

crecido fuertemente durante las últimas cuatro décadas. En 1965 eran 75 millones de personas las que eran cubiertas por esa noción, aumentaron a 84 millones en 1975 y a 105 en 1985. En el año 1990 se consideraba que había 120 millones de migrantes internacionales y ese es el último número proporcionado. Pero al examinarse los datos de la inmigración en algunos países seleccionados, se percibe que la migración internacional continuó con el mismo ritmo de crecimiento durante la última década del siglo XX. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) había recibido el informe de que en el año 2000 existían 150 millones de migrantes internacionales de largo término.

Entre 1965 y 1975 el crecimiento de la migración internacional (1.16% anual) fue inferior al crecimiento poblacional (2.04% anual), pero, cuando el crecimiento poblacional mundial comenzó a disminuir en la década de los 80s, la migración internacional continuó aumentando de manera significativa. Durante el período que va de 1985 a 1990 la población global aumentó cerca de 1.7% por año, en tanto la migración internacional creció en un 2.6 por ciento.

En este cuadro general es fundamental resaltar los movimientos poblacionales debidos a necesidades más o menos apremiantes: puede tratarse –como ya se ha dicho– de situaciones de guerra, de persecuciones contra individuos causadas por ideas políticas, por motivos de raza, religión o nacionalidad (es el caso de los refugiados), pero también los movimientos poblacionales pueden deberse a razones económicas imperiosas (migrantes económicos), o simplemente a desastres naturales. La población en movimiento puede o no abandonar el país de origen (si no lo hace se trata de personas desplazadas en el interior de los países), puede o no abandonar el propio continente, puede o no ser víctima del tráfico internacional de personas que realiza su criminal actividad con fines que pueden ser o no de explotación sexual. En todo caso existe en estos fenómenos un denominador común: es claro que estas personas no son turistas.

Algunas cifras: el ACNUR informa que, a fines del año 2002, eran 20.5 millones de personas las que se encontraban bajo su mandato, de las cuales 10.4 millones estaban representadas por refugiados. Ese número de 20.5 millones implica una disminución del 5.7 por ciento con relación al final del año 2000 (pero un aumento del 3.9 por ciento respecto del final de 2001). De los 10.4 millones de refugiados es Asia el continente que alberga el mayor número de ellos (4.2 millones); a continuación viene África (3.3 millones), en tanto Europa y Norte América han recibido 2.7 millones de refugiados.

Asia disminuyó en un 27 por ciento el número de refugiados que tenía entre finales de 2001 y del 2002, en tanto que, debido a la situación prevalente básicamente

en Colombia, América Latina y el Caribe han experimentado el mayor aumento relativo de población de la cual se ocupa el Organismo: se pasó de 765,000 personas a 1,050,300, es decir que aumentó 36 por ciento⁷.

Las personas desplazadas en el interior de los países, principalmente a causa de la guerra, suman más de 25 millones de personas y el número de aquellas personas que son víctimas del tráfico de seres humanos es igualmente alarmante: cerca de un millón cada año. Actualmente, de acuerdo al informe publicado por el Departamento de los Estados Unidos de Norteamérica, más de 8 millones de menores en el mundo son víctimas de los traficantes de menores. El tráfico de personas con fines de comercio sexual y de trabajo forzado de tipo esclavista parece producir una ganancia anual que fluctúa entre los 7 y los 10 billones de dólares anuales.⁸

II. IMPORTANCIA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL TEMA DE LAS MIGRACIONES

El tema –la realidad– de las migraciones constituye uno de los capítulos más importantes del Derecho Internacional de nuestros días. Esto por varias y diversas razones:

- 1) Ante todo porque tal tema se encuentra en los orígenes mismos del Derecho Internacional. Como se sabe, uno de los fundadores del mismo es Francisco de Vitoria OP (1483-1546), autor de trece diferentes Relecciones, en las cuales el pensador trata de temáticas que en su época eran fuente de gran discusión. En dos de ellas se establecen las bases del naciente Derecho Internacional: la Relección “de Indiis prior” (o “De Indis recenter inventur”) y aquella otra “De Indis posterior” (o “De iure belli”): en la primera, Vitoria analiza los títulos legítimos que los conquistadores podrían haber dado para justificar la conquista de los territorios americanos por ellos descubiertos; en la segunda se analiza lo relativo a la guerra, aplicación práctica de los títulos previamente analizados. Ambas Relecciones fueron pronunciadas en la Universidad de Salamanca en el año de 1539.

Pues bien, al estudiar la legitimidad de la conquista americana en la Relección “De Indis”, Francisco de Vitoria estructura su argumentación partiendo de un texto del Evangelio de San Mateo –en el cual se transcriben las palabras de Jesús al despedirse de sus apóstoles en el momento de la ascensión: “Id y enseñad a todas las naciones, bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo”– y de otro de la Suma Teológica de Sto. Tomás de Aquino, en

el cual éste se pregunta “Si es lícito bautizar a los hijos de los infieles contra la voluntad de sus padres”.

Es con ocasión de esta interrogante que Vitoria examina la cuestión del derecho que los españoles hubiesen podido tener a la posesión de las tierras recientemente descubiertas en el nuevo continente.

El desarrollo de la doctrina de Vitoria se estructura en tres partes: en la primera se pregunta si los indios eran verdaderos dueños y señores de sus posesiones antes de la aparición de los españoles. En caso negativo, tales posesiones representaban un caso de *res nullius*. En caso positivo, lo que permite continuar la investigación, se deben examinar los títulos ilegítimos de conquista y posteriormente aquellos títulos que son legítimos, lo que representa la segunda y tercera parte de la exposición.

Al presente nos interesan únicamente los últimos, es decir, los títulos legítimos que podrán justificar la presencia de los españoles en tierras americanas y de ellos sólo el primero, pues es el que se refiere a nuestro tema: el derecho natural de sociedad y comunicación (*ius naturalis societatis et communicationis*), por el cual los españoles habrían podido llegar a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales, a condición, sin embargo, de que todo esto fuese sin daño alguno de los nativos: *sino aliquo tamen nocumento barbarorum*.⁹

Tal es el fundamento de la libertad de movimiento, de la libertad de circulación, de la libertad de los mares y de la libertad de comercio, libertad que el hombre tiene “para dirigirse y recorrer las regiones que quisiere”.

Es el derecho que tiene una persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de manera que “la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan”.¹⁰

Hasta aquí el pensamiento de Vitoria, “que dio de lleno en el blanco al postular este derecho [de sociedad natural y comunicación] como la razón y fundamento del nuevo derecho de gentes”.¹¹ Modalidades y precisiones de este derecho fundamental sólo aparecerán en épocas y con pensadores posteriores.

Mas lo cierto es que el Derecho Internacional nace con esta afirmación que establece el derecho que tiene todo ser humano a emigrar, a trasladarse a las diversas regiones del orbe, a salir de su país y a regresar a él, a comerciar con los otros hombres: *Ius peregrinandi, degendi et negotiandi*.

2) El derecho a emigrar, el *ius peregrinandi*, el derecho de libre circulación, se encuentra consagrado en

diversos instrumentos internacionales no convencionales y convencionales producidos durante el siglo XX. Aparece lógicamente en el conjunto de los derechos humanos fundamentales.

Son interesantes en especial dos instrumentos, uno universal y otro regional:

Ante todo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 13 se compone de dos párrafos.

Artículo 13.1 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.

Derecho de la persona a permanecer, a circular, a salir y a regresar a su país.

Es interesante observar que este artículo es seguido por aquel otro que establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país”.

El segundo texto positivo, éste de carácter regional, es aquél del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José. Permite comprender que el continente americano es digno heredero del pensamiento de Francisco de Vitoria. Ya el título del artículo es esclarecedor: “Derecho de Circulación y de Residencia”. Se compone de nueve apartados, importantes tanto para el Derecho de Circulación (Migración) como para el Derecho de Refugiados. Vale la pena transcribirlo en su integridad.

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 en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o 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 pueden asimismo ser restringidos 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.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada estado o los convenios internacionales.
 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.
3. El Derecho Internacional contemporáneo ha procurado dar respuesta, a nivel internacional, al complejo fenómeno de las migraciones forzadas. Indiquemos algunas de las vías tomadas:

- Al hablar de los refugiados ya nos hemos referido a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al Protocolo de 1967. Vale la pena recordar el desarrollo habido en América Latina gracias a la Declaración de Cartagena de 1984, la cual se inspiró en la Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) relativa a la situación específica de los refugiados en ese continente.

- El tema de los migrantes económicos es tratado por la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. Adoptada esta Convención en Diciembre de 1990, entró en vigor el pasado 1 de Julio de 2003 y ha sido ratificada por 21 países: Azerbaijón, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, México, Marruecos, Filipinas, Senegal, Sycheles, Sri Lanka, Tajikistán, Uganda y Uruguay.

Esta Convención crea un Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares compuesto por 10 expertos sirviendo en su capacidad personal (Art. 72) y los Países Partes deben presentar informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adaptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención (Art. 73).

El principio básico sobre el cual descansa la protección de los trabajadores migrantes debe ser aquel de la no-discriminación. Con ello, en la Parte III de la

Convención, se mencionan los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, derechos que se derivan de su ser personal y que son independientes de su permanencia legal o ilegal en el país.

El artículo 8 establece el derecho de libre circulación y residencia. Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares son también el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes, a no ser sometido a esclavitud, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión, a la no injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, a no ser privado arbitrariamente de sus bienes, a la libertad y seguridad personales, a ser tratado conforme a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural, al libre acceso a tribunales y cortes de justicia, a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva, a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país, etc.

La parte IV trata de otros derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares que estén documentados o en situación regular.

La parte V establece disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migrantes y de sus familiares. Así se trata de los trabajadores fronterizos, de temporada, itinerantes, de los trabajadores vinculados a un proyecto, por cuenta propia, etc.

Una función importante de esta Convención es crear para los Estados Partes la obligación de establecer políticas relativas a la migración, el intercambio de información con otros Estados Partes y la disposición para informar a empleadores, trabajadores y sus organizaciones acerca de las políticas, leyes y regulaciones sobre la materia migratoria.

No debe olvidarse que las Naciones Unidas han nombrado también una Relatora sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, actualmente la Sra. Gabriela Rodríguez.

- Para remediar el flagelo representado por el tráfico de seres humanos, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos adoptó en 2002 los Principios y Guías de Acción con relación a los Derechos Humanos y al Tráfico de Seres Humanos.

Son dos las ideas principales que estructuran estos Principios y Guías:

- a) la afirmación que los derechos humanos de las víctimas del tráfico de seres humanos deben ser el centro de todos los esfuerzos de prevención y lucha contra ese hecho, al igual que del esfuerzo por proteger, asistir y ayudar a recuperarse a las víctimas;

- b) los Estados tienen la obligación conforme al Derecho Internacional de actuar con debida diligencia para prevenir el tráfico de seres humanos, investigar y perseguir a los traficantes y asistir a las víctimas.

De este modo son cuatro los Principios que fundan esta materia:

- 1) la primacía de los derechos humanos;
- 2) la responsabilidad de los Estados de prevenir el tráfico y de castigarlo;
- 3) la protección y asistencia a las víctimas;
- 4) la criminalización y castigo de los traficantes.

Y con ello el Documento establece 11 Líneas de Acción:

1. Promoción y protección de los derechos humanos;
2. Identificación de personas sujetas al tráfico y de traficantes;
3. Investigación, análisis, evaluación y diseminación del contenido del problema;
4. Adopción de un marco legal adecuado a las acciones que combatan el tráfico;
5. Ejecución de disposiciones legales;
6. Protección y apoyo a las víctimas;
7. Prevención del tráfico;
8. Medidas especiales para la protección y apoyo de niños víctimas del tráfico;
9. Acceso a soluciones;
10. Obligaciones de las fuerzas de paz, la policía civil, el personal humanitario y diplomático;
11. Cooperación y coordinación entre Estados y regiones.

Además de estos Principios y Guías de Acción, las Naciones Unidas han adoptado la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional que entró en vigor el pasado mes de Septiembre y que ha recibido la firma de 147 Estados y la ratificación de 53. Esta Convención ha sido complementada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, Protocolo llamado de Palermo que viene a subsanar una laguna del Derecho Internacional, ya que “no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas.”¹² Este Protocolo de Palermo entró en vigor en diciembre de 2003.¹³

El Protocolo define la trata de personas como “la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza

u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”¹⁴ Este mismo Artículo define al niño como “toda persona menor de 18 años”.

El Protocolo da normas (Parte II) para la protección de las víctimas de la trata de personas y establece (Parte III) medidas de prevención, cooperación y otras medidas. El Artículo 14, que aparece en la IV Parte que contiene las “Disposiciones Finales”, es una “Cláusula de salvaguardia” que sirve para preservar el derecho a solicitar asilo y los derechos de los refugiados, al igual que recuerda el principio de *non-refoulement* consagrado en la Convención de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

En Europa, por otra parte, el 24 de Julio de 2003, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) adoptó el Plan de Acción para Combatir el Tráfico de Seres Humanos.

- Respecto de las personas desplazadas en el interior de los países a causa de la violencia, el Secretario General de las Naciones Unidas decidió nombrar un representante sobre esta materia, el Sr. Francis Deng, quien elaboró una serie de principios que deben ser observados en este supuesto.

Estos principios son importantes debido a que el ACNUR carece de un mandato específico al respecto, aunque puede recibir de la Asamblea General de las Naciones Unidas o de su Secretario General el mandato para trabajar en situaciones específicas, como ha sucedido en Angola, Irak, Colombia, etc.

El gran problema representado por las personas desplazadas en el interior de los países a causa de la violencia se explica por el hecho de que no existe ninguna agencia del sistema, o fuera de él, que tenga como mandato específico esta situación, de donde son diversas las agencias que participan en esta tarea, agencias como el propio ACNUR, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), el PNUD, Unicef, el Banco Mundial, etc.

4. El *ius peregrinandi* ha estado también presente en las estructuras internacionales creadas por el Derecho Internacional para supervisar y hacer efectivos los Derechos Humanos reconocidos a nivel universal y regional. Como es comprensible en este aspecto lo más importante se refiere a lo

producido para limitar y tratar de acabar con las migraciones masivas de carácter forzado.

Nos interesa aquello que ha sido hecho en el sistema americano a través de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambas instancias han sido muy activas en la materia objeto de nuestra investigación.

Durante un Seminario realizado sobre el tema de la Migración Internacional de las Américas en el mes de Septiembre del año 2000, el Señor Helio Bicudo, entonces Presidente de la Comisión Interamericana, señalaba que, “en nuestra perspectiva, la principal causa del constante flujo migratorio en nuestro hemisferio se debe a la pobreza y exclusión del desarrollo económico en que se encuentran sumergidos amplios sectores de nuestra sociedad. Es, además, una de las consecuencias, que el propio Banco Mundial ha reconocido, de la práctica neoliberal y de la globalización de la economía.”¹⁵ Y añadía: “No solamente factores económicos han incidido en el movimiento masivo de personas en nuestro hemisferio, las guerras civiles y persecuciones por factores políticos que han afectado a amplios sectores de nuestra sociedad han contribuido a esto, además de los desastres por causas naturales. En este campo, el problema migratorio roza con un cuerpo de doctrina y obligaciones estatales bien establecido en el Derecho Internacional como es el derecho de los refugiados y del asilo.”¹⁶

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación a situaciones o casos que envuelven personas migrantes. Algunos son:

- El pronunciamiento en el caso Riebe y otros versus México, que se refiere a la expulsión de sacerdotes no mexicanos y que se encontraban en Chiapas.
- El pronunciamiento en el caso de los haitianos en tránsito a Estados Unidos durante la dictadura de Raoul Cedras.
- Conocimiento del caso de los Marielitos.
- Visita in loco a Texas y California.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas que buscan asilo en Canadá.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana.
- Otorgamiento de medidas cautelares para el caso de personas de origen haitiano que residen en República Dominicana. Al ser rechazada la petición de la medida cautelar que buscaba detener “las expulsiones masivas”, la Comisión solicitó a la Corte

Interamericana la adopción de medidas provisionales a la cual nos vamos a referir más adelante.

Y con esto, podemos pasar a analizar la obra realizada por la Corte Interamericana en relación al *ius peregrinandi*, cuerpo de decisiones de gran importancia en el Derecho Internacional Americano y que ha tenido como objeto el fijar posiciones con relación a la violación de aspectos específicos del derecho citado, lo que ha permitido a la Corte Interamericana referirse a la materia en general.

Ante todo, citemos las medidas provisionales dictadas ante la eminente deportación masiva de migrantes haitianos que se hallaban en la República Dominicana. Diversas resoluciones fueron tomadas por la Corte Interamericana a partir del 18 de Agosto del año 2000 y que han servido para dar protección efectiva a personas amenazadas de eminente deportación.

Como ya dijimos, esta resolución de la Corte Interamericana fue solicitada por la Comisión Interamericana ante el fenómeno de expulsiones efectuadas “mediante redadas colectivas, sin procedimiento legal que permita identificar adecuadamente la nacionalidad de los expulsados, ni su estatuto migratorio, ni sus vínculos familiares; simplemente, son separados de sus hogares, sin previo aviso, sin permitirles llevar sus pertenencias. Las autoridades migratorias seleccionan a las personas a ser deportadas por el color de su piel.”¹⁷

La Corte Interamericana decretó la protección de las personas que corrían el riesgo de ser deportadas y ordenó a la República Dominicana que se abstuviera de deportarlas o expulsarlas, requirió el permiso para que otras personas –ya expulsadas; pudiesen retornar; requirió la colaboración de la República Dominicana para obtener información en torno a otras personas desaparecidas y la realización de determinadas reunificaciones familiares. Pidió también la Corte Interamericana ser informada acerca de los miembros de las comunidad “bateyes” que podían ser expulsados y la efectiva protección de las personas que habían actuado como testigos durante el proceso.

La resolución está acompañada de un importantísimo voto concurrente del Presidente de la Corte Interamericana, el juez Antônio A. Cançado Trindade, en el cual señala que el problema tratado en la resolución “es uno de los grandes desafíos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al inicio del siglo XXI”¹⁸, que revela el fenómeno del desarraigo, el cual es causado por la expulsión e “involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, (...) tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días.”¹⁹

Para erradicar la exclusión social y la pobreza extrema –continúa el juez Cançado Trindade–, se requieren nuevas formas de protección, las que deben tener presente que el principio de “no-devolución” (*non-refoulement*), piedra angular de la protección de los refugiados, es un principio que “puede invocarse, inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos.”²⁰ El tema requiere recordar y resaltar la indivisibilidad de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Con extrema claridad, el Presidente de la Corte Interamericana señala que el derecho a la libertad de movimiento tiene como corolario el derecho a emigrar. “Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre”²¹ y, por ello, “en lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes ilegales.”²²

Las normas jurídicas implican valores que las explican, “pero [en materia migratoria] faltan el reconocimiento de los valores y la voluntad de aplicarlos.”²³

Todo esto es manifestación de una “conciencia jurídica universal”, todavía no suficientemente despierta, que advierte que, en el mundo internacional, existen otros sujetos que tienen responsabilidad, además de los Estados. Gracias a esta “conciencia jurídica universal”, el Derecho Internacional se convierte hoy día en “un nuevo *corpus iuris* de libertación del ser humano.”²⁴

El voto citado termina con una declaración que merece ser destacada: “Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI urge, en definitiva, situar al ser humano en el lugar que le corresponde, a saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (...) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales.”²⁵

Pero, además de las medidas provisionales decretadas en el caso mencionado, la Corte Interamericana se ha pronunciado en dos Opiniones Consultivas en torno a la materia migratoria. Ambas fueron solicitadas por México: la primera lleva por fecha el 1 de Octubre de 1999; la segunda es de fecha muy reciente, pues es del 17 de Septiembre de 2003.

La primera versa sobre el derecho a la información relativa a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

Esta Opinión Consultiva fue solicitada por México con relación a las garantías judiciales mínimas y al debido proceso legal en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho fundamental a comunicarse y solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado del cual son nacionales.

Es fácil notar que esta petición de Opinión Consultiva se debió a la situación de muchos mexicanos acusados en los Estados Unidos, que corren el riesgo de ser penalizados con la pena de muerte, y a quienes no se les hace saber de su derecho a ser defendidos por las autoridades consulares de su país.

La Opinión Consultiva, compleja y brillante, establece con claridad el derecho básico del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular. El Estado receptor tiene, entre los deberes correlativos a este derecho, aquel de informar al detenido sobre los derechos que le son debidos. Esta información debe proporcionarse en el momento de privarlo de la libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

La Opinión Consultiva (OC-16) declara que al no observarse este derecho a la información del detenido extranjero, se afectan las garantías del proceso legal y, por ende, la imposición de la pena de muerte representa una violación del derecho a no ser privado “arbitrariamente” de la vida, en los términos de diversos tratados sobre derechos humanos.

Al solicitar México la OC-16, no plantea la interrogante acerca del sentido de algunos artículos de la Convención Americana, porque Estados Unidos no es Parte de la misma, pero la Corte se refiere –como lo ha solicitado México– a disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Carta de la OEA, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La resolución de la Corte permite a su Presidente, el mismo juez Antônio A. Cançado Trindade, formular un voto concurrente que representa una pieza fundamental del Derecho Internacional relativo al Derecho de los Migrantes.

El juez Cançado Trindade se refiere en su voto a la evolución del Derecho, permitida por nuevas necesidades de protección, pues “las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos.”²⁶ En efecto, la ciencia jurídica contemporánea establece que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas acompañan la evolución del

tiempo, no siendo independientes de éste. La aportación en este sentido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental: “los tratados sobre derechos humanos son, efectivamente, instrumentos nuevos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos.”²⁷

Gracias a esta evolución, el día de hoy se reconoce la primacía y centralidad de la persona humana en las reflexiones y disposiciones jurídicas. Esto contra el autoritarismo estatal propiciado por la época del positivismo jurídico. “Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del Derecho Internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho universal, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno.”²⁸

Gracias a esto es necesario reconocer que “la acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales sino proteger las ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo lacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones “de iure”, especialmente frente a los migrantes [económicos], en un mundo “globalizado” en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferente de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar.”²⁹

- Pasamos así a la segunda Opinión Consultiva, de fecha muy reciente³⁰, de enorme trascendencia en el Derecho de los Migrantes, y que se refiere a la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. También fue solicitada por México debido a la preocupación de que “los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben haber garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivos de estos derechos.”³¹

México se refiere en su petición a diversos artículos de la Carta de la OEA, de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El procedimiento realizado por la Corte fue minucioso y contó con muchas y diversas intervenciones. Inclusive se recibieron los argumentos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, instituciones y organizaciones no gubernamentales. Es de notar que el mismo ACNUR estuvo presente entre estos últimos.

La Corte Interamericana, en su decisión, “determina que todo lo que se señala (...) se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan ratificado la Convención Americana o algunos de sus protocolos facultativos.”³²

Se debe observar que esta OC-18 establece un “Glosario”³³ que sirve para fijar el significado de los términos empleados. Y es la misma Corte la que presenta los puntos más importantes de esta Opinión Consultiva:

- 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 prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

- El incumplimiento por el Estado, 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 salvaguarda 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*.

- El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

- La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el *status* 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 migrante, independientemente de su *status* migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y a 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. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, 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 de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador- trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

- Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumple en la práctica.

- 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 éstas, incluidas las de carácter migratorio.³⁴

III. ALGUNAS NOTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES

- El Derecho Internacional de los Migrantes es uno de los capítulos de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por ello no llama la atención que diversas nociones del mismo deban

ser recordadas cuando se habla de los migrantes, en especial de los movimientos forzados migratorios.

Uno de los aspectos más importantes de los derechos humanos es el recordado por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”³⁵

- Todos los migrantes son seres humanos, afirmación que parece repetitiva pero que no lo es, y por ello poseen un conjunto de derechos humanos fundamentales, universales e irrenunciables. Estos derechos humanos básicos son expresión de su dignidad personal y los Estados no los conceden graciosamente sino los reconocen y les deben protección.

Este punto es de especial importancia en el caso de las personas que son parte de movimientos migratorios forzados.

- El tema de las migraciones está fundado en el principio de la libertad de circulación y residencia. Pero este principio debe conjugarse con otros dos de igual importancia: el principio del destino universal de los bienes creados y aquel otro relativo a la importancia prioritaria que debe tener el bien común en cualquier sociedad.

Estas tres realidades deben ser tomadas en consideración por la autoridad política para que, de una manera justa y prudente (lo que también no deja de ser repetitivo), establezca una política migratoria que debe ser respuesta justa a una situación histórica concreta.

Al hablar del bien común no se debe olvidar que éste representa un término análogo, que debe encontrar realización en la sociedad política constituida como Estado, al igual que en la sociedad internacional. Lo ideal –como lo postuló la Encíclica *Pacem in Terris* hace cuarenta años³⁶– resulta la existencia de una autoridad mundial que decida en este tipo de materias, sabiendo que los diferentes Estados deben estar animados en la realidad concreta por una voluntad eficaz de cooperación y solidaridad, en el respeto de la independencia de los otros Estados y en una necesaria subsidiaridad.

- El día de hoy el Derecho Internacional debe tomar en consideración que existen cuestiones que

conciernen a la comunidad humana en su integridad y que por ello requieren ser abordadas y resueltas a través de una acción internacional debidamente coordinada. Algunos ejemplos de estas cuestiones de universal interés son aquellas de la promoción de la paz y del desarrollo, los derechos humanos y la solución de los conflictos armados, la protección de los migrantes, de los refugiados y de las minorías étnicas, la salvaguarda del medio ambiente, la batalla contra enfermedades terribles, la lucha contra los traficantes de seres humanos, de droga, de armas y contra la corrupción política y económica.

- Todo ello debe constituir una apremiante llamada para explorar, como lo ha recordado el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la naturaleza y función de la conciencia jurídica universal, que es el órgano descubridor de aquellos valores “materiales” que fundan el mismo Derecho Internacional.

Entre estos valores ocupa lugar privilegiado la persona humana y los derechos inalienables que son expresión de su dignidad. De este modo el derecho, arte y ciencia de lo justo, y en especial el Derecho Internacional, debe tener como centro de apoyo y realización práctica la protección del ser humano y de sus derechos fundamentales.

- El Derecho, en particular el Derecho Internacional, es evolutivo. Si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe hacer frente a aquellos problemas concretos planteados por la realidad histórica y que requieren ser resueltos conforme a la justicia, es necesario constar que tales problemas están permeados por el carácter temporal y evolutivo propios de la persona humana.

Al hablar de la protección de los derechos humanos en el Derecho Internacional, aparece con claridad que los sujetos de tal desarrollo jurídico no son sólo los Estados: existen otros actores. Entre ellos los mismos seres humanos concretos y que aparecen en tal relación jurídica. Y al Derecho Internacional corresponde tratar a los desiguales como desiguales, lo que se presenta cuando los sujetos de tal relación son, por una parte, los Estados y, por otra, el ser humano individual.

- En el caso de las personas envueltas en movimientos migratorios forzados se debe insistir en la importancia que posee el principio de *non-refoulement* (sobre todo en el caso de los refugiados), al igual que el principio de no-discriminación (sobre todo en el caso de los migrantes económicos).

La Corte Interamericana ha destacado el hecho de que estos principios forman parte del Derecho Internacional General que gozan del carácter de *jus cogens* y obligan por ello a todos los Estados, independientemente de que un Estado sea o no parte de determinado tratado internacional. Por ello estos principios, de naturaleza imperativa, generan obligaciones *erga omnes* de protección que valen para todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

La observancia de los derechos humanos debe realizarse en cualquier lugar y sin que interese el estatuto migratorio de las personas. En el caso de las víctimas de tráfico de personas humanas, como en aquel de los migrantes económicos indocumentados, esta afirmación reviste particular importancia.

En aplicación concreta del carácter indivisible de los Derechos Humanos, es necesario afirmar que una persona no puede ser privada de sus derechos de naturaleza laboral por el hecho de encontrarse indocumentada. El principio de igualdad y de no-discriminación vale especialmente en esta situación.³⁷

- Es interesante observar que el día de hoy los planes integrativos políticos regionales tienen principios muy opuestos.

En el continente europeo la integración política tiene como uno de sus principios básicos de realización aquel del libre movimiento de personas, además de aquel de los bienes, inversiones y servicios. Por este motivo, en el interior de la Unión Europea, se ha podido crear el llamado “Espacio Schenghen” que conduce a la eliminación de controles fronterizos entre los Estados miembros.³⁸

En el continente americano, por el contrario, la integración busca realizarse a través de la “libertad de mercados”, del libre movimiento de bienes, inversiones y servicios, pero excluyendo siempre y sistemáticamente a la persona humana, de donde la paradoja que la llamada “globalización” se convierte automáticamente en una realidad profundamente inhumana e injusta. Y las sociedades y seres humanos más pobres y vulnerables son víctimas de una “integración”, de una “globalización” que se construye con el sacrificio de los mismos.³⁹ Las fronteras entre los diferentes países del continente americano en lugar de desaparecer se refuerzan y revelan su carácter inhumano, de manera tal que, si hace poco más de una década desaparecía un vergonzoso muro que dividía a los países capitalistas de aquellos socialistas, el día de hoy un muro semejante se levanta entre los países ricos y aquellos pobres.⁴⁰

NOTAS

1. La Nación, 11 de febrero de 2001.
2. La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950 entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953.
3. Los Derechos de los Trabajadores Migrantes, folleto n. 24 publicado por el Centro de Derechos Humanos, Ginebra, pp. 3-4.
4. Op. Cit., p. 4.
5. Mensaje para la 89 Jornada Mundial de los Migrantes y Refugiados, Consejo Pontificio para los Migrantes e Itinerantes, Año 2003, n. 1.
6. Los datos que aparecen a continuación fueron transmitidos al ACNUR por la OIM para la elaboración de un Estudio sobre Migración y Asilo.
7. En los Anexos que se encuentran al final de esta ponencia aparecen el Número de Personas bajo el Mandato del ACNUR (por Categoría) al principio del año 2003 –Anexo I– y el Número de Personas bajo el Mandato del ACNUR durante los últimos tres años–Anexo II–.
8. En fechas recientes, una revista tan popular como el *National Geographic* ha dedicado un extenso artículo a esta bochornosa realidad. En la edición en español corresponde al mes de Septiembre de 2003 y en la portada aparece ya el título del reportaje: “Esclavos, 27 millones ocultos a plena vista”.
9. Relección de los Indios, De los títulos legítimos por los cuales pudieron venir los bárbaros a poder de los españoles, Primera Conclusión. Texto español de la BAC, versión del P. Teófilo Urdánoz, O. P., Madrid, 1960, reproducido en la Col. Sepan Cuantos, Porrúa, 1974.
10. Op. Cit., Primera Conclusión, Octavo Argumento.
11. Gómez Robledo, Antonio. Introducción a las Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra, Porrúa, México, 1974, p. 65.
12. Preámbulo
13. Es interesante observar que México es Estado Parte de ambos instrumentos convencionales.
14. Artículo 3.
15. Seminario organizado por el CEPAL y la OIM en San José, Costa Rica, del 4 al 6 de Septiembre del 2000.
16. Derechos Humanos y Migraciones a la Luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ponencia policopiada, p. 2.
17. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de Agosto de 2000, San José, Costa Rica. Medidas Provisionales Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, vistos, 2d.
18. Voto Concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, n.1.
19. Voto Concurrente, n. 6.
20. Voto Concurrente, n.5.
21. Voto Concurrente, n.8.
22. *Ibidem*. En este sentido se puede recordar la reflexión del Director General de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM): “La percepción de sistemas reguladores fuera de control fomenta contragolpes dirigidos a los migrantes y a la migración, y constituye una amenaza para los beneficios que puede aportar la migración planificada y ordenada a sociedades que, incluso hoy y en muchos casos, desean, necesitan y buscan migrantes. Empero, nada se resolverá si se aborda el problema y el contragolpe levantando barreras. Es necesario contar con estrategias mundiales y globales que reconozcan, en primer lugar, que la acción preventiva a tiempo es mil veces más preferible a la reacción de emergencia en situación de crisis”. Cit. por Lelio Mármora en su obra “Las Políticas de Migrantes Internacionales”, IOM/Alianza Editorial, Madrid-Buenos Aires, 1997, p. 50.
23. Voto Concurrente. n. 9.
24. Voto Concurrente, n. 11.
25. Voto Concurrente. n. 25.
26. Opinión Consultiva OC-16 del 1 de Octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, n. 5.
27. Voto Concurrente, n. 10.
28. Voto Concurrente, n. 14.
29. Voto Concurrente, n. 23.

30. Esta Opinión Consultiva, OC 18/03 es del 17 de Septiembre de 2003.
31. Opinión Consultiva, n. 2.
32. Opinión Consultiva, n. 60.
33. Opinión Consultiva, n. 69.
34. Opinión Consultiva, n. 173.
35. Declaración y Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, I parte, n.1.
36. En aquella memorable Encíclica de abril de 1963, Juan XXIII escribía: “Si se examinan con atención, por una parte, el contenido intrínseco del bien común y, por otro, la naturaleza y el ejercicio de la autoridad pública, todos habrán de reconocer que entre ambos existe una necesaria conexión. Porque el orden moral, de la misma manera que exige una autoridad pública para promover el bien común en la sociedad civil, así también requiere que dicha autoridad pueda lograrlo efectivamente.(...) Como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones, y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructura y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial, resulta, en consecuencia, que, por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general”. *Pacem in Terris*, pp. 136-137.
37. Al respecto la OC-18 señala en el número 159, que “en muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los

derechos laborales (...) Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, este último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador”.

38. Ha de recordarse que la extensión de la Unión Europea y del espacio Schenghen es asimétrica, pues existen Estados miembros de la Unión Europea que no forman parte del espacio Schenghen (Reino Unido e Irlanda) y otros que no son parte de la Unión Europea pero sí del espacio Schenghen (Noruega e Islandia).
39. Una situación análoga existe, a decir verdad, en la frontera que separa a los miembros de la Unión Europea de aquellos que no lo son.
40. A este respecto cabe recordar una acertada reflexión de Juan Pablo II: “No es posible vivir en una isla de abundancia rodeado por un océano de sufrimiento”. Juan Pablo II en el discurso dirigido a algunos líderes de partidos demo-cristianos el 23 de Noviembre de 1991.

ANEXO I
PERSONAS BAJO EL MANDATO DEL ACNUR-
POR CATEGORÍA
1 ENERO 2003

Región	Refugiados	Peticionantes de Asilo	Repatriados	IDPs y otros	Apatriados	Total
Asia	4,188,100	28,900	1,995,700	2,940,600	225,700	9,378,900
Africa	3,343,700	159,600	345,300	715,100	29,600	4,593,200
Europa	2,136,300	366,800	84,000	1,171,500	645,400	4,403,900
Norte América	615,100	446,100				1,061,200
América Latina y Caribe	41,100	9,100		950,000	50,100	1,050,300
Oceanía	65,400	3,900				69,200
TOTAL	10,389,700	1,014,400	2,425,000	5,777,200	950,800	20,556,700

ANEXO II
PERSONAS BAJO EL MANDATO DEL ACNUR

	1 Enero 2001	1 Enero 2002	1 Enero 2003
Asia	8 449 900	8 820 700	9 378 900
Africa	6 060 100	4 173 500	4 593 200
Europa	5 592 400	4 855 400	4 403 900
Norte-América	1 051 700	1 086 800	1 061 200
América Latina y Caribe	575 500	765 400	1 050 300
Oceanía	84 500	81 300	69 200
TOTAL	21 814 200	19 783 100	20 556 700