

DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

Dayra VERGARA VARGAS

SUMARIO: I. Soberanía y derechos humanos. II. Delitos vinculados a la migración. III. Invisibilidad de la vulneración de los derechos de los migrantes. IV. Necesidad de la titularidad de los derechos humanos de los migrantes. V. Políticas migratorias.

El punto de partida de la concepción de los derechos humanos como la conocemos actualmente la encontramos en la Edad Moderna. En Europa, es a partir del movimiento revolucionario francés y su posterior “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789, en donde se recogieron los principios y se establecieron las bases de la definición y el alcance de los derechos humanos.

En América del Norte en 1787 se aprobó la constitución de los Estados Unidos y se dejó pendiente el establecimiento del catálogo de derechos del hombre, ya que esa materia estaba regulada por cada confederación. Es en 1789 con la aprobación de las 10 primeras enmiendas, en donde se establece el catálogo de derechos y que constituyeron la Declaración de los Derechos del Hombre, lo que conocemos como “Bill of Rights”.

La cuestión de los derechos humanos era una tarea de competencia exclusiva de los estados y es hasta mediados del siglo XX, cuando surge la necesidad de implementar un proceso de “internacionalización” desde fuera de los estados con la finalidad de proteger los derechos humanos. Este proceso, sirvió de semilla para la construcción de lo que posteriormente se denominó derecho internacional de los derechos humanos como lo conocemos actualmente. “Cabe recordar que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como objetivo central establecer un régimen normativo e institucional obligatorio, que asegure la debida protección de la persona en el plano internacional, y garantizar

DAYRA VERGARA VARGAS

con ello el respeto de los valores considerados como comunes por el conjunto de Estados de la comunidad internacional”.¹

Con el fin de la Primera Guerra Mundial, se creó la Liga de las Naciones, mediante la firma del Tratado de Paz de 1919-1920. La finalidad de dicho organismo, era la promoción y trabajo conjunto de las Naciones para garantizar la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, el ambiente de tensión que se vivía en ese tiempo, derivado de las políticas agresivas de las potencias mundiales, imposibilitó la consolidación de ese organismo colectivo, que comulgara con dichas directrices. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, las principales potencias decidieron materializar la idea que se tuvo al crear a la citada Liga de las Naciones y crearon una organización con la finalidad de asegurar la paz de la Comunidad Internacional.

El 25 de junio de 1945, en San Francisco, se adoptó por unanimidad la Carta de las Naciones Unidas que dio vida a la Organización de las Naciones Unidas como una entidad supranacional cuya función era la de promover la cooperación, la paz y la seguridad internacionales. “La estructura organizacional creada en ese entonces, con la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Secretaría (con el secretario general en la cúspide) y la Corte Internacional de Justicia, permanecen sin modificaciones hasta hoy”.²

Después de un proceso de constante lucha en el que se consolidó el proyecto de creación de este nuevo ente supremo, surgió el primer antecedente formal que marcó el cambio de paradigma de la existencia de los derechos humanos y estableció los deberes de los Estados para la promoción y protección de los mismos, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, adoptada por la Asamblea General en París el 10 de diciembre de 1948.

En todo el mundo, el proceso de reconocimiento de los derechos humanos era inminente, en América Latina en 1945, en la Conferencia de los Estados Americanos sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, en Chapultepec, surgió la intención de preparar un proyecto en el que se establecieran los derechos y deberes internacionales del hombre. Pero

¹ Abellán Honorubia, Victoria, *Internacionalización del concepto y contenido de los derechos humanos*, citado por Ortíz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 1.

² Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 23.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

finalmente, fue en Bogotá en el año de 1948, donde se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³

A partir de estos hechos históricos, han existido innumerables teorías y conceptos distintos en torno al concepto que nos ocupa. Los propios tratados internacionales no contienen una definición precisa de derechos humanos, y únicamente se han limitado a enunciar un catálogo de derechos. Para efectos de este trabajo, entenderemos por derechos humanos “Aquellas facultades, atribuciones o exigencias fundamentales que el ser humano posee, declaradas, reconocidas o atribuidas por el orden jurídico y que, derivadas de la dignidad eminente que todo hombre tiene, constituyen hoy el presupuesto indispensable y necesario de cualquier organización o sistema político nacional y de la misma Comunidad Internacional”.⁴

Vale la pena señalar que en el camino de la construcción de los derechos humanos, también se han creado Tribunales Internacionales y Regionales con la finalidad de preservar y hacer valer los derechos humanos, como son: la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Sistema Africano de Derechos Humanos. Los anteriores, son algunos de los esfuerzos más tangibles que la comunidad Internacional ha implementado para lograr el respeto y la garantía de los derechos humanos; sin embargo, el camino es largo y aún queda mucho por hacer.

Por otro lado, también es importante mencionar que la idea de preservar los principios de respeto de los derechos humanos en el derecho internacional se ha elevado a norma *ius cogens*; es decir, aquellas normas del derecho consuetudinario internacional que en virtud de su significado trascendental, son inquebrantables. Al respecto, la Conven-

³ Después de la firma de la Declaración Americana, tuvieron que pasar treinta años para crear un mecanismo para vigilar que se cumplieran con los principios contenidos en la misma. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos surge en 1959, luego habría de venir la expedición, en noviembre de 1969, de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, que entraría en vigor hasta julio de 1978, al reunir once ratificaciones. La Convención se refiere a dos órganos para la protección de los derechos humanos en la región: la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como órgano especial de la OEA. La Corte tiene jurisdicción consultiva y contenciosa. Cienfuegos Salgado, David, “Apuntes para una historia de los derechos humanos (III), última parte”, *Lex, Difusión y Análisis*, tercera época, año VIII, febrero de 2005, p. 29.

⁴ Gros Espiell, Héctor, “Derechos humanos, derecho humanitario y derecho internacional de los refugiados”, *Anuario Mexicano de Relaciones Internacionales*, México, UNAM, 1982, p. 234.

DAYRA VERGARA VARGAS

ción de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala: “Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida 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”.⁵

Tuvieron que pasar muchos años y acontecimientos de mucha trascendencia que dejaron huella en el mundo entero, para que el estudio y el análisis de los derechos humanos cobraran importante fuerza y comenzaran a ser incluidos en las agendas de los Estados. En América Latina, en la década de los setenta muchos estados se encontraban sujetos a dictaduras militares, por lo que los golpes de estado generaron represión y violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Es a finales de los años ochenta y principios de los noventa cuando se originó un proceso democratizador y se adoptaron estructuras constitucionales en los Estados y, en consecuencia, la sociedad latinoamericana experimentó diversas y rápidas transformaciones por los cambios políticos y el establecimiento del llamado “nuevo orden mundial”,⁶ aunado al hecho de que los territorios fronterizos adquirieron una nueva dimensión, lo que influyó notablemente en el aumento de las corrientes migratorias, las personas comenzaron a migrar de manera “ilegal” en busca de mejores condiciones de vida, por lo que sin darse cuenta, se colocaron en notables condiciones de vulnerabilidad y se acrecentó la violación a sus derechos humanos.

Si bien la migración es un fenómeno que ha existido permanentemente en todas las naciones, en América Latina en los últimos años ha aumentado considerablemente. Es por ello que en el derecho internacional de los derechos humanos surgió la necesidad de regularlo.

A nivel internacional, se han ido construyendo precedentes que han permitido crear poco a poco un marco jurídico que garantice el respeto a los derechos humanos de los migrantes, sin embargo el camino es muy largo, tal como lo señala Loretta Ortiz Ahlf:

La condición jurídica de los migrantes indocumentados, establece la obligación de los Estados de garantizar de manera efectiva el goce y ejercicio de los derechos humanos a los nacionales y extranjeros independiente-

⁵ Artículo 53, segundo párrafo, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁶ Este término fue utilizado al final de la Segunda Guerra Mundial y se entiende generalmente como el nuevo periodo de la historia en el cual ha habido un cambio en las ideologías políticas y en el equilibrio de poderes y existe la necesidad de crear las Naciones Unidas, ante el fracaso de la Liga de Naciones.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

mente de su legal estancia en un país, en los términos de las normas internacionales en materia de derechos humanos. Dichas normas internacionales contemplan los derechos humanos necesarios no sólo para gozar el derecho a la vida y libertad, sino también para la subsistencia y supervivencia de la persona. Estos derechos no se fundan en la ciudadanía o en la nacionalidad y constituyen la base de las naciones modernas de la igualdad legal basadas en la dignidad de la persona humana.⁷

A nivel regional, la CoIDH ha realizado un importante trabajo y ha logrado emitir importantes precedentes en la materia, que si bien han sido originados con motivo de violaciones a derechos humanos en particular, como en el caso del derecho a la asistencia consular, han servido para nutrir el marco jurídico de los derechos humanos de los migrantes; sin embargo, estos avances no son suficientes ya que el trabajo de implementación y conocimiento del contenido y funcionamiento de los tratados y tribunales internacionales es una tarea difícil.

I. SOBERANÍA Y DERECHOS HUMANOS

El origen del término soberanía, lo encontramos en la Edad Media y se encuentra muy ligado a la construcción de la concepción del Estado moderno. Los reyes de Francia en la Edad Media iniciaron una lucha para combatir el Imperio y el papado, ya que la intención del Santo Imperio romano era extender su dominio a todos los Estados cristianos mediante la subordinación de los reyes y fedatarios.

En consecuencia, se fue formando la idea de independizarse, de este poder secular; “[...] aparece así como un arma forjada por la realeza para las necesidades de su lucha con el emperador, el papa y los señores, lucha de la cual es ella misma un producto directo”.⁸

Ante este panorama, se comienza a crear la separación de poder, por lo que se genera la necesidad de crear un signo distintivo que permita diferenciar el poder del Estado del de la Iglesia. Por ello, se generó la necesidad de crear una cualidad especial, una potestad superior a cualquier otra, que únicamente poseía este ente de nueva creación denominado Estado y que era su signo distintivo.

De manera progresiva, se fue alimentando esta nueva idea de Estado soberano en un doble sentido; primero por el poder social que personifi-

⁷ Ortiz Ahlf, Loretta, “Derechos humanos de los migrantes”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 35, 2005, p. 28.

⁸ Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, p. 85.

DAYRA VERGARA VARGAS

ca como ente colectivo y segundo porque ninguna sociedad podría subsistir sin un poder creado para garantizar su funcionamiento. Esta potestad recae únicamente en la personificación del denominado Estado y es su signo distintivo, por esta razón los integrantes del mismo son considerados como sus súbditos, es decir, cada uno de ellos está sometido a su mando. Es por ello, que la doctrina francesa, con la finalidad de precisar esta potestad la denominó: *soberanía*.

Con la creación de la Liga de las Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas, así como de la Primera y Segunda Guerra Mundial, la concepción de soberanía se fue atenuando y sus límites y validez fueron replanteados. Este concepto, muchas veces era identificado como una voluntad nacional que no guardaba dependencia con algún otro estado, es decir, la capacidad jurídica y real, de dirigir de forma definitiva y eficaz, así como de decidir sobre los asuntos de la nación, además de imponer una decisión a todos los habitantes del territorio. A partir de la segunda mitad del siglo XX ante la situación de guerra que se vivía en el mundo entero y derivado del avance de las relaciones internacionales y del reconocimiento internacional de los derechos humanos, la concepción de soberanía comenzó a ser un poco más relajada y menos absoluta y excluyente.

Un hecho histórico que influyó en la tradicional concepción de la soberanía, fue la violación sistemática de los derechos humanos que se vivió en Sudáfrica con el *apartheid*. Sudáfrica utilizó el “derecho soberano” como fundamento para la no intervención de otros estados y poder así cometer violaciones masivas a derechos humanos, por lo que la comunidad internacional realizó un ardua labor con la finalidad de impedir, por medio del derecho internacional, violaciones de cualquier naturaleza a los derechos humanos.

Conforme la violación a los derechos humanos, según eran entendidos por la “Declaración Universal” de la ONU, se hizo más sistemática dentro de Sudáfrica y más evidente fuera de ese país, surgió gradualmente el consenso en la comunidad de naciones de que el régimen del apartheid era contrario a los principios consagrados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como base de la convivencia internacional y de los objetivos de paz para los que fue creada la Organización de las Naciones Unidas.⁹

⁹ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 166.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

La comunidad internacional construyó un nuevo principio de derecho, que modificó sustancialmente la clásica concepción de soberanía. Mediante la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la base del Informe del Comité Especial Plenario del Decimosexto Período Extraordinario de Sesiones, el 14 de diciembre de 1989 se aprobó la “Declaración sobre el apartheid y sus consecuencias para el África meridional” en la que, entre otras cosas, en el apartado 3 se señala: “Coincidimos con el pueblo de Sudáfrica en que el resultado de ese proceso debe ser un nuevo orden constitucional determinado por él y basado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La consecuencia más importante de este nuevo principio, fue que de alguna manera se justificó la intromisión de otros países en asuntos considerados como “internos” para un país, siempre que estos constituyeran una violación sistemática a los derechos humanos.

Con motivo de la evolución jurídica de los derechos humanos, la transformación del concepto de soberanía de una dimensión rígida a una más relajada ha sido inevitable. Es decir, la potestad por la que los estados como entes “soberanos”, establecen en sus Constituciones políticas de inclusión y exclusión en su territorio por medio de las cuales controlan sus fronteras, se ha transformado.

En este sentido existe una aparente tensión entre dos diferentes concepciones de soberanía la cual ha sido señalada por el doctor Bustamante.¹⁰ La primera concepción parte del derecho soberano de determinar quién es nacional y quién es extranjero, esta distinción se encuentra plasmada en muchas de las constituciones del mundo y se fundamenta en el principio de que todo país tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir las características de los que ingresan y de los que no ingresan a su territorio; sin embargo, dichos estándares de inclusión y exclusión implican en sí mismos discriminación.

Si asumimos que detrás de toda discriminación hay implícito el establecimiento previo de una desigualdad social, en la distinción constitucional entre nacionales y extranjeros hay implícito el establecimiento de una asimetría de poder entre unos y otros. Tal asimetría es concomitante a la creación de una condición de vulnerabilidad para los inmigrantes-extranjeros como sujetos de derechos humanos; es decir de aquellos que quedan en la parte de menos poder en el establecimiento de tal asimetría.¹¹

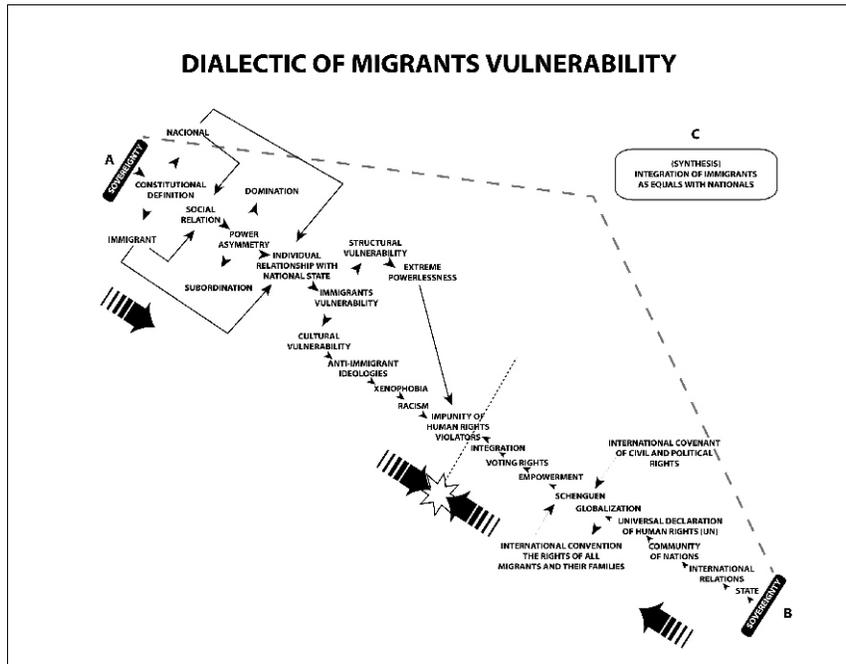
¹⁰ *Ibidem*, p. 166.

¹¹ Bustamante, Jorge, *El marco jurídico de la migración y de los derechos humanos de los migrantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 9.

DAYRA VERGARA VARGAS

Cuando esa asimetría de poder se transforma en un círculo de relaciones sociales entre nacionales y extranjeros-inmigrantes, en el que el Estado establece diferenciaciones en el acceso a los servicios públicos proporcionados por él, se origina un marco jurídico que se contrapone a la concepción más garantista de derechos humanos, en la que es inconcebible tal distinción.

El siguiente diagrama ejemplifica, de manera gráfica, la situación descrita previamente:



En el diagrama anterior, se observa la contracción dialéctica entre el concepto de soberanía desde sus dos diferentes perspectivas. En el extremo izquierdo se establece la diferenciación que lleva a cabo un Esta-

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

do sobre quién es nacional y quien extranjero, dicha diferencia es la que generalmente se encuentra plasmada en la constitución de los Estados.

La relación social señalada en el diagrama entre nacionales y extranjeros es una relación de asimetría de poder, en la cual muy probablemente el extranjero acabe en una situación de subordinación y de trato desigual en comparación del nacional, lo que evidentemente genera una condición de *vulnerabilidad* de los extranjeros. En este sentido, de conformidad con el diagrama “se entiende por *vulnerabilidad estructural*, la condición de impotencia que se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado”.¹² Esta diferenciación utilizada en el ejercicio de soberanía del Estado que se encuentra en la constitución del Estado genera una distancia que se transfiere del ámbito jurídico al de las relaciones sociales, que influye notablemente en la construcción social de los individuos nacionales y extranjeros.

Con motivo de la interacción cotidiana que se da día a día entre los nacionales y los extranjeros-inmigrantes, se genera invariablemente un proceso de retroalimentación cultural. Derivado de esta transferencia de rasgos culturales se genera lo que en el diagrama se denomina *vulnerabilidad cultural*, entendida como “el conjunto de valores, ideas, prejuicios, ideologías, xenofobias y racismos que se van generando en la sociedad huésped acerca de los extranjeros/inmigrantes, que retroalimentan a la “vulnerabilidad estructural”.¹³

Ahora bien, en el extremo derecho del diagrama es donde comienza la oposición dialéctica de igual manera partiendo de la noción clásica de soberanía. En este caso, el ejercicio de la soberanía está implícito en el momento en que un país, decide adherirse a algún tipo de normatividad internacional y se consuma la formalización en el momento en que el órgano legislativo correspondiente ratifica dicha adhesión.

Se debe mencionar, que la relación dialéctica que se pretende explicar en el diagrama está íntimamente ligada a las relaciones internacionales del mercado, a la llamada “*globalización*”. Lo anterior en virtud de que, como sabemos, el intercambio comercial es el motor que mueve al mundo, por lo que las reglas del juego para que funcione deben brindar certeza. En consecuencia, los países involucrados requieren adherirse a una serie de normas internacionales, mismas que posteriormente se transforman en una fuente de derecho interno, como en el caso de los derechos humanos.

Finalmente, la contraposición dialéctica entre los dos conceptos de soberanía, ilustrados en los extremos del diagrama, hace alusión al cho-

¹² Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., p. 11.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

DAYRA VERGARA VARGAS

que entre las condiciones de impunidad por la violación sistemática de los derechos humanos, con las directrices internacionales de respetar derechos humanos a las que los países se adhieren voluntariamente.

Una vez que un país ha ejercido su soberanía para comprometerse ante la comunidad internacional a respetar, promover y defender los derechos de todos los seres humanos definidos como tales por la declaración universal de los derechos humanos de la ONU, ha aceptado implícitamente, auto limitar su derecho soberano para establecer una diferencia jurídica entre nacionales y extranjeros como sujetos de derechos humanos.¹⁴

II. DELITOS VINCULADOS A LA MIGRACIÓN

La apertura de los mercados y la implementación de políticas económicas más liberales ocasionaron que el “nuevo orden económico mundial” se centrara en el intercambio de bienes, servicios, capitales e incluso personas. Ante este panorama, se comenzaron a originar desequilibrios de desarrollo entre los diferentes países. La migración, fue una de las principales consecuencias de estos desequilibrios.

Los países industrializados por su parte, comenzaron a limitar la migración a la par que implementaban políticas comerciales y agrícolas que obstaculizaban las exportaciones de los países en vías de desarrollo y contribuían al empobrecimiento y el desempleo en dichos territorios.

Estos desequilibrios fueron más visibles sobre todo en los países de América Latina, ya que se encontraban en un proceso histórico de derrocamiento de las dictaduras y de crisis económicas que dominaban la región, por lo que eran notablemente más vulnerables tanto en sus estructuras políticas, como en las económicas y sociales.

Inicialmente los movimientos poblacionales en esta región fueron producto de conflictos políticos al interior de los países; sin embargo, ante la creciente demanda de mano de obra de los países industrializados y la necesidad de mejorar las condiciones de vida y de ingreso de las familias, la migración tomó un giro eminentemente económico.

En América Latina, Estados Unidos se convirtió en el principal país de destino y, para esta última nación, el problema de la migración fue considerado como un asunto de seguridad nacional por lo que se adoptaron una serie de estrategias de seguridad fronteriza, que generaron la imposición de medidas administrativas restrictivas.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

Inicialmente, se inició con la creación de una Patrulla Fronteriza; posteriormente, se comenzaron a construir muros a lo largo de la frontera; después se comenzó a dotar de tecnología e infraestructura necesaria para crear una especie de “cerca virtual”, las últimas medidas tomadas por el gobierno de ese país han sido militarizar la frontera¹⁵ y aumentar el apoyo aéreo por parte de la Guardia Nacional de los Estados Unidos.¹⁶

Estas medidas restrictivas, además de los complejos trámites, los costos y la desinformación acerca de las diversas formas de migración legal, lejos de disminuir los cruces ilegales, han propiciado su aumento, orillando a los migrantes a cruzar de manera ilegal, apoyándose de personas que han establecido toda una industria, sumamente lucrativa, que genera muchas ganancias a costa de la ilegalidad.

Numerosos estudios y recomendaciones de organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil han documentado los grandes peligros a los que se encuentran expuestos los migrantes durante su traslado de un país a otro, con la finalidad de llegar a los Estados Unidos, así como las innumerables violaciones a sus derechos humanos.

Con el paso de los años, se han tejido una gran cantidad de redes de tráfico, trata y secuestro de personas que generan muchas ganancias a nivel mundial. De acuerdo con cifras oficiales de la Organización de las Naciones Unidas, la trata de personas genera una ganancia anual de \$32000'000,000.00 (treinta y dos mil millones de dólares estadounidenses).¹⁷ Por su parte, tal y como lo ha señalado el representante en México de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra la Droga y el Delito, Antonio L. Mazzitelli,¹⁸ el tráfico ilícito de migrantes es una industria que genera unos \$7000'000,000.00 (siete mil millones de dólares estadounidenses) cada año. El secuestro de migrantes genera una ganancia de aproximadamente \$25'000,000.00 (veinti-

¹⁵ Sánchez Mena, Rodolfo, *Obama militariza frontera con México*, Portal de cultura y derechos humanos, 24 de agosto de 2010, http://uri.oseri.net/index.php?option=com_content&view=article&id=532:obama-militariza-frontera-con-mexico&catid=76:global&Itemid=114.

¹⁶ Gómora Dorios, “EU refuerza vigilancia en frontera”, *El Universal*, México, 23 de abril de 2012.

¹⁷ De la Torre, Felipe *et al.*, *Diagnóstico de las capacidades nacionales y regionales para la persecución penal del delito de trata de personas en América Central* (2009), Proyecto Regional contra la Trata de Personas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ONU, Costa Rica, p. 18.

¹⁸ Conferencia Internacional sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes: *retos y avances en la implementación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012.

DAYRA VERGARA VARGAS

cinco millones de dólares estadounidenses),¹⁹ lo que naturalmente, ha generado la penalización de dichas conductas.

Ante este panorama, muchos países han implementado reformas constitucionales y legales para la inclusión de estas nuevas conductas constitutivas de delito como una medida para tratar de combatir este fenómeno.

Es importante resaltar que los delitos que nos ocupan en este apartado, son de carácter transnacional, es decir:

- 1) Se cometen dentro de un estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección y control se realiza en otro estado;
- 2) Tienen efectos sustanciales en otros estados y;
- 3) Entrañan la participación de un grupo delictivo que realiza actividades delictivas en otro estado.²⁰

En esta parte de la investigación nos ocuparemos de los delitos²¹ y supuestos delictivos que se encuentran estrechamente vinculados a la migración.

1. *Tráfico de migrantes*

El tema central de esta investigación se encuentra notablemente influenciado por la globalización por lo que, es en este apartado donde se podrá visualizar de manera tangible dicha influencia y las consecuencias que la misma genera.

Como consecuencia de la Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de noviembre de 2000, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como sus Protocolos para prevenir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, conocidos como los Protocolos de Palermo.

Con base en este último Protocolo podemos definir tráfico ilícito de migrantes como "La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente per-

¹⁹ *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los casos de secuestro en contra de migrantes*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, p. 12.

²⁰ *Trata de personas, conceptos generales*, Organización Internacional para las Migraciones, 2009.

²¹ Entendiendo por delito la conducta típica, antijurídica y culpable.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

manente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material".²²

La sistematización de la información que existe en torno a este delito es muy dispersa e incompleta por la naturaleza del mismo; sin embargo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,²³ señala las siguientes tendencias:

- Las personas que se dedican al tráfico de personas, generalmente se acercan a los migrantes que se encuentran en situación irregular con la promesa de brindarles apoyo para que puedan eludir los requisitos de ingreso al país, ya que derivado del notable aumento de este fenómeno, los controles fronterizos y la imposición de visas ha aumentado y resulta cada vez más difícil ingresar de manera ilegal en un territorio.
- El fenómeno migratorio es en sí mismo muy complejo, ya que generalmente siempre se lleva a cabo de manera irregular, por lo que es muy difícil de detectar. En consecuencia, dicho fenómeno se ha convertido en un delito que es cada día más rentable para los traficantes, por lo que estos han logrado establecer organizaciones que trascienden las fronteras.
- Los traficantes migratorios, dependiendo lo avanzada que esté su red, utilizan diferentes métodos para poder ingresar en el territorio ya sea mediante la falsificación de documentos migratorios o algunos otros más riesgosos.
- Durante el traslado, los traficantes cambian continuamente sus rutas y métodos, dependiendo de las circunstancias y el peligro de las situaciones, sin importar la seguridad de las personas que trasladan.

Existen diversas causas que son identificadas como detonantes de este delito, de entre las que resaltan la pobreza, los desastres naturales, los conflictos bélicos, las guerras civiles y la carencia de oportunidades laborales, entre otras. En virtud de que resulta difícil emigrar por la vía legal, muchas personas deciden recurrir a los servicios de los traficantes.

²² Artículo 3o. del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

²³ Tráfico ilícito de migrantes, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena Austria, 2009.

DAYRA VERGARA VARGAS

La referida Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,²⁴ ha señalado que existen varias funciones de las redes de tráfico ilícito de migrantes, mismas que se señalan a continuación:

<i>Reclutamiento</i>	<ul style="list-style-type: none">• Familiares, amigos, conocidos o personas recomendadas por la propia red social del migrante.
<i>Transporte</i>	<ul style="list-style-type: none">• Personas que trasladan a las víctimas desde y hacia ciertos puntos antes y después del cruce de fronteras.
<i>Documentos falsos/obtención de documentos necesarios</i>	<ul style="list-style-type: none">• Guardias fronterizos que permiten el paso ilegal.• Personal de embajadas que otorgan visas.• Oficinas de policía que dejan operar la red.• Otros funcionarios públicos.
<i>Cruce ilegal de fronteras</i>	<ul style="list-style-type: none">• Guías que acompañan a las víctimas a través de la frontera.• Estos guías posiblemente usen la violencia para con los migrantes, o tienen un “encargado” con ellos a bordo para mantener el orden entre los migrantes, de ser necesario por medio de violencia.
<i>Cobro de deudas</i>	<ul style="list-style-type: none">• Algunas redes suponen un elemento violento después de que el proceso de migración finaliza.• Encierro de los migrantes o tomarlos como rehenes hasta que sus honorarios por contrabando son pagados.• Estos “encargados” pueden también conseguir las tarifas amenazando a los familiares que se quedan en el país de origen de los migrantes, para pagar la deuda de los migrantes.
<i>Lavado de dinero</i>	<ul style="list-style-type: none">• Parte esencial en toda la operación de contrabando.

Como podemos observar, el tráfico ilícito de migrantes es un negocio redondo que ha superado las fronteras, involucra a diferentes niveles de gobiernos de los países pero sobre todo y, lo más importante, es que coloca a los migrantes en una situación de desventaja, lo que propicia que se conviertan en el objeto del delito y que se cometan innumerables abusos y violaciones a los derechos de los migrantes.

²⁴ Andrés Pérez, Carlos, *El tráfico ilícito de migrantes: la perspectiva y labor de UNODC*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

Todo proceso de migración, sobre todo la irregular, incide en tres niveles de valoración: “las causas que motivan la salida del país, las causas que hacen elegir un país de destino y, tercero, los elementos que escapan racionalmente del control del migrante y que se producen en el proceso de traslado como es el idioma, información sobre el trabajo, etcétera, y que influyen decisivamente en la victimización de la persona”.²⁵

Es de resaltar, que en la Sexta Cumbre de las Américas, CA-VI/doc.6/12 se señaló en el mandato sobre de Seguridad Ciudadana y Delincuencia Organizada Transnacional como uno de los objetivos, “Fortalecer nuestros esfuerzos para prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes y promover la cooperación entre los Estados con ese fin, respetando y protegiendo plenamente sus derechos”.

Independientemente de los grandes esfuerzos que se han realizado a nivel nacional e internacional con la finalidad de atacar este fenómeno, es necesario generar lazos de cooperación entre los estados para combatir este delito que ya ha traspasado las fronteras.

2. Trata de personas

Inicialmente, el delito que nos ocupa, era denominado “trata de blancas”. Dicho delito era llamado así porque en las guerras de religión que se suscitaron en el continente europeo, el botín de guerra para el comercio sexual eran mujeres europeas. Por lo tanto, esta expresión se utiliza como sinónimo de “comercio fronterizo de mujeres”.²⁶ En virtud de lo anterior, es que en los documentos de la Sociedad de las Naciones este delito sólo contemplaba a mujeres y posteriormente niños.

Con la denominación de “trata de blancas”, es como se comienza a identificar a nivel internacional este fenómeno, hasta que en 1902 se llevó a cabo en París una Conferencia Internacional sobre dicho tema.

Una vez constituida la Organización de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 se estableció que “Nadie será tenido en esclavitud, o en servidumbre, la servidumbre y el tráfico están prohibidos en todas sus formas”.²⁷ Un año más tarde, con la evolución paulatina del derecho internacional de los derechos humanos, en 1949, se adoptó el primer Convenio para la Represión de

²⁵ *Tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América central*, Guía Normativa, OIM-UNICEF, 2007, p. 7.

²⁶ Caballero Álvarez, Emilia *et al.*, *Seminario Internacional. Tráfico ilícito de migrantes, derechos humanos e Instituciones Nacionales*, México, CNDH, 2008, p. 55.

²⁷ Artículo 4o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

DAYRA VERGARA VARGAS

la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, siendo en este Convenio en el que se comenzó a utilizar a nivel internacional, el término de “trata de personas”. Sin embargo, dicho término no estaba desarrollado con tanta precisión como en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, adoptado en Palermo en el 2000.

De conformidad con lo dispuesto por Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se considera trata de personas a “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.²⁸

Con base en el mencionado Protocolo, podemos resaltar del tipo penal de trata de personas lo siguiente:

- Conductas típicas: captar, transportar, trasladar, recoger, recibir.
- Sujetos imputados: Personas.
- Objetivos: la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.
- Medios: amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios.
- Ámbitos de acción: trata de personas a nivel internacional.
- Recomendaciones a tipificar: La tentativa, la participación como cómplice de un delito tipificado, la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito.²⁹

²⁸ Artículo 3o. del Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

²⁹ Artículo 5o., Numeral 2, incisos a, b y c del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

La trata de personas no es un fenómeno reciente, a lo largo de los años ha cambiado su fisonomía y estructura, en virtud de que es cada vez más compleja y excluyente.

...la explotación de la prostitución se aleja de los típicos burdeles y se asocia a la industria del ocio, de los audiovisual, de la relajación... La demanda de servicios sexuales también va cambiando y se hace cada vez más variada y caprichosa por parte de una clientela que busca el exotismo, mismo vinculado desde luego a los estereotipos racistas-sexistas más clásicos (las mujeres asiáticas son dulces y pasivas, las africanas salvajes, las sudamericanas libres)...³⁰

En efecto, el fenómeno de la migración a la par que el proceso de la globalización, ha sufrido diversas transformaciones; es decir, con la apertura de los mercados las desigualdades han aumentado y el empobrecimiento de los sectores más vulnerables de la sociedad se ha agudizado, por lo que el mercado de personas también se ha internacionalizado.

De acuerdo con el Informe Anual sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos de 2011, las principales formas de trata de personas son las siguientes:

a) Trabajo forzoso, también llamado servidumbre involuntaria; se origina cuando los empleadores, aprovechándose de las condiciones de desventaja derivadas de la pobreza, el desempleo, la delincuencia, el desconocimiento del idioma, según sea el caso, explotan a sus trabajadores.

b) Trata de personas con fines de explotación sexual. "Cuando se coacciona, obliga o engaña a una persona para que ejerza la prostitución".³¹ Además, se considera que son víctimas de este delito las personas que son obligadas a seguirse prostituyendo en virtud de la "deuda" que adquirieron implícitamente por su traslado, reclutamiento o su "venta".

c) Trabajo en condiciones de servidumbre, es decir, cuando los trabajadores se ven obligados a contraer una deuda inicial como parte de las condiciones del empleo, que no termina nunca.

d) Servidumbre por deudas entre los jornaleros inmigrantes; "... la imposición de costos ilícitos y deudas a estos jornaleros en el país de ori-

³⁰ Caballero Álvarez, Emilia *et al.*, *Seminario Internacional. Tráfico ilícito de migrantes, derechos humanos e Instituciones Nacionales*, cit., p. 56.

³¹ Informe Anual sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos de 2011, <http://www.state.gov/documents/organization/167348.pdf>.

DAYRA VERGARA VARGAS

gen, a menudo con el apoyo de organismos sindicales y empleadores en el país de destino...".³²

e) La servidumbre doméstica involuntaria; es aquella que se realiza contra los trabajadores domésticos, la mayoría de las veces los trabajadores tienen su habitación en el mismo lugar de trabajo, lo que los aísla del exterior y en virtud de que se trata de propiedad privada difícilmente se puede llevar a cabo una inspección por las autoridades correspondientes.

f) Trabajo forzoso de menores; aquel en el que un sujeto menor, está bajo la custodia de una persona ajena a su familia, misma que lo obliga a realizar trabajos con la finalidad de obtener recursos financieros en beneficio de su persona.

g) Niños soldados; es decir el reclutamiento ilícito de menores, sin su consentimiento, mediante fraude o coacción.

h) Trata de menores con fines de explotación sexual "...es todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, basándose en una relación de poder".³³

Como podemos observar, si bien se trata de un delito que ha existido desde hace mucho tiempo con diferentes denominaciones o matices, el transcurso de los años y el avance en materia de derechos humanos ha permitido detectar cuáles son las causas y la problemática de este delito, y poder así establecer una definición precisa del mismo y mecanismos para combatirlo.

Lo anterior, no quiere decir que el delito que nos ocupa se haya combatido eficazmente, ni mucho menos que ha disminuido, el avance que se observa en los últimos años, radica en que se han podido establecer mecanismos de vigilancia para que los estados parte de la Convención y de sus Protocolos, adopten las medidas legislativas necesarias, que además sean lo suficientemente eficaces para combatir este delito e implementar mecanismos de prevención y protección, para poder brindar cifras tangibles en materia de procuración de justicia.

Es por ello que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), elaboró una iniciativa mundial de las Naciones Unidas para luchar contra este delito en su informe, lo que nos permite tener una visión global para comprender los alcances y retos que aún quedan

³² *Idem.*

³³ Adoptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, junio de 1996, <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

pendientes en este tema. “Habida cuenta de la novedad de este marco legislativo, resulta notable que 91 países (es decir, el 57% de los países presentaron información) comunicaron por lo menos un juicio por trata de personas, y 73 países comunicaron por lo menos una condena. En total, 47 países comunicaron haber emitido por lo menos 10 fallos condenatorios por año, y 15 países comunicaron que ese número, como mínimo, se había quintuplicado”.³⁴

Diferencias entre el tráfico y la trata de personas

Una vez descritas las diversas circunstancias en las que se origina el tráfico y la trata de personas, con la finalidad de evitar confusiones es importante identificar sus diferencias:

<i>Tráfico de personas</i>	<i>Trata de personas</i>
Implica siempre el cruce de fronteras.	No es necesario cruzar fronteras para estar sujeto a este delito.
El cruce se lleva a cabo sin documentos migratorios ó en caso de que existan son falsos.	En caso de que se lleve a cabo el cruce de fronteras puede ser de manera regular o irregular.
Se lleva a cabo con consentimiento de la persona ya sea real o viciado.	El consentimiento es viciado.
Relación con el traficante finaliza en el momento en que se cruza la frontera.	La relación con el tratante inicia en el país de tránsito o en el de destino.
Cualquier tipo de riesgo para el migrante de salud o de integridad personal se genera durante el trayecto.	El riesgo se origina en el lugar en donde se presente la situación de explotación.
Es un delito contra el Estado (ya sea contra el país de origen o de destino).	Es un delito contra la persona.

3. Secuestro de migrantes

El fenómeno migratorio se ha transformado en los últimos años y ha adquirido nuevas características más complejas. Por lo que se refiere al fenómeno migratorio hacia los Estados Unidos de América, ha habido

³⁴ Informe Mundial sobre la Trata de Personas, Resumen Ejecutivo, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, febrero de 2009, p. 5.

DAYRA VERGARA VARGAS

modificaciones en cuanto a las rutas, destinos y riesgos a los que se encuentran sujetos los migrantes durante su tránsito hacia dicho país.

En los últimos años, diversas organizaciones nacionales, internacionales y de la sociedad civil han denunciado y documentado la presencia de nuevos riesgos como producto de la migración, como lo es el delito de secuestro contra las personas migrantes.

La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) define secuestro como "...el acto de retener o de sacar por la fuerza o por engaño a una persona o a un grupo de personas, generalmente con el propósito de extorsión económica o de beneficio político en contra de la víctima o de una tercera persona".³⁵

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) desde 2009 a la fecha, ha elaborado informes especiales sobre el secuestro de migrantes. Estos informes han sido la base para poder sacar a la luz esta nueva modalidad de delito y tener conocimiento de la forma en que se lleva a cabo, ya que se conforma por una serie de testimonios de personas que han sido secuestradas y lograron escapar o bien, sus familiares pagaron su rescate y fueron liberadas.

A partir de que se comenzaron a elaborar estos informes por parte de la CNDH, con ayuda de los testimonios de las víctimas se ha logrado tener un registro de la forma en que se generan los secuestros contra migrantes.

La mayoría de los testimonios señalan que estos grupos delictivos se integran en su mayoría por mexicanos y centroamericanos, se dice que pertenecen a "los Zetas" quienes forman parte del Cártel del Golfo y que, además, se encuentran coludidos con los maquinistas de los trenes, los policías federales, estatales y municipales y con los agentes de migración.

Los grupos delictivos operan de varias formas, en algunas ocasiones los policías y agentes migratorios simulan operativos con la finalidad de empujar a las personas a puntos clave donde ya los esperan los secuestradores con camionetas para llevárselos.

En Tierra Blanca Veracruz, por ejemplo, los testimonios narran que a un lado de las vías del tren hay un comedor en el que supuestamente obsequian la comida; sin embargo, las personas que atienden el comedor se comunican con los presuntos secuestradores, a ese mismo lugar llegan sujetos armados en camionetas polarizadas y se llevan a los migrantes, posteriormente los golpean, a las mujeres las violan, a algunos los vendan, los atan de las manos, los amenazan hasta que les piden el

³⁵ *Glosario sobre Migración*, Derecho Internacional sobre Migración, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, núm. 7, 2006, p. 67.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

teléfono de sus familiares y les llaman para pedirles dinero. En muchas ocasiones, los familiares habitan en Estados Unidos, e incluso una persona de la misma organización delictiva se pone en contacto con ellos y les recoge el dinero en dicho país. Según se desprende de los testimonios, estos grupos están bien organizados, tienen camionetas en muy buen estado y grandes.

... los datos obtenidos a través de los testimonios se advierte que las primeras personas que tienen conocimiento del delito son los familiares de las víctimas, quienes generalmente radican en el extranjero, por lo que se hacen necesarios mecanismos ágiles y sencillos para que, desde el lugar en donde se encuentren, se pueda denunciar y solicitar el apoyo e intervención de la autoridad correspondiente.³⁶

La vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos los migrantes indocumentados es producto de su misma situación de "ilegalidad", ya que generalmente viajan en medios de transporte peligrosos, como ferrocarriles y camiones de carga etcétera, eligen caminos solitarios para evitar ser detectados, evitan cualquier contacto con las autoridades, no conocen sus derechos, ni los mecanismos de protección y menos las leyes del país en el que se encuentran.

La ausencia total de mecanismos de prevención configura un incentivo para quienes medran con el dolor de las personas migrantes privándolas de su libertad y sometiéndolas a toda clase de vejaciones. Como ya se mencionó, la negligencia de las autoridades de seguridad pública y procuración de justicia para coordinarse en la prevención e investigación de este ilícito, trasciende la mera impotencia de los funcionarios para accionar debidamente y los coloca en una situación de complicidad con los plagiarios. Recordamos que no pocas veces diversos servidores públicos han actuado de forma directa brindando protección a los delincuentes.³⁷

³⁶ *Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, febrero de 2011, p. 59.

³⁷ Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. (Centro Prodh), Frontera Con Justicia, A.C., Humanidad Sin Fronteras, A.C., Centro Diocesano de Derechos Humanos Fray Juan de Larios, Casa del Migrante Hermanos en el Camino, de Ixtepic, Oaxaca, Dimensión de la Pastoral de la Movilidad Humana, Servicio Jesuita a Migrantes México, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Servicio Jesuita de Jóvenes Voluntarios, Albergue de Nuestra Señora de Guadalupe, A.C. de Reynosa Tamaulipas y Albergue Guadalupano de Tierra Blanca Veracruz, *Secuestro a Personas Migrantes Centroamericanas en Tránsito por México*, Documento preparado para la Comisión Intera-

DAYRA VERGARA VARGAS

Con la primera publicación del Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los casos de secuestro en contra de migrantes en 2009, diversas organizaciones de la sociedad civil solicitaron una audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³⁸ a fin de que se pronunciara al respecto. De la referida solicitud resaltaron los siguientes aspectos:

- La gran labor de las Organizaciones de la Sociedad Civil en brindar asistencia a los migrantes a costa de su propia seguridad, ya que en diversos albergues han aprendido a vivir con la presencia permanente y visible del crimen organizado que vigila a los migrantes para poder secuestrarlos en el momento preciso.
- La labor de los defensores de los derechos humanos, ya que en la mayoría de los casos actúan bajo condiciones muy riesgosas.³⁹ En este sentido, el Informe de la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en México,⁴⁰ determinó la falta de reconocimiento de esta labor y de los riesgos a los que están expuestos constantemente los defensores, por el incremento de la violencia y la impunidad de las autoridades.
- La necesidad de la implementación de mecanismos de coordinación institucional para tratar los temas abordados en el Informe referido, con la presencia de las Organizaciones de la Sociedad Civil.

En respuesta a la referida audiencia, el gobierno mexicano elaboró un Informe⁴¹ que contiene entre otras cosas, la información sobre las acciones que se han llevado a cabo para atender el fenómeno del secuestro de personas migrantes y la protección de sus derechos humanos, los órganos e instituciones encargadas de atender este fenómeno, cuáles son los estados que tipifican el secuestro en sus códigos penales, así como

mericana de Derechos Humanos en el marco de la audiencia temática llevada a cabo en este tema el 22 de marzo de 2010, p. 21.

³⁸ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

³⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró en 2010 y 2011 dos informes anuales sobre la *Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31 de diciembre de 2011.

⁴⁰ *Defender los Derechos Humanos: entre el compromiso y el riesgo. Informe sobre la situación de las y los defensores de Derechos Humanos en México*, México, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos Humanos en México, 2009, p. 21.

⁴¹ *Informe del Estado Mexicano sobre secuestro, extorsión y otros delitos cometidos contra personas migrantes en tránsito por territorio mexicano*, Gobierno Federal del Estado Mexicano, 2010.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

las políticas públicas implementadas por los estados para combatir el secuestro.

De la misma forma, la Secretaría de Relaciones Exteriores respondió al llamado de la CIDH mediante un Boletín Informativo⁴² en el que señaló que el gobierno de México había diseñado una Estrategia Integral para la prevención del secuestro de migrantes en coordinación con las Secretarías de Gobernación, de Seguridad Pública y la misma Cancillería, así como con la CNDH y la Procuraduría General de la República. La referida Estrategia Integral contempla cinco líneas de acción con la finalidad de abatir los delitos de los migrantes en territorio mexicano.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴³ solicitó también al gobierno mexicano información exacta sobre la exactitud de los hechos que se originaron con motivo de la matanza de 72 migrantes indocumentados el 24 de agosto de 2010 en San Fernando Tamaulipas y del hallazgo de 55 cadáveres de migrantes en una mina abandonada al sur de la Ciudad de México, así como de cualquier diligencia realizada al respecto, cualquier tipo de sanciones penales, disciplinarias o administrativas impuestas y la implementación de acciones para la protección de las víctimas.

El Gobierno mexicano elaboró una respuesta a la solicitud de la Relatoría Especial referida después de una narración sucinta de los hechos y de los operativos que se llevaron a cabo después del descubrimiento de todos los migrantes muertos, en la que señaló: “Esta es la fase en la que se encuentra la investigación a un mes de lo ocurrido, por lo que es prematuro hablar de sanción penal, disciplinaria o administrativa a los supuestos culpables, lo que desde luego tendrá lugar una vez que inicie el juicio respectivo, así como de compensación para las familias de las víctimas”.⁴⁴

En palabras del propio relator especial de la ONU, Jorge Bustamante:

Para mí fue particularmente vergonzoso, como mexicano y como relator especial de la ONU de los Derechos Humanos de los migrantes (que lo

⁴² *Estrategia Integral del Gobierno Federal para la prevención y el combate al secuestro de migrantes*, Boletín Informativo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Derechos Humanos: Agenda Internacional de México, núm. 201, 11 de octubre de 2010.

⁴³ Bustamante, Jorge, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, Human Rights Council, Seventeenth session, Promotion and protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural, Including the Right to Development, A/HRC/17/33/Add.1, 2011.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 32.

DAYRA VERGARA VARGAS

fui hasta el 30 de julio de 2011), tener que contestar que nada se había hecho para eliminar los secuestros de migrantes después de que la señora Navanethem Pillay, alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, confirmó expresamente la participación de agentes del gobierno de México en las violaciones sistemáticas de los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México durante su última visita a la Ciudad de México.⁴⁵

Ante este panorama, se puede concluir que el fenómeno migratorio, más allá de ser considerado un problema de seguridad nacional, debe ser abordado desde una perspectiva global, con ayuda de la suscripción de diversos convenios de cooperación entre todos los países de la región en el que se incluyan estrategias y compromisos reales; así como la creación de lazos de comunicación entre los mismos estados con la finalidad de combatir eficazmente este fenómeno, sin olvidar su naturaleza transnacional.

III. INVISIBILIDAD DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Los movimientos territoriales poblacionales, en sí mismos entrañan innumerables situaciones peligrosas que colocan a los migrantes en condiciones de vulnerabilidad importantes, aunado a las ideas discriminatorias, xenófobas y de exclusión que son parte de las sociedades de recepción de los migrantes.

Como se ha analizado previamente, la migración es un fenómeno que forma parte del desarrollo del ser humano y ha estado presente permanentemente en su evolución; sin embargo, con el advenimiento de la globalización, los flujos de capitales se concentraron en los países desarrollados y la movilidad poblacional se intensificó.

En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos han llevado a cabo un ardua labor a fin de denunciar los abusos que se cometen día con día contra los migrantes en todo el territorio mexicano. A continuación se presentan todas las recomendaciones emitidas por dicho órgano protector de derechos humanos, a fin de denunciar la invisibilidad de los derechos humanos de los migrantes.

⁴⁵ Bustamante Jorge, "Secuestro de migrantes", *Desde la Frontera Norte, Reforma*, 9 de noviembre de 2011.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

No.	Año	Caso	Autoridad
214	1993	Caso de la deportación de los inmigrantes de origen chino	C. Lic. José Patrocinio González Blanco Garrido, secretario de Gobernación.
23	2004	Caso de 36 migrantes de la frontera norte.	Gral. Brig. de J. M. y Lic. Jaime Antonio López Portillo Robles Gil, Procurador General de Justicia Militar.
5	2005	Caso de 46 migrantes indocumentados asegurados en la ranchería "El Terrero", en Tonala, Chiapas.	Almirante Cg. Dem. Marco Antonio Peyrot González Secretario de Marina.
24	2005	Caso de migrantes de origen salvadoreño asegurados en la estación migratoria de la venta, Huimanguillo, Tabasco.	Ing. Lauro López Sánchez Acevedo, Comisionado Del Instituto Nacional De Migración.
14	2006	Caso de los 41 migrantes centroamericanos asegurados en el ejido "El Campito", Ciudad Hidalgo, Suchiate, Chiapas.	Alm. Cg. Dem. Marco Antonio Peyrot González, Secretario de Marina.
20	2006	Caso del señor Nelson Giovanni Barrios Guiti y otros migrantes centroamericanos.	Lic. Hipólito Treviño Lecea, Comisionado del Instituto Nacional de Migración.
21	2006	Caso de los señores Nelson Javier Cruz Anaya, Pablo Roberto Varela castellanos y otros migrantes centroamericanos.	Lic. Hipólito Treviño Lecea, Comisionado del Instituto Nacional de Migración.
23	2006	Caso de las condiciones de aseguramiento de migrantes en la cárcel distrital del tercer distrito judicial de San Nicolás de los Garza, Nuevo León.	Lic. Hipólito Treviño Lecea, Comisionado del Instituto Nacional de Migración.
1	2007	Caso sobre el aseguramiento de migrantes en cárceles de los municipios de Hermosillo y Caborca, Sonora.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.

DAYRA VERGARA VARGAS

No.	Año	Caso	Autoridad
25	2007	Sobre el caso de los menores migrantes guatemaltecos que laboran en el basurero municipal y en las calles de Tapachula, C.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
36	2007	Caso del migrante Martín Antonio Figueroa Landaverde y otros extranjeros de nacionalidad salvadoreña.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
64	2007	Caso de los señores AMP y otros migrantes guatemaltecos.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
65	2007	Caso sobre los hechos ocurridos en Ciudad Ixtepec, Oaxaca, en agravio del padre Alejandro Solalinde guerra y migrantes de origen centroamericano.	Lic. Eduardo Medina-Mora Icaza, procurador general de la República; Lic. Ulises Ruiz Ortiz, gobernador constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; Dip. Antonio Amaro Cansino, presidente de la Mesa Directiva del Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; H. Ayuntamiento Municipal Constitucional de Ciudad Ixtepec, Oaxaca.
24	2008	Sobre el caso de la señora María Alicia Yupa Llayco, migrante ecuatoriana.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
63	2008	Caso de la señora MMM y otros migrantes centroamericanos.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
1	2009	Sobre el caso de 65 migrantes mexicanos contratados para trabajaren la isla Bimini, Bahamas.	Emb. Patricia Espinosa Cantellano, secretaria de Relaciones Exteriores; Lic. Javier Lozano Alarcón, secretario del Trabajo y Previsión Social; Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración; H. Ayuntamiento Constitucional de Pedro Escobedo, Querétaro.
17	2009	Sobre el caso de la migrante BIB, de nacionalidad hondureña.	Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

No.	Año	Caso	Autoridad
29	2009	Caso de los señores LHTC, IMA y algunos migrantes centroamericanos.	Almirante Secretario CGDEM Mariano Francisco Saynez Mendoza, Secretario de Marina; Lic. Cecilia Romero Castillo, Comisionada del Instituto Nacional de Migración.
50	2009	Caso sobre los hechos ocurridos en el municipio de Rafael Lara Grajales, Puebla, en agravio de migrantes de origen centroamericano.	Dip. Juan Antonio González Hernández, presidente de la Mesa Directiva del Congreso del Estado de Puebla: H. Ayuntamiento Municipal Constitucional de Rafael Lara Grajales, Puebla.
32	2010	Caso de los migrantes en Chahuities, Oaxaca.	Ing. Genaro García Luna, secretario de Seguridad Pública.
64	2010	Sobre el caso de violación al derecho a la salud y a la vida en perjuicio de "V", migrante de nacionalidad hondureña.	Dr. Fernando Toranzo Fernández, gobernador constitucional del estado de San Luis Potosí.
3	2012	Sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud y a la vida en perjuicio de V1, migrante de nacionalidad nicaragüense.	Mtro. Salomón Chertorivski Woldenberg, secretario de Salud; Lic. Salvador Beltrán del Río Madrid, Comisionado del Instituto Nacional de Migración.

Las reacciones en los países de recepción, en este caso en los Estados Unidos no fue inmediata, incluso en sus inicios el cruzar la frontera era algo cotidiano y existían programas de trabajo. Fue a raíz del notable aumento del número de migrantes latinoamericanos a los Estados Unidos, lo que generó que las condiciones cambiaran y esta realidad comenzará a ser con frecuencia invisibilizada, distorsionada e incluso criminalizada.

Desde los inicios del Siglo XX, se intensificaron las políticas y leyes anti-migrantes por parte del gobierno de los Estados Unidos de América. En 1974, el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) de los Estados Unidos de América, denominó a la migración de latinos a América del Norte como una "invasión silenciosa", implementando una serie de medidas similares a las que se utilizaban para combatir el crimen.

DAYRA VERGARA VARGAS

Fue bajo el liderazgo del general Chapman como comisionado del INS en Estados Unidos, que cristalizó en los círculos gubernamentales de aquel país y en su opinión pública, una definición del fenómeno de inmigración proveniente de México como de carácter criminal que, como tal, sólo había una manera de combatirlo, de manera análoga o como se combate el crimen; es decir, con medidas policiales o militares, ambas de carácter unilateral.⁴⁶

Tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto, el gobierno norteamericano determinó que el problema de la migración era un problema de carácter interno y, en consecuencia, debía ser combatido de la misma forma.

En los años noventa se implementó la operación denominada “Operation Gatekeeper”, misma que estaba a cargo de la policía fronteriza de los Estados Unidos, cuya función no era *impedir* la entrada de inmigrantes indocumentados sino *desviar* su entrada, evitando el paso por las ciudades hacia las afueras de la frontera, es decir, hacia las áreas montañosas, los canales de riego y los desiertos, en donde el terreno era peligroso y difícil de transitar, lo que si no generaba el desistimiento de muchos de los migrantes en el camino, originaba sus muertes.

Sin duda la “Operación Guardián”, significó una medida unilateral que atentó directamente contra los derechos humanos de los migrantes en su intento por cruzar la frontera y marcó una tendencia en los mecanismos para ingresar a los Estados Unidos de América, así como para vigilar este fenómeno.

As an immigration law enforcement strategy, Gatekeeper increased the number of patrol agents, introduced sophisticated surveillance technology, and increased the miles of iron fence separating Mexico from the US. Before Gatekeeper, 50 per cent of undocumented Mexican migrants crossed the border here. Gatekeeper’s new enforcement tactics transformed how and where migrants entered the US.⁴⁷

En pleno siglo XXI y a pesar del avance del derecho internacional de los derechos humanos en la promoción y respeto de los derechos humanos, las violaciones a los derechos humanos de los migrantes siguen

⁴⁶ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 79.

⁴⁷ Chávez, Sergio, “Navigating the US-Mexico Border: the Crossing Strategies of Undocumented Workers in Tijuana, México”, *Ethnic and Racial Studies*, febrero de 2011 (iFirts), p. 2.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

siendo evidentes e incluso en algunos estados de los Estados Unidos de América como son Arizona, Georgia, Alabama, Carolina del Norte y Carolina del Sur, se han interpuesto una serie de criterios legislativos discriminatorios contra los indocumentados. “Lo último ha sido la Ley de Alabama o HB56. Ésta es peor que la ley de Arizona. Justifica la detención de cualquiera que despierte una «sospecha razonable» de ser un o una indocumentada. Nada más subjetivo que una «sospecha razonable». Esto hace que el color de la piel se convierta, de hecho, en la base más «a priori» de una «sospecha razonable»”.⁴⁸

En el caso de Arizona, la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito de los Estados Unidos de América, bloqueó diversos apartados de la ley de inmigración de Arizona SB1070 por considerar que en la misma se legisla en competencias que son exclusivas del gobierno federal. “Al mantener la decisión del juzgado de distrito, el juez concluye que la legislación en materia de inmigración es competencia única del gobierno federal y que los estados no tienen poder para crear sus propias normas”.⁴⁹

Como era de esperarse, este asunto llegó a la Corte Suprema y el 25 de abril de 2012 se discutió la constitucionalidad de la ley de inmigración del Estado de Arizona. Se desplegó toda una maquinaria a favor y en contra de esta ley, los jueces por su parte, deben determinar qué poder tienen los gobiernos estatales para legislar en este aspecto o no, por su parte Guttentag, experto legal de la Universidad de Yale, señaló “... la corte ha determinado anteriormente que la falta de legislación por parte del Congreso no da vía libre a los Estados para invadir sus competencias: “Si así ocurriera, Estados Unidos dejaría de hablar con una sola voz y la ley [de Arizona] habría legitimado la discriminación”.⁵⁰

No obstante las anteriores consideraciones, en el debate que se llevó a cabo en la Corte Suprema, únicamente se discutió si los gobiernos estatales podían legislar o no sobre asuntos de orden federal, pero no se tocó el tema en torno a si los criterios utilizados por la policía para detener a una persona e interrogarla sobre su estatus migratorio si tienen una “sospecha razonable” de que sea un inmigrante ilegal o no, sean válidos. “Chief Justice Roberts said the state law merely requires that the federal government be informed of immigration violations and leaves en-

⁴⁸ Bustamante, Jorge, “Redadas policiales a lo nazi”, *Desde la Frontera Norte, Reforma*, 22 de junio de 2011.

⁴⁹ Pereda F., Cristina, “El juez mantiene la suspensión de la ley de Arizona”, *El País*, 12 de abril de 2011.

⁵⁰ Pereda F., Cristina, “El Supremo de EE UU evalúa la polémica ley de inmigración de Arizona”, *El País*, 23 de abril de 2012.

DAYRA VERGARA VARGAS

forcement decisions to it. "It seems to me that the federal government just doesn't want to know who is here illegally or not", he said.⁵¹

Existe una gran polarización en torno a este debate y, por el momento, 16 estados interpusieron el recurso conocido como "amicus curiae" a favor de la Ley Arizona, mientras que otros 11 contestaron a este recurso a favor del gobierno federal. "States around the nation are closely following the Arizona case, and a majority of them have joined friend-of-the-court briefs. Sixteen of them sided with Arizona, while 11 supported the federal government".⁵²

Los principales argumentos vertidos en el recurso "amicus curiae" por parte de los 16 estados a favor de la Ley de Arizona, señalan que los estados actúan en forma coordinada con el Congreso y deciden, ya sea emitir sus propias leyes teniendo como base las leyes federales o bien, elaborar sus propias leyes precedidas por la legislación federal. Sobre las funciones de la policía sostienen:

The source of state's authority to arrest flows from the state's status as sovereign government possessing all residual powers not abridged or superseded by the Constitution. See *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122, 193 (1819). One of those residual powers is the police power- i.e., the state's authority to "protect the lives, health, morals, comfort, and general welfare of the people". *Manigault v. Springs*, 199 U.S. 473, 480 (1905). A state is free to exercise its police powers, unless it either violates the Constitution or the action to be taken has been preempted by federal law.⁵³

Será hasta finales de junio cuando la Corte Suprema emita la sentencia definitiva en un momento clave para los Estados Unidos, ya que las elecciones para Presidente se llevarán a cabo en el otoño próximo, por lo que, los contendientes, con base en la resolución de los jueces, verán afectadas o beneficiadas sus posibilidades en torno a la elección y, sobre todo, se podrá definir el rumbo de la reforma integral del sistema migratorio.

Por lo que respecta a la reacción de la Comunidad Internacional, las descritas prácticas discriminatorias y acciones legislativas, al paso de los años han generado políticas públicas con la finalidad de contrarres-

⁵¹ Liptak, Adam, "Justices Seem Sympathetic to Central Part of Arizona Law", *The New York Times*, 25 de abril de 2012.

⁵² *Idem*.

⁵³ Brief of Amici Curiae State of Michigan and Fifteen other States in Support of the Petitioners, In the Supreme Court of the United States No. 11-182, *The State of Arizona and Janice K. Brewer, Governor of the State of Arizona in her official capacity, petitioners vs. United States of America*, p. 8.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

tar esta invisibilidad de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes.

Derivado de las recomendaciones e informes especiales de organismos internacionales, surgió la necesidad de crear una agenda para vigilar el cumplimiento de los derechos humanos de los migrantes.

IV. NECESIDAD DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

El término derechos humanos como lo conocemos actualmente, es producto de nuestra historia y del constante avance de la humanidad, por tanto se encuentra sujeto al cambio y evolución.

La mayoría de los estudios en torno a los derechos humanos, coinciden en que fue en el siglo XVIII cuando surgió la concepción moderna de lo que conocemos actualmente como derechos humanos, sobre todo a partir de la Declaración de Independencia de las trece colonias inglesas y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1776, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia en 1789.

Lo anterior, es importante, en virtud de que así como el descubrimiento de los derechos humanos fue paulatino, también la titularidad de los mismos, fue evolucionando de forma expansiva.

En la Francia del siglo XVIII se hacía una distinción entre los derechos de los hombres y de los ciudadanos. Es en esta época y a partir de estas declaraciones históricas en donde se reconoce la existencia de derechos previos al Estado, es decir, limitaciones a la intervención del ejercicio del poder, una especie de esfera de libertad y autonomía de la persona; a estos derechos se les conoce como los derechos de la Primera Generación de Derechos Humanos, los que corresponden al individuo frente al Estado o frente a cualquier autoridad; los derechos civiles y políticos.

Con el transcurso del tiempo, en la época de la Revolución Industrial, en todo el mundo se vivía una profunda desigualdad en las condiciones económicas y sociales, por lo que surgió la necesidad de crear otro tipo de derechos, con un contenido netamente social y con la intención de mejorar las condiciones de vida de todos los seres humanos. Estas ideas dieron vida a lo que conocemos como la *segunda generación de los derechos humanos*, que se conforma por todos los derechos económicos, sociales y culturales.

DAYRA VERGARA VARGAS

De forma simultánea a esta extensión de la titularidad de los derechos humanos para todas las personas, surgen diversos movimientos a favor de grupos minoritarios, con la finalidad de proteger valores colectivos, estos derechos son considerados de la tercera generación de derechos humanos. “El valor que se encuentra detrás de este conjunto de derechos es el valor de la solidaridad y parten de la idea de que el ser humano requiere de ciertas condiciones en el entorno que le permitan desarrollarse plenamente y hacer ejercicio de su autonomía”.⁵⁴

Los sujetos de los derechos de la tercera generación son grupos de personas con un interés colectivo común. Una vez determinado lo anterior, el debate versa entonces sobre qué derechos se van a otorgar a estas minorías. Algunos autores consideran que el aumento del catálogo de derechos puede generar diversos problemas para el consenso; sin embargo, como bien apuntan los doctores Mónica González y Pedro Salazar:

No se trata de un catálogo adicional, sino de una operación que busca proporcionar los mecanismos necesarios para el acceso a los derechos básicos, sobre la base también de que en muchas ocasiones el titular se encuentra incapacitado —fáctica o jurídicamente— para reclamar sus derechos o la condición de discriminación ha sido tan prolongada que se necesita de condiciones especialmente favorables en las que se tomen medidas especiales de protección de los derechos hasta lograr la igualdad.⁵⁵

Tal y como se desprende de lo anterior, los derechos de la tercera generación son seriamente cuestionados ya que sus premisas fundamentales son la igualdad y solidaridad, por lo que se les considera difíciles de compatibilizar con los otros derechos humanos.

Una vez expuesto el proceso dual de construcción de las generaciones de los derechos humanos y de sus titulares, se debe decir que la titularidad de los derechos humanos en la teoría del derecho, ha sido objeto de innumerables interpretaciones.

Desde la perspectiva iusnaturalista, los derechos humanos provienen de realidades objetivas derivadas de la naturaleza del hombre. En esta teoría se les identifica como derechos naturales, previos a la creación y reconocimiento del Estado, son considerados como

⁵⁴ González, Mónica y Salazar, Pedro, “Teoría general de los derechos humanos”, *Derechos humanos de las personas migrantes*, www.dhmigrantes.cide.edu/documentos_cacitacion.html, p. 5.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 6.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

...bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para ser protegidos normativamente. Planteamiento que incide en uno de los postulados centrales de la teoría iusnaturalista de los derechos humanos, para la cual la positivización de esos derechos por el ordenamiento jurídico es un acto declarativo no constitutivo; se trata de reconocimiento de unas instancias o valores previos por el derecho positivo, que se limita a dar fe de que existen y asegurar su vigencia.⁵⁶

Para esta teoría los *derechos humanos* tienen los siguientes rasgos:

- Universalidad. Los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos.
- Absolutos. Es la fuerza de la exigencia moral, es el carácter urgente e intransigente de los derechos humanos. Los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos. Alan Gewirth señala que: “Un derecho es absoluto cuando no puede ser desplazado en ninguna circunstancia de tal forma que nunca puede ser infringido justificadamente y debe ser satisfecho sin ninguna excepción”.⁵⁷
- Inalienables; es decir que todos sin excepción alguna son titulares de ellos, se adscriben a los individuos al margen de su consentimiento, o contra él, y se les inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad.

Existe otra corriente, que considera que los derechos humanos para que sean considerados como válidos, deben estar contenidos en el ordenamiento jurídico tanto a nivel nacional como internacional. “Mientras los derechos humanos no estén reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico su existencia plena, garantizada jurídicamente, aún no habrá tenido lugar”.⁵⁸

La corriente positivista descrita previamente, había dominado el pensamiento de la mayor parte del mundo, hasta que las diversas situaciones y posiciones jurídico-subjetivas generaron que esta fuera insuficiente para dar respuesta a las nuevas situaciones que se presentan en

⁵⁶ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 52.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1982, p. 90.

DAYRA VERGARA VARGAS

nuestra época, además de que las nuevas teorías proporcionaban una respuesta a estas novedosas situaciones.

En el siglo XX surgió la doctrina denominada como *iusinternacionalista* en la cual se retomaron algunos de los principios que promovía Francisco de Vitoria en el siglo XVI en lo que él denominó el “derecho de gentes”, que señala que el Estado es responsable por sus actos y omisiones en menoscabo de los derechos de la persona humana, pues fue creado por los mismos seres humanos y debe estar a su servicio. Los individuos además de titulares de los derechos son también portadores de deberes; en el sentido de que el Estado tiene dentro de una de sus facultades la de “...organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵⁹

Conviene resaltar que la aportación más importante de la evolución de la doctrina jurídica internacional, es la inclusión de los individuos como sujetos del derecho internacional; es decir se les reconoce personalidad y capacidad jurídicas internacionales. “La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizó como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico”.⁶⁰

En la actualidad, los Estados como parte de la comunidad internacional, tienen la obligación de actuar tanto en el interior como en el exterior bajo el principio de respeto a los derechos humanos y, con mucha más razón, a los grupos vulnerables, como es el caso de los migrantes.

Los Estados han reconocido ciertas obligaciones y estándares internacionales en materia de derechos humanos, bien por vía convencional, bien por vía consuetudinaria, tal sería el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dichas obligaciones incluyen deberes tanto positivos como negativos, y se encuentran plasmados, aunque de manera general, tanto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas como en la de la Organización de los Estados Americanos, y han sido desarrollados por los tratados y los órganos internacionales de derechos humanos.⁶¹

⁵⁹ Cançado Trindade, Antônio *et al.*, *La persona humana como sujeto del derecho internacional: consolidación de su posición al inicio del siglo XXI*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 153.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 156.

⁶¹ Rodríguez, Gabriela, “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en Martín, Claudia y Rodríguez Pinzón, Diego (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 68.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

Una vez aceptado lo anterior, se debe determinar con base en qué parámetros se llevan a cabo diferenciaciones de los grupos minoritarios, a efecto de hacerlos titulares de derechos humanos.

Al respecto, Miguel Carbonell, haciendo una lectura de la teoría de Luigi Ferrajoli señala que primero se deberá entender la distinción entre desigualdad y diferencia. Al respecto, señala que diferencias son aquellos

...rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades, ya sean económicas o sociales, también según el mismo autor, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción.⁶²

La distinción descrita, va acompañada, la mayoría de las veces, de la falta de reconocimiento cultural y de conductas discriminatorias, lo que genera confusión. “En ambos casos el aseguramiento de los derechos que permitan las diferencias (que constituyen identidades y son por tanto la concreción de la autonomía moral de las personas) y combatan desigualdades (al menos las que sean ilegítimas) pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos”.⁶³

Ahora bien, si partimos de la base de que un conjunto de diferencias constituyen una identidad, y al ser esta una situación de hecho, el derecho tiene la obligación de tutelarlas y garantizarlas con base en el principio de igualdad jurídica.

En este sentido, Ferrajoli elabora un modelo de diferenciación que pretende demostrar la relación entre el derecho y las diferencias, mismo que se divide en:

- Indiferencia jurídica de las diferencias; este modelo es aquel en el que las diferencias no se restringen ni se tutelan, simplemente se ignoran, aquí las diferencias dependerán de la fuerza.
- Diferenciación jurídica de las diferencias; en esta categoría se dan valor a algunas identidades y se les resta valor a otras. Según esto, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como *status* privilegiados, fuentes de derechos y

⁶² Carbonell Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, p. 1004.

⁶³ *Ibidem*, p. 1005.

DAYRA VERGARA VARGAS

de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras, la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje apóstata, extranjero, apátrida, etcétera, se asumen como *status* discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones.⁶⁴

- Homologación jurídica de las diferencias; en este modelo se señala que las diferencias son devaluadas e ignoradas pero en nombre de una incierta afirmación de igualdad.
- Valoración jurídica de las diferencias, este modelo se fundamenta en el principio normativo de igualdad y asegura el derecho fundamental a través de un mecanismo de protección efectivo, es decir una garantía.

Además de los modelos descritos, el doctor Miguel Carbonell propone un quinto modelo en el que se encuentran aquellos ordenamientos jurídicos que reconocen de manera simultánea el principio general de igualdad y asignan derechos específicos a ciertas minorías.

Ahora bien, si partimos de la base de que a las personas migrantes se les diferencia de las nacionales en virtud de su pertenencia a un Estado que no es en el que están habitando, se debe reconocer esta diferencia y con base en el principio de universalidad de los derechos humanos, tutelarlos.

Asumiendo lo anterior, el debate se centra en tres cuestiones:⁶⁵

1. Teniendo presente el avance de las relaciones internacionales y la inclusión de los Estados en la comunidad internacional, la controversia versa sobre si se deben abrirse o no las fronteras y cuáles serán las condiciones de dicha apertura, en su caso.

2. Si se decide abrir las fronteras, se deberá determinar quién entra y quién no, pero tomando en cuenta criterios válidos, de acuerdo con la realidad social en que vivimos actualmente, es decir teniendo en cuenta la ilegalidad que envuelve el fenómeno migratorio y las constantes violaciones a los derechos humanos como producto de la misma.

3. Una vez que se determine quienes entran y quienes no, se debe decidir cuáles son los derechos que deben tener. En este sentido, se deben tener presente los grandes peligros a los que están sujetos los migrantes, ya que debido a las constantes políticas anti-migratorias en

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁵ Carbonell, Miguel, Mesa III: Ciudadanía y migración, *Seminario Democracia, paz y derechos, ejes del pensamiento ilustrado, a cien años del nacimiento de Norberto Bobbio*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, febrero de 2010.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

nuestro país por ser el enlace con los Estados Unidos de Norteamérica, la mayoría de las veces se cruza de forma ilegal, lo que coloca a las personas migrantes en una situación de vulnerabilidad en la que invariablemente se cometen violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, como las abordadas previamente.

Como podemos percibir, el panorama de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes no es muy alentador y mucho menos en lo que hace a la titularidad de estos en tanto seres humanos; si bien hay datos que nos demuestran que en los últimos años se ha trabajado en el tema, aún hay mucho por hacer, pero el simple hecho de que este fenómeno ya esté siendo objeto de la agenda de los estados, organismos internacionales y en algunos casos nacionales, nos da motivación para seguir elaborando propuestas a fin de lograr encontrar una solución viable.

V. POLÍTICAS MIGRATORIAS

Los movimientos migratorios son fenómenos que han estado presentes permanentemente en la historia de la humanidad. La intensidad y dirección de los mismos dependen de muchos factores, pero en los últimos años y derivado de la apertura de los mercados y el establecimiento del “nuevo orden mundial”, este fenómeno ha adquirido nuevos matices.

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI, importantes acontecimientos políticos como el fin de la Segunda Guerra Mundial, la caída del comunismo en Europa, así como el posterior derrocamiento de las dictaduras en América Latina, influyeron notablemente en la economía mundial y en la migración internacional. “Los flujos provenientes de los países subdesarrollados no proliferan al azar. Rastreador conexiones bien establecidas, cuyas raíces se encuentran en el colonialismo, la guerra, la ocupación militar, el reclutamiento laboral y la penetración económica”.⁶⁶

Las principales consecuencias en esta transición histórica, fueron la adopción de nuevas formas democráticas para contravenir las totalitarias, así como la reformulación de las relaciones internacionales, evitando el conflicto y orientándose hacia la cooperación internacional.

⁶⁶ Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires, Organización Internacional de las Migraciones, Paidós, 2002, p. 38.

DAYRA VERGARA VARGAS

En el ámbito económico, con la apertura de los mercados bajo el principio de libre movimiento de capital, productos y trabajo, así como la integración regional como premisa para aumentar la productividad, las migraciones masivas se intensificaron, por lo que los diversos países se vieron en la necesidad de implementar políticas públicas a nivel interno y externo para atender dicho fenómeno.

Para efectos de esta investigación, entendemos por política pública:

...una concatenación de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores públicos y ocasionalmente privados —cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían— a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendientes a modificar el comportamiento de grupos sociales que, se supone, originan el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales).⁶⁷

Ahora bien, lo que se busca atacar dentro de los estados es un fenómeno que está determinado por un orden económico global, cuya dinámica es mucho más compleja, con mayores alcances y en donde los estados juegan un papel secundario. En consecuencia, las medidas administrativas que implementan los estados al interior, son pequeñas políticas públicas que no logran identificar el problema colectivo y por tanto no lo resuelven.

La mayoría de los estados implementan medidas restrictivas e incluso penalizan la migración, lo que evidentemente produce ilegalidad masiva.

Con un pragmatismo ingenuo y autoritario, se pretende derrotar a la lógica de la supervivencia y de los mercados de trabajo con la lógica de la burocracia policial. Los resultados finales de esta estrategia todavía están por evaluarse, pero los efectos observables hasta ahora sólo presentan un cuadro de ilegalidad que, a su vez, produce inseguridad creciente, competencia desleal, desfinanciación de los servicios públicos y violación de los derechos humanos. Se está transformando un problema en un conflicto social.⁶⁸

⁶⁷ Knoepfel, Peter *et al.*, *Análisis y conducción de las políticas públicas*, trad. de Miriam Hinojosa Dieck, Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, 2003, p. 28.

⁶⁸ Mármora, Lelio, *op. cit.*, 2002, p. 381.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

La problemática de la migración latinoamericana, en su mayoría se origina derivada de la migración de las personas de los países subdesarrollados a los países desarrollados en busca de mejores empleos, salarios, calidad de vida, etcétera. En consecuencia, el fenómeno migratorio ha comenzado a ser tomado en cuenta en la política multilateral, por lo que es necesario implementar políticas públicas nacionales en complemento con las regionales.

Con base en lo anterior, Lelio Mármora propone una triple acción estratégica que involucra diferentes políticas públicas, misma que se describe a continuación.

1) Retener a la población; es decir, actuar sobre la población potencialmente migrante que por diversas causas desean abandonar su lugar de origen o bien retornar al mismo, en este sentido, existen tres posibles niveles:

- a) Macroeconómico mundial; es decir la posibilidad de influir en las causas que producen los movimientos migratorios. Lo cual se logra brindando al migrante potencial las condiciones necesarias para sobrevivir en su lugar de origen.
- b) Generar espacios de integración regional; mediante el establecimiento de apertura e intercambio equilibrado de bienes, con la finalidad de disminuir las diferencias económicas tan grandes.
Con la implementación de esta acción, se busca retener a las personas en su lugar de origen y permitir los movimientos poblacionales al exterior, pero por ofertas de empleo y oportunidades de desarrollo personal y no por necesidades de subsistencia básica.
- c) Retención focalizada, es decir, promover el desarrollo económico y social, así como el financiamiento de actividades productivas a través de la cooperación internacional.

2) Regular adecuadamente las migraciones existentes; es decir, el valor que se le otorga a la migración en los programas de desarrollo. En este caso, lo que se busca es revalorizar el trabajo de los migrantes en los países de recepción y denostar el beneficio que genera para los mismos.

Lo anterior puede llevarse a cabo mediante la implementación de migraciones temporarias, sobre todo en Europa.

3) Incorporar a los migrantes ya instalados; en este caso las personas ya estén completamente establecidas en el país receptor, por lo que el objetivo es buscar incluirlos en las estructuras sociales, políticas y económicas, bajo el margen del respeto a sus derechos humanos.

DAYRA VERGARA VARGAS

Una vez que se lleven a cabo las acciones de retención, regulación e incorporación, los estados deben implementar un plan de gobernabilidad migratoria, bajo dos condiciones esenciales: legitimidad y eficacia. El doctor Lelio Mármora señala los matices de estas dos condiciones.

1. Legitimidad; es decir actuar conforme a derecho, independientemente de lo anterior, la literatura jurídica le ha otorgado un matiz distintivo. “Quien piensa en “legitimidad”, alude a justificación; “legalidad” sugiere la búsqueda de un fundamento”.⁶⁹ Lo anterior es importante, en virtud de que influye en el grado de credibilidad interna y externa.

- Equidad, con que los Estados dan respuesta a las demandas de los migrantes. Es decir, el consenso de intereses que entraña la cuestión migratoria al exterior, de los países involucrados y al interior, con los sectores de la población del país receptor.
- Cumplimiento de los acuerdos; es decir, de las normas nacionales e internacionales, así como de los principios del derecho internacional aceptados por la comunidad internacional. En este apartado, invariablemente entran en conflicto dos aspectos:
 - i. Soberanía vs. Derechos Humanos. En este punto, el gran problema lo identificamos en la responsabilidad del Estado en el manejo interno y las situaciones de desigualdad que hay en el mismo. “No existe contradicción entre soberanía y derechos humanos, porque no es legítimo un Estado soberano que no esté basado en un Estado de derecho. Es la legitimidad misma del Estado la que entra en duda cuando éste no respeta los derechos humanos de sus miembros. Y la duda es aún mayor cuando, además no respeta los derechos de una parte de sus miembros por el hecho de ser extranjeros”.⁷⁰
 - ii. Soberanía vs. Integración regional. En este segundo punto, se involucran las decisiones que normalmente eran determinadas por los Estados; sin embargo, en la actualidad éstas deben ser acorde con los parámetros establecidos en la comunidad internacional, en consecuencia, muchos estados no cumplen con los acuerdos internacionales. Una posible solución a lo anterior, es hacer uso del *soft*

⁶⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Enciclopedia jurídica latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. VII, p. 52.

⁷⁰ Mármora, Lelio, *op. cit.*, 2002, p. 393.

DERECHO HUMANOS DE MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA

law,⁷¹ con la finalidad de reforzar el sentido de que cierta práctica es legalmente obligatoria.

- Transparencia; es decir el acceso de la ciudadanía a todas las determinaciones y procesos que se originen en los órganos del Estado.
2. Eficacia, estableciendo objetividad en el análisis del fenómeno, para lo que se requiere:
- Realismo para plantear la estrategia de acción; es decir la coincidencia entre el problema, las metas que se fijen para solucionarlo y los medios disponibles para poder cumplirlo.
 - Eficiencia en la ejecución; es decir la capacidad para producir un efecto en los procesos de decisión, ejecución y control de la migración.

En la práctica, en los últimos años se han implementado una serie de estrategias y políticas públicas similares a las descritas, en espacios nacionales, regionales e internacionales.

La Organización de las Naciones Unidas por su parte, ha organizado foros y reuniones conjuntas con la finalidad de incluir en la Agenda Internacional, la problemática de la migración. Además, se han creado diversos órganos a nivel internacional, con la finalidad de analizar el fenómeno migratorio como la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, misma que se encarga de elaborar informes sobre la migración y el desarrollo, es decir, dicha Comisión es el Grupo ad hoc sobre migraciones, que reúne a más de 40 países y se encarga de abordar las diferentes problemáticas que existen en torno a la migración.

En materia laboral, la Organización Internacional del Trabajo, tiene un grupo especial que se encarga de verificar y regular todo lo concerniente a las migraciones laborales. La Organización Internacional de las Migraciones, constantemente convoca a foros internacionales con la finalidad de intercambiar experiencias con miras a identificar soluciones y fomentar una mayor cooperación

⁷¹ Determinadas resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de los órganos representativos de otras organizaciones internacionales, así como algunas declaraciones de las conferencias de Estados (especialmente en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea) tienen un significado difícil de clasificar. Ellas tienen relevancia legal, sin fundamentar directamente derechos y deberes. Para tales instrumentos que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes, se ha acuñado el concepto de *soft law*. Herdegen Mattias, *op. cit.*, 2005, pp. 163 y 164.

DAYRA VERGARA VARGAS

La regularización es una herramienta política que las autoridades pueden utilizar para recuperar el control de la migración ilegal. Sin embargo, para evitar que se convierta en el principal instrumento de gestión de las migraciones, la regularización debe complementarse con políticas que se ocupen de la demanda de mano de obra, proporcionen incentivos para el retorno ordenado de los migrantes y prevean la estancia a largo plazo de aquellos que cuenten con empleos seguros y puedan realizar una contribución a la sociedad de acogida.⁷²

Como se puede observar, existe un importante número de órganos, programas, informes, etc. a nivel internacional que se enfocan únicamente en el fenómeno migratorio; sin embargo, muchos países no han logrado identificar la magnitud del problema ni han tomado en cuenta los esfuerzos internacionales para contrarrestarlo.

⁷² Migración Internacional y desarrollo, Informe del secretario general de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Sexagésimo periodo de sesiones, A/60/871, 18 de mayo de 2006, párrafo 88, p. 20.