ciudad de México el 28 de mayo de 2009.

⁹ Véase Pedro Ojeda Paullada, *Comentario sobre “derechos humanos y migración”*, pp. 145 y 148-163, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/15.pdf> consultado en noviembre de 2015.

Es de advertir que si el primer párrafo consagra los derechos a la libre circulación y a la elección de residencia, los circunscribe al territorio de un Estado; entonces, estamos hablando de migración interna, o sea que de ninguna manera avala que sea un derecho internacional o que al amparo de esos derechos se pueda mover de un país a otro. En tanto que, aunque el párrafo 2 señala que toda persona puede salir de cualquier país incluyendo el propio y regresar al mismo una vez que deseara hacerlo, en ningún momento se contempla que se tenga derecho a “entrar” de manera libre a cualquier país, requisito *sine qua non* para poder hablar por completo de un derecho humano a migrar, por lo menos en el ámbito internacional.

En dicho artículo de la Declaración se considera el derecho a salir de cualquier país, a circular libremente dentro de un Estado, a elegir residencia en el territorio de un país, pero nunca se habla del derecho de “entrar a cualquier país”, quedando así incompleto el círculo para que podamos hablar de migración internacional: entrada, estancia y salida-regreso de cualquier país.

Bajo este supuesto, el “derecho humano a migrar” a nivel internacional no sólo no existe, sino que cuando los instrumentos internacionales hacen referencia a la migración, terminan supeditándola a las leyes internas de los países. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, aborda la migración en su artículo 12, donde señala que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Al precisar “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”, está limitando la entrada al territorio de un Estado a las condiciones de “legalidad” que cada uno de los países establezca en sus leyes para la admisión de los extranjeros, así como concede “restricciones” a estos derechos si se encuentran “previstas en la ley” de cada Estado.

En el caso de México, por ejemplo, el artículo 11 constitucional que refiere el “derecho a migrar”, señala que:

Todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En una lectura rápida se podría decir que México sí garantiza el derecho humano a migrar internacionalmente, pues considera la entrada al país, la salida de éste y la libre circulación y elección de residencia dentro de nuestro territorio. Sin embargo, en la segunda parte de dicho artículo dispone que “el ejercicio de este derecho estará subordinado” a la autoridad administrativa “por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes” migratorias.

Y es ahí precisamente donde vienen las restricciones, pues la Ley General de Población—que incluye las disposiciones migratorias—no sólo restringe en demasía la entrada a México, sino que criminaliza al migrante que se interne en nuestro territorio sin cumplir con todos los requisitos que esta ley señala. Su artículo 123—ahora ya derogado—hasta no hace mucho establecía que “se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país”.

No obstante, al derogarse el artículo 123, se reformó el artículo 118—también ya derogado—, que disponía se impusiera “multa de veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al extranjero que: (...) se interne al país sin la documentación requerida; (...)”¹⁰

La migración internacional se supedita, así, a la reglamentación estatal tanto en el país de origen como en el de destino, en la que cada Estado puede determinar quién puede entrar y quién puede permanecer en su territorio, así como las condiciones de esa entrada o permanencia, derecho que, en el caso de los ciudadanos, se matiza con el que garantiza el mencionado artículo 13 de la Declaración Universal, relativo a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar al mismo. Es por eso que en derecho internacional no se puede impedir que los ciudadanos de un país entren o regresen a él y se asienten en su territorio, pero por lo regular los extranjeros sí deben pasar por un control efectuado al momento mismo de llegar o poco tiempo después y sólo se les concede permiso para permanecer en un país que no es el suyo en situaciones excepcionales.

¹⁰ El artículo 118 se derogó mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011, al momento que se expidió la Ley de Migración, que implicó algunas modificaciones a leyes como la Ley General de Población. Sin duda valdrá la pena hacer una revisión de la misma a la luz de los derechos humanos.

Por otro lado, precisamente en torno al “derecho a salir de cualquier país, incluso del propio”, a que hace alusión la Declaración, en México se han levantado infinidad de voces, principalmente provenientes de organizaciones de la sociedad civil, que argumentan que nuestro país no puede impedir la salida de los migrantes indocumentados que se dirigen a Estados Unidos, pues estaría violando ese derecho internacional, así como su propio artículo 11 constitucional en cuanto respecta a poder salir del país y a la libre circulación. Sin embargo, reiteramos que las leyes mexicanas disponen los puntos de salida del país y los requisitos para poder hacerlo.

Respecto a la libre circulación que ciertamente garantiza nuestra Constitución, ésta no puede ir ni un centímetro más allá de donde termina nuestro territorio, y en el momento mismo en que se rebasa ese límite se está entrando a otro país –Estados Unidos en este caso– que, de igual forma, tiene disposiciones y condiciones para la entrada a su territorio. De hecho, nuestro vecino del Norte considera en sus leyes como un acto criminal la entrada de extranjeros a su territorio sin cumplir con dichas formalidades y condiciones y sanciona con prisión la reincidencia.

En este intento por defender el “derecho a migrar” se ha aludido de manera errónea el derecho al libre tránsito, contemplado en varios instrumentos en materia de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 22 precisa:

Derechos de circulación y de residencia.

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable de una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad y el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo, ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo (...)

Esta Convención, además de que subordina el derecho a circular en un Estado a las “disposiciones legales”, limita dicho derecho a las personas que se encuentran “legalmente” en tal Estado y al territorio de éste. También habla del derecho de salir

de cualquier país incluyendo el de origen, pero en ningún momento habla del derecho a “entrar” a otro país que no sea el propio.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, señala en su artículo 5 que:

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...)

d) otros derechos civiles, en particular:

- i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
- ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Esta Convención, si bien no habla de personas que se encuentren legalmente o no en un Estado, limita el derecho a circular con libertad al territorio de un Estado y habla del derecho a salir de cualquier país así como del propio, pero no de “entrar” a otro que no sea también el propio.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 15, precisa, entre otros, que:

(...) 4. Los Estados partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Esta Convención, habla de un derecho interno de cada Estado sin llegar a hablar de salir o entrar a otro país.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 10 dispone:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones

estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Esta Convención, en aras de la reunificación familiar, llama a los Estados parte a atender de manera positiva la solicitud de que un niño entre en su territorio. En su párrafo 2 también sujeta el derecho a salir y entrar al país propio a las disposiciones de las leyes nacionales.

Ahora bien, es de suma importancia precisar que en lo que todos estamos de acuerdo es que es innegable la existencia del reconocimiento de todo un catálogo de “derechos humanos de los migrantes”¹¹ contenido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, que obligan a los gobiernos de los países a proteger a toda persona que se encuentre en su territorio, independientemente de su *status* migratorio y sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Si bien no existe un “derecho humano a migrar” a nivel internacional como tal, sí existen, desde luego, tales “derechos humanos de los migrantes” que los protegen ante violaciones a éstos en distintos momentos del proceso migratorio: “preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen¹² o al Estado de residencia habitual”.¹³

¹¹ Para los derechos humanos, los migrantes constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos define a estos grupos o comunidades como aquellos “que, por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que plantea la vida y no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. La vulnerabilidad coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. La vulnerabilidad fracciona y, por lo tanto, anula el conjunto de garantías y libertades fundamentales, de tal forma que las personas, grupos y comunidades en esta situación tienen derechos únicamente a nivel formal, ya que en los hechos no se dan las condiciones necesarias para su ejercicio. Esta circunstancia viola los derechos de los miembros más débiles de la sociedad y los margina, razón por la cual el Estado tiene la responsabilidad de proteger a estas personas, quienes frecuentemente desconocen cuáles son sus derechos, ignoran los medios para hacerlos valer y carecen de los recursos necesarios para acudir ante los sistemas de justicia”. Asimismo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) señala como “Factores que influyen en la vulnerabilidad: falta de igualdad de oportunidades; incapacidad para satisfacer sus necesidades básicas; desnutrición; enfermedad; incapacidad de acceder a los servicios públicos, y la marginación”. Véase CNDH, disponible en www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm consultado el 15 de marzo de 2011.

¹² En el caso de México y Estados Unidos, por ejemplo, en cuanto a la deportación de mexicanos se refiere, “en algunas ocasiones se ha afirmado que existe un promedio de 2 500 deportaciones diarias

Derechos humanos de los migrantes

Por trabajador migrante entenderemos el concepto que da la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990: “Artículo 2. A los efectos de la presente Convención: 1. Se entenderá por ‘trabajador migratorio’ toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.¹⁴

El catálogo de derechos humanos que protege al ser humano en su calidad de migrante o en el momento en que se ubica como tal, aun indocumentado, deriva —entre otras cosas— de que, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce en su preámbulo que: “Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Su artículo 1, párrafo 1, establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio 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.

Por su parte, el artículo 2 dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere 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

(datos de 2001) sólo por las ciudades fronterizas de Baja California. Muchas se realizan en horarios nocturnos de alto riesgo, afectando sobre todo a mujeres y niños. Con frecuencia, los deportados no saben en qué ciudades se encuentran, no cuentan con recursos económicos, ni tienen posibilidad de encontrar hospedaje, transporte o ayuda (...) no siempre se les proporciona información sobre sus derechos, no se les permite hablar por teléfono. Se les priva de sus familias, propiedades y dinero, firman su salida voluntaria bajo amenaza y no tienen auxilio de un traductor. Algunos son trasladados en condiciones inhumanas: esposados, con grilletes, amontonados y sin higiene. Muchos sufren maltratos físicos y verbales y la destrucción de sus documentos de identificación”. Felipe de Jesús Preciado Coronado, *Derechos humanos y migración*, pp. 140-141, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/14.pdf> consultado en noviembre de 2015.

¹³ Párrafo dos del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” en *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, vol. 1 (segunda parte), Ginebra, 2002, p. 631.

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2 fija el deber de que:

- 1.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- 2.- Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En el ámbito internacional existen varios instrumentos que contemplan y garantizan diferentes derechos a los migrantes. Para los efectos de este trabajo, podemos mencionar cuatro de ellos: 1) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; 2) Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son nacionales del país en que viven; 3) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que reconoce el derecho a la protección consular de las personas detenidas en el extranjero; y 4) Convención sobre Condiciones de los Extranjeros.

A continuación describiremos dichos instrumentos:

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Este instrumento, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 y ratificado por el gobierno de México el 8 de marzo de 1999, reconoce “la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional”.¹⁵

¹⁵ Véase Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Preámbulo, párrafo 9.

Su propósito esencial es que los Estados establezcan normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los mismos mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al trato de los trabajadores migratorios y de sus familiares, puesto que estos se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad por estar fuera de su Estado de origen y enfrentarse a dificultades en función de lo ya mencionado.

Podemos mencionar que la Convención reconoce a los trabajadores migratorios y sus familiares, sin importar la condición migratoria en que se encuentren dentro del territorio o la jurisdicción del Estado receptor, todos los derechos humanos fundamentales (derecho a la vida; a no ser sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre ni realizar trabajos forzosos u obligatorios; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la libertad de expresión; a la seguridad personal; etc.).

El artículo primero dispone que la Convención “será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”. En relación con éste, el artículo 5 dispone que a:

- “los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:
- a) serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;
 - b) serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

Instrumento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985 mediante su Resolución 40/144. Toma como base los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto a que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en toda parte donde se encuentre, que todos somos iguales ante la ley y tenemos derecho a igual protección sin distinción alguna.

Reconoce que “la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse

también para los individuos que no son nacionales del país en que viven”.¹⁶ Asimismo, establece que sus disposiciones no pretenden limitar en forma alguna el derecho de cualquier Estado a promulgar sus propias leyes y reglamentos relativos a la entrada, el plazo y las condiciones de estancia para los extranjeros en sus respectivos territorios ni en el sentido de restringirles su derecho a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. Consagra que dichas leyes y reglamentos no pueden ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales adquiridas por los Estados, en especial en cuanto hace a la esfera de los derechos humanos.

Específicamente, en su artículo 5 hace referencia a que los extranjeros gozarán, entre otros, del derecho a la vida y a la seguridad de su persona, así como a no ser detenidos ni arrestados en forma arbitraria por parte del Estado en que se encuentren. En su artículo 6 establece que ningún extranjero será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Se consagra, pues, la igualdad entre nacionales y extranjeros por parte del Estado en cuestión.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Aunque este instrumento internacional no tiene como objetivo principal regular a la migración o los derechos de los migrantes, contiene disposiciones que reconocen derechos que pueden ser de gran utilidad a éstos. México es parte de esta Convención, pues la firmó el 24 de abril de 1963.

El documento establece, en su artículo 36, el derecho a la comunicación consular, lo que significa que en el caso de ser detenido o arrestado se tiene el derecho fundamental de que el Estado receptor le comunique sin dilación alguna de su detención a la oficina consular competente para que ésta lo pueda visitar y preparar su defensa. Es preciso señalar que este artículo ha sido considerado como una norma fundamental de derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva número 16¹⁷ y por la Corte Internacional de Justicia en los casos LaGrand¹⁸ y Avena.¹⁹

¹⁶ Preámbulo, párrafo 8.

¹⁷ Emitida el 1º de octubre de 1999 bajo el nombre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por México.

¹⁸ En su sentencia del 27 de junio de 2001, sobre el llamado caso LaGrand, la Corte Internacional de Justicia determinó que Estados Unidos, denunciado por Alemania, violó dicho artículo por varios motivos: 1) no informar a dos ciudadanos alemanes (los hermanos LaGrand) acerca de los derechos que les amparaban en virtud de este artículo; 2) no permitir, una vez advertida la infracción de la obligación anterior, el reexamen y la revisión de las sentencias recaídas contra ellos.

¹⁹ “Caso Avena y otros nacionales mexicanos” fue presentado por México refiriendo 52 de sus nacionales que fueron arrestados, detenidos, juzgados, declarados culpables y condenados a la pena

Convención sobre Condiciones de los Extranjeros

Este instrumento pertenece al ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) y México es Estado parte en él. Los participantes en la VI Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, Cuba, en 1928, acordaron celebrar una Convención que tuviera por objetivo determinar la condición de los extranjeros. En ella se admite el derecho de los Estados a elaborar sus propias leyes para establecer las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en su territorio. De la misma forma, sustenta la igualdad ante la ley de extranjeros y nacionales, y obliga a los Estados a conceder a los extranjeros “todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio (...) de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías”.²⁰

Derecho a la vida y a la integridad corporal

En este apartado, por razones de espacio, estudiamos sólo el derecho a la vida como la base del ejercicio de cualquier otro derecho,²¹ consagrado a los migrantes.

Múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos alrededor del mundo han consagrado el derecho a la vida, manifestando su aceptación mundial y dándole una cobertura total para todo ser humano.

En el ámbito europeo, este derecho se ha consagrado incluso desde antes del nacimiento del ser humano:

El niño que va a nacer, debe gozar desde el momento de su concepción, de todos los derechos anunciados en la presente Declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer, sin ninguna excepción ni discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna, o concierna a su madre o familia. La ley debe asegurar al niño, antes de su

capital, sin que las autoridades de California, Arizona, Texas, Illinois, Arkansas, Florida, Oklahoma, Ohio, Nevada y Oregon hubieran cumplido las obligaciones derivadas de este artículo.

²⁰ Artículo 5.

²¹ “El derecho a la vida es el derecho del que se derivan todos los demás derechos. Garantizar ese derecho es el deber supremo de los máximos dirigentes de todos los estados del mundo”, reza la Declaración de La Haya.

nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano.²²

Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (instrumento base de los derechos humanos en Europa) establece que: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.²³

Para el caso de nuestro continente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre inicia su articulado asentando que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 1).

Por su parte, el instrumento convencional en materia de derechos humanos con que contamos en América, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4, párrafo 1, establece lo siguiente: “Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

África lo ha consagrado en los siguientes términos en su Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 4: “Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente” (aprobada el 27 de julio de 1981).

Para el caso de Asia, donde no existe un documento continental de derechos humanos, aplica, desde luego, el sistema de la ONU y sus instrumentos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3 señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 6, párrafo 1, irrefutablemente que: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño No Nacido dispone que “en razón de su debilidad particular, el niño que va a nacer debe beneficiarse de

²² “Declaración de los Derechos del Niño No Nacido”, Asamblea del Parlamento Europeo, artículos 1 y 2, 6 de octubre de 1979.

²³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, artículo 2, párrafo 1. Posteriormente, en 1983, el Protocolo No. 6 al Convenio abolió la pena muerte.

una protección especial”; la comunidad internacional ha reconocido que los migrantes son un “grupo vulnerable específico, en particular las mujeres y los niños”²⁴ y que dicha “situación de vulnerabilidad en que se encuentran a menudo los migrantes (es) debido entre otras cosas a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para el regreso de los migrantes que no poseen documentos o que se encuentran en una situación irregular a sus Estados de origen”.²⁵

Por ello, existe un “creciente interés de la comunidad internacional en la protección plena y efectiva de los derechos humanos de todos los migrantes”²⁶ y se encuentra “profundamente preocupada por las crecientes manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes en diferentes partes del mundo”.²⁷

La entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – transformada en 2006 en Consejo de Derechos Humanos– pidió:

a los Estados que, actuando de conformidad con sus respectivos sistemas constitucionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales en los que sean partes, si es el caso los pactos internacionales de derechos humanos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, promuevan y protejan eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes.²⁸

Por su parte, los Estados asistentes a la Conferencia de Derechos Humanos, realizada en 1993, en Viena, Austria, coincidieron en que: “debe darse gran importancia a la promoción y protección de los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos que han pasado a ser vulnerables, en particular los trabajadores migratorios, a la eliminación de todas las formas de discriminación contra ellos y al fortalecimiento y la aplicación más eficaz de los instrumentos de derechos humanos”.²⁹

²⁴ Resolución E/CN.4/1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, del 27 de abril de 1999.

²⁵ *Idem.* Sobre la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes, véase también la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Preámbulo, párrafos 10 y 11.

²⁶ Resolución E/CN.4/1999/44.

²⁷ Resolución 1998/16 de la Comisión de Derechos Humanos, del 9 de abril de 1998.

²⁸ Resolución E/CN.4/1999/44.

²⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena, Parte I, párrafo 24. A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993.

También está aceptado que la condición migratoria no menoscaba “la protección plena y efectiva de los derechos humanos de este grupo vulnerable, incluso los obstáculos y las dificultades para el regreso de los migrantes que no poseen documentos o se encuentran en una situación irregular”.³⁰ En el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de la opinión de “que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos” y “que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.³¹

Sobre la situación especial de los migrantes indocumentados, la Relatoría Especial de Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes ha llamado la atención sobre que “a los efectos también de examinar y reforzar la protección de los derechos humanos de los migrantes, debe prestarse atención, como cuestión de prioridad, a los migrantes en situación irregular. Los derechos humanos de los migrantes indocumentados son igualmente un motivo de preocupación (...)”.³²

Igualmente preocupada por la violación a sus derechos humanos de que son objeto los migrantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) creó, en 1997, la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la cual tenía como principales objetivos:

generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias; 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; elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y 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.³³

Asimismo, los jefes de Estado y de gobierno americanos asistentes a la Tercera Cumbre de las Américas³⁴ hicieron eco de la preocupación por promover y proteger

³⁰ Resolución E/CN.4/1999/44.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párrafos 8 y 6.

³² Informe E/CN.4/2000/82, párrafo 37.

³³ 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 de la OEA, Washington, D. C., 4 de abril de 2002.

³⁴ Realizada en abril de 2001 en Canadá.

los derechos de los migrantes existentes en nuestra región y decidieron conferir un mandato especial a la OEA para el establecimiento de un programa interamericano de promoción de los derechos humanos de los migrantes, así como apoyar la labor encomendada al Relator Especial sobre Trabajadores Migratorios de la CIDH y a la Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, además de tomar medidas concretas para promover y fortalecer el respeto a los derechos humanos de los migrantes.³⁵

Por su parte, la Relatoría Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes ha expresado también su preocupación porque “en numerosos países (existen) legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero, en busca de trabajo en un país distinto al suyo”,³⁶ mismas “que se ampara(n) en la seguridad nacional, el nacionalismo o la preferencia nacional”.³⁷

En consecuencia, podemos señalar que en virtud de la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros, los países están obligados a respetar sus garantías y derechos civiles de la misma manera que a sus propios nacionales.

El derecho a la integridad corporal de las personas y el derecho a la vida van incluso más allá del derecho consuetudinario y del convencional, ya que han sido considerados como una norma imperativa de derecho internacional, es decir, como *ius cogens*.³⁸ De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas imperativas de derecho internacional son “normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Este criterio ha sido reafirmado dentro de la jurisprudencia internacional al establecer que estos derechos imponen obligaciones de carácter *erga omnes*³⁹ al Estado y tienen también el carácter de absolutas; específicamente así lo han hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia.

El primero de estos tribunales expresó en el caso Villagrán Morales que:

(...) el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no

³⁵ Véase Declaración de la Ciudad de Québec, “Plan de acción”, 2. Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Cumplimiento de las obligaciones internacionales y respeto de las normas internacionales, párrafo 1.

³⁶ Informe E/CN.4/2000/82, párrafo 54.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Locución latina con la cual se hace referencia a aquellas normas de derecho imperativo que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido.

³⁹ Locución latina que significa “respecto de todos” o “frente a todos”.

son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁴⁰

Dentro de este mismo caso se mencionó que “ya no puede haber duda de que el derecho fundamental a la vida pertenece al dominio del *ius cogens*”⁴¹ De igual manera, en el caso Las Palmeras se expresó que “En el plano sustantivo, las consideraciones vertidas sobre la protección del derecho fundamental a la vida nos hacen ingresar, inequívocamente, en el dominio del *ius cogens*, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección”.⁴²

La Corte Internacional de Justicia, de igual manera, ha emitido diversos criterios que consideran al derecho a la vida y a la integridad corporal como normas de *ius cogens*, en primer lugar podemos mencionar que en los casos de África Sudoccidental, hoy Namibia, se expresó que “seguramente las leyes tendentes a la protección de los derechos humanos pueden ser consideradas como parte integrante del *ius cogens*”⁴³ por otro lado, en la Opinión Consultiva acerca de la Legalidad de la amenaza o el Uso de Armas Nucleares se menciona que las reglas de derechos humanos y de derecho humanitario han adquirido de manera clara el carácter de *ius cogens*, puesto que son normas fundamentales de carácter humanitario, las cuales no son posibles derogar sin negar las consideraciones básicas de la humanidad a la cual deben proteger.⁴⁴

Por último, el voto separado del juez Weeramantry dentro del caso acerca de la Aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio señaló, entre otras cuestiones, que los tratados de derechos humanos se encuentran en una esfera que va más allá de los confines de la soberanía estatal ya que éstos se encuentran dentro del dominio del interés universal. De tal suerte, hemos llegado a una etapa en la que los derechos humanos de cualquier persona y en cualquier lugar son interés de cualquiera y donde sea. Los países más poderosos están obligados a

⁴⁰ CIDH, “Caso Villagrán Morales y otros”, Serie C, núm. 63, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

⁴¹ CIDH, “Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli” en “Caso Villagrán Morales y otros”, *op. cit.*

⁴² CIDH, “Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 6, en caso Las Palmeras, Serie C, núm. 67, sentencia del 4 de febrero de 2000.

⁴³ Véase International Court of Justice (ICJ), “Dissenting opinion of Judge Tanaka, en South West Africa Cases”, Judgement of 18 July 1966.

⁴⁴ Véase ICJ, “Dissenting Opinion of Judge Weeramantry en Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Advisory Opinion of 8 July 1996.

reconocerlos de igual manera que los débiles, y no existe en el derecho internacional semblanza o sugerencia alguna de que dichas normas acarreen una derogación de la soberanía. Por lo cual, el juez afirma que los principios de derechos humanos son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios aun sin existir una obligación de tipo convencional.⁴⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha expresado en este sentido. Respecto al derecho a la integridad corporal, este alto tribunal ha establecido que es un derecho que no acepta ninguna clase de derogación, ni siquiera en tiempo de guerra o de emergencia. Esta prohibición absoluta muestra que el derecho a la integridad corporal, revela uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que podemos encontrar en diversos instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de que este derecho ha sido reconocido como un estándar general.⁴⁶

Consideraciones finales

En la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho positivo tendrá que armonizarse con el derecho natural en materia migratoria, avanzando en un reconocimiento de la realidad humana y, al mismo tiempo, protegiendo una actividad inherente al ser humano como lo es la migración.

En el actual marco imperante encontramos que mientras los países han atendido al derecho positivo y en virtud de ello es que establecen políticas migratorias que transgreden, incluso, el derecho a la vida y a la integridad corporal de los migrantes reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos como normas de *ius cogens*; existen derechos humanos específicos de los migrantes y que los países están obligados a cumplir *so pena* de incurrir en responsabilidad internacional al ir en contra de varios tratados como los que aquí se han citado, al no realizar todos los actos tendientes a proteger estos derechos.

Es verdad que un país tiene el derecho de decidir el manejo de su política fronteriza, pero este derecho no es absoluto y ninguna de sus actividades puede

⁴⁵ Véase ICJ, "Separate Opinion of Judge Weeramantry en Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v. Yugoslavia)", Judgement of 11 July 1996.

⁴⁶ Véase European Court of Human Rights, "Case of Soering vs The United Kingdom", A161, 7 of July 1989, párrafo 88.

fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (derecho natural).⁴⁷ Los países siempre estarán obligados a respetar ciertos derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción, sin importar su nacionalidad ni condición migratoria. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este tipo de deberes implica la adopción de medidas en dos vertientes, por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías reconocidas y, por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁴⁸ En este sentido, la Corte Interamericana ha mencionado que “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado constituye una violación y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”.⁴⁹

En 2000, la CIDH estableció importante jurisprudencia en la protección de los derechos humanos de los migrantes en el caso de un grupo de haitianos cuya deportación de República Dominicana era inminente. Dichos trabajadores migrantes trabajan en campos de caña y viven en condiciones laborales y de vida adversas. La Corte resolvió a favor de su protección,⁵⁰ ordenando a República Dominicana que se abstuviera de realizar la deportación, y fue más allá requiriendo el permiso para que personas que ya habían sido deportadas pudieran regresar, además de solicitar información para ubicar a personas desaparecidas y que colaboraran para llevar a cabo determinadas reunificaciones familiares.

En este mismo caso la CIDH reconoció que la política migratoria de cada Estado es decisión soberana de éste; sin embargo, tiene límites. La política debe garantizar para cada caso una decisión individual con las garantías del debido proceso, debe respetar el derecho a la vida y a la integridad física, y la ejecución de dicha política no puede resultar en tratos crueles y degradantes, ni en discriminaciones por razones de raza, color, religión, etc.⁵¹

⁴⁷ Véase CIDH, Caso Durand y Ugarte, Serie C, núm. 68, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 69, Corte IDH, Caso Neira alegría y otros, Serie c, núm. 20, Sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 75 y Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C, núm. 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 154 y 165.

⁴⁸ Véase CIDH, Caso Cantoral Benavides, Serie C, núm. 69, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 178.

⁴⁹ CIDH, Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párrafo 50.

⁵⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitianos en la República Dominicana. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República Dominicana.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 11.

El juez A. A. Cançado Trindade, entonces presidente de la CIDH, señaló, en su voto concurrente del caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana que la cuestión del desarraigo y de la inmigración debe ser tratada no a la luz de la soberanía estatal, sino más bien como una cuestión de dimensión verdaderamente global, teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección. A su vez, señala que el Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración.⁵²

Por su parte, la Relatoría Especial de la ONU “llamó la atención del Gobierno sobre la vulnerabilidad de estos trabajadores, que se extiende a sus familias”.⁵³

Con todo esto se favoreció la protección de los derechos humanos de los migrantes sobre el derecho o no a migrar. Hoy en día, y en especial para países como México, que reúnen todas las formas posibles de la migración, se hace necesario reflexionar sobre este fenómeno a la luz de los derechos humanos, mientras que éstos sigan padeciendo la dicotomía de, por un lado, desconocer un derecho internacional a migrar y, por otro, incorporar todo un catálogo de derechos específicos para las personas que realizan esta actividad (los migrantes).

En el centro de la discusión se encuentra el dilema que confronta a la migración consigo misma: proteger los derechos humanos de los migrantes, cuando la actividad que realizan (migrar) incluso es considerada por algunos países como un delito, que persiguen con todo el peso de su ley. Esta situación termina tolerándose, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos mismos supeditan la materia migratoria a las disposiciones de las leyes internas de cada país, privilegiando el derecho interno sobre el derecho internacional.

Fuentes consultadas

Herrera Carassou, Roberto, *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

Kosinski, Leslek y Mansell R. Prothero, “The Study of Migration” en *People On The Move*, Methuen, Londres, 1975.

Ojeda Paullada, Pedro, *Comentario sobre “derechos humanos y migración”*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/15.pdf>

Preciado Coronado, Felipe de Jesús, *Derechos humanos y migración*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/14.pdf>

⁵² Véase Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, *ibidem*, párrafos 11 y 12.

⁵³ *Segundo informe de la relatora especial de las Naciones Unidas para Migrantes*.

- Sepúlveda, César, “La internacionalización de los derechos del hombre: expansión y movimiento, algunos obstáculos para su progreso actual” en *PROA*, año VIII, núm. 16, México, primavera 1988.
- CIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
- CIDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000*, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- CIDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000*, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf
- CIDH, *Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C, No. 67*, disponible en www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es
- CIDH, *Caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999*, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf
- CIDH, *Voto Concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999*, disponible en www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es
- CIDH, *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf
- Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, disponible en www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- European Court of Human Rights, *Soering v. United Kingdom, 7 July 1989*, disponible en www.law.kuleuven.be/iir/nl/activiteiten/documentatie/OldActivities/DeathPenalty/Soering.pdf
- ICJ, *Dissenting Opinion of Judge Tanaka*, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf
- ICJ, *Dissenting Opinion of Judge Weeramatry*, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf
- ICJ, *Separate Opinion of Judge Weeramatry*, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/91/7361.pdf
- Instituto de España, “La Asamblea del Parlamento Europeo se pronuncia contra el aborto y aprueba la Declaración de los Derechos del Niño No Nacido” en *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, tomo xcvii, 1980.
- OACDH, “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos

- los trabajadores migratorios y de sus familiares” en *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, vol. I (segunda parte), Ginebra, 2002.
- OACDH, *Derechos humanos de los migrantes. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44*. Revisada en noviembre de 2015 en: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=9&t=11
- OACDH, *Los migrantes y los derechos humanos. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/16*. Revisada en noviembre de 2015 en: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11
- OEA, *Plan de Acción. Quebec-2001. Para fortalecer la democracia, crear la prosperidad y desarrollar el potencial humano*, disponible en www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/CumbreAmericasQuebec_PlanAccion.pdf
- ONU, *Derechos humanos de los migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000*, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/100/39/PDF/G0010039.pdf?OpenElement>
- ONU, *Grupos específicos e individuos trabajadores migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2001*, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/101/23/PDF/G0110123.pdf?OpenElement>
- ONU, “Declaración y Programa de Acción de Viena” en *Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993*, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>
- ONU, *Los instrumentos universales de los derechos humanos* disponible en www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx