Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-18/03

Estudio introductorio
Sergio García Ramírez



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MÉXICO

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-18/03

Estudio introductorio

Sergio García Ramírez

MÉXICO, 2004

Primera edición: abril, 2004
ISBN: 970-644-364-9

© **Comisión Nacional**
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

ESTUDIO INTRODUCTORIO

La función consultiva de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos y la OC-18/2003
Dr. Sergio García Ramírez 9

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03

Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003,
solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición
jurídica y derechos de los migrantes indocumentados 49

VOTOS RAZONADO Y CONCURRENTES

Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade 203
Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez
a la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre “Condición jurídica
y derechos de los migrantes indocumentados” del 17 de septiembre
de 2003 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 253
Voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes 271
Voto concurrente del juez Alirio Abreu Burelli 277

ANEXOS

Convención Americana sobre Derechos Humanos 287
Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 323
Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 337

ESTUDIO INTRODUCTORIO

LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA OC-18/2003

Dr. Sergio García Ramírez[*]

CONTENIDO: 1. Función jurisdiccional consultiva. 2. Antecedentes y desarrollo. 3. México y la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. La Opinión Consultiva OC-18/2003.

1. FUNCIÓN JURISDICCIONAL CONSULTIVA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana de esta materia, de la que México es Estado parte, posee una doble atribución jurisdiccional: consultiva, por una parte, y contenciosa, por la otra. En este sentido, acoge la tradición de varios órganos internacionales que igualmente cuentan con atribuciones en ambos campos. En esta nota introductoria a la publicación, por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de una relevante opinión consultiva aportada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me ocuparé, sobre todo, de aquella expresión del quehacer judicial internacional. En la especie, se trata de la opinión identificada como *OC-18/2003* —atendiendo así al número que guarda en el conjunto de las consultas atendidas por la Corte y al año en que fue emitida—, que requirió el Gobierno de México.

---

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Presidente electo de este Tribunal para el periodo 2004-2006.

La función contenciosa, característica de un órgano jurisdiccional, permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso conducente a resolverlo —sin perjuicio de que éste cese por composición entre las partes contendientes— y emitir la sentencia que resuelve la controversia y dispone, en su caso, una condena. En aquélla se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública, en sentido estricto: *notio, vocatio, coertio, juditio* y *executio*, con las modalidades específicas que impone el carácter internacional de la violación (supuestamente) cometida, la naturaleza jurídica de los litigantes, la responsabilidad alegada, el enjuiciamiento seguido, la resolución adoptada y la ejecución de ésta, a la que se vinculan los actos de supervisión del cumplimiento que asume el tribunal en virtud de las facultades inherentes a la jurisdicción que ejerce.

La misión consultiva, a su vez, no entraña necesariamente un conflicto *inter partes*, aunque en cada caso pueden subyacer entendimientos diferentes de una situación o una norma, que culminarían, eventualmente, en una disputa cuya solución corresponda a los tribunales dotados de competencia contenciosa, sea en el plano internacional, sea en el doméstico. En esta hipótesis se trata de desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza y las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho, analizar la conformidad de unas normas con otras a las que aquéllas debieran ajustarse, etcétera. Se trata, pues, de *saber*, más que de *resolver: contestar a una pregunta*, de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica, mejor que *decidir un conflicto* a través de una norma individualizada, de observancia obligatoria. Por lo tanto, la consulta culmina en una *opinión*, en contraste con el litigio llevado ante un tribunal, que normalmente concluye con una *sentencia.*

La competencia contenciosa posee una eficacia de primer orden para la vida social y jurídica: en efecto, aleja el imperio de la fuerza en la solución de los conflictos y aporta la vía jurídica que encauza éstos, de manera pacífica y justa, a través del proceso. Por el imperio que se atribuye a la sentencia de última o única instancia, la solución que el tribunal proporciona cierra la disputa y ordena, para lo sucesivo, el comportamiento de las partes; fija sus derechos y sus deberes en el caso concreto. Esta determinación puede tener mayor alcance, evidentemente, en la medida en que a través de ella se establece el sentido de una norma —la disposición aplicada en la sentencia y para los fines de ésta—, y de esta suerte se construye una jurisprudencia orientadora. Sin embargo, este último efecto no es lo que caracteriza rigurosamente a la sentencia, cuyo pro-

pósito es decidir una contienda específica, no regular la conducta futura de otras personas o instituciones. Obviamente, la jurisdicción internacional, que suele ejercerse sobre casos "paradigmáticos", aspira a generar derroteros para el futuro, no exclusivamente a dirimir conflictos en el presente. De ahí el enorme valor que la jurisprudencia internacional posee como fuente del derecho de gentes, en los términos del artículo 38, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

No sucede lo mismo con la función consultiva, que no ordena en un caso concreto, sino mira hacia un horizonte más amplio y establece un criterio que pudiera campear, llegado el momento, en la solución de las controversias que se susciten en la materia que la opinión abarca. Si no hay contienda —es decir, litigio en la concepción de Carnelutti: conflicto de intereses caracterizado por la existencia de una pretensión y la resistencia a ésta—, tampoco puede haber partes en sentido material y formal, ni actos de juicio, ni sentencia que se imponga inexorablemente. Por lo que hace a la eficacia de las opiniones, la Corte Interamericana reconoce que éstas, "por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para [las] sentencias en materia contenciosa" (*OC-1/82*, párr. 51). Ahora bien, las opiniones consultivas emitidas por los órganos internacionales poseen notable trascendencia, contribuyen a generar —o a recibir— una *opinio juris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la prevención de los conflictos y la solución de las controversias.

En este orden se plantean numerosas cuestiones interesantes, que establecen los caracteres, los límites y los efectos de las opiniones consultivas. No me propongo abordarlas con detalle en la presente nota introductoria, que no aspira a ser un estudio sobre las opiniones consultivas, ampliamente examinadas en la jurisprudencia y la doctrina. Es preciso, sin embargo, mencionar algunas consideraciones formuladas por la Corte Interamericana, que auxilian en el tratamiento de esta materia. Ante todo, ese tribunal se ha planteado la justificación, el sentido, el propósito que tiene la función consultiva. Se trata —ha dicho a este respecto— de "coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA" (*OC-1/82*, párr. 25). Evidentemente, la solicitud debe ser desechada si no corresponde a este propósito y por ello desnaturaliza la función consultiva de la Corte.

En cuanto a la invocación de hechos y razones que pudieran identificar temas conflictivos, el mismo tribunal se ha remitido (*OC-3/83*, párr. 44), al aceptar aquélla, al criterio expresado por la Corte Internacional de Justicia: "Una regla de derecho internacional, convencional o consuetudinario no se aplica en el vacío; se aplica en relación con hechos y dentro del marco de un conjunto más amplio de normas jurídicas, del cual ella no es más que una parte. En consecuencia, para que una pregunta formulada en los términos hipotéticos de la solicitud pueda recibir una respuesta pertinente y útil, la Corte debe, ante todo, determinar su significado y su alcance en la situación de hecho y de derecho donde conviene examinarla" (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt, Advisory Opinión, ICJ. Reports 1980*, p. 76).

Igualmente, el tribunal interamericano ha sostenido que su competencia consultiva constituye un "método judicial alterno" para la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*OC-3/83*, párr. 43), "lo que indica que esa competencia no debe, en principio, ejercitarse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva" (*OC-9/87*, párr. 1). El "señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular [...] e ilustrar distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la [...] opinión consultiva [...] sin que sea por esto necesario que el tribunal emita pronunciamiento sobre dichos ejemplos [que] permiten al tribunal señalar que su opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés de la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos" (*OC-16/99*, párr. 49).

Esto lleva a considerar el problema que se plantea a propósito de consultas cuya materia entraña cuestiones actual o potencialmente contenciosas. La Corte Interamericana ha rechazado cualquier intento de "desvirtuar el sistema de la Convención, buscando una solución encubierta de asuntos litigiosos en perjuicio de las víctimas" (*OC-13/93*, párr. 18), y ha entendido que "una respuesta a las preguntas [planteadas en la solicitud de opinión] que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención" (*OC-12/91*, párr. 28). Hubo una vez en que el tribunal hizo uso

de la facultad de no responder a una consulta, "por cuanto podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión" (*ibid.*, párr. 30).

Empero, lo anterior no quiere decir —ha señalado igualmente el tribunal interamericano— que "la Corte no pueda emitir una opinión consultiva a solicitud de la Comisión cuando un asunto está pendiente ante ésta" (*OC-13/93*, párr. 19), porque "si se le impidiera a la Comisión solicitar una opinión consultiva simplemente porque uno o más gobiernos se encuentran involucrados en una disputa con la Comisión sobre la interpretación de una disposición de la Convención, muy rara vez podría ésta valerse de la competencia consultiva de la Corte" (*OC-3/83*, párr. 38).

Al examinar un asunto sujeto a consulta, la Corte recordó que

> [...] el derecho a solicitar opiniones consultivas según el artículo 64 fue otorgado a los órganos de la OEA "en lo que les compete". Eso implica que ese derecho también fue otorgado con el fin de ayudar a resolver aspectos legales en disputa dentro del contexto de las actividades de un órgano... Resulta claro, por lo tanto, que el mero hecho de que exista una controversia entre la Comisión y el gobierno..., acerca del significado del artículo 4o. de la Convención no es suficiente fundamento para que la Corte se abstenga de ejercer su competencia consultiva.

Sobre el particular, la CIDH trae a colación la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que en varios casos

> [...] ha rechazado reiteradamente toda petición de abstenerse de ejercer su competencia consultiva en situaciones en donde se alegue que, por existir una controversia sobre el punto, lo que se está pidiendo a la Corte es que falle sobre un caso contencioso encubierto... Al proceder de esta manera, la Corte de La Haya ha reconocido que la opinión consultiva podría eventualmente llegar a afectar los intereses de Estados que no han accedido a su competencia contenciosa y que no están dispuestos a litigar sobre el asunto. La cuestión decisiva siempre ha sido si el órgano solicitante tiene un interés legítimo en obtener la opinión con el fin de orientar sus acciones futuras (*OC-3/83*, párrs. 39-40).

2. Antecedentes y desarrollo

Como dije, existe una tradición consultiva en los órganos jurisdiccionales internacionales. Al respecto, vale tomar en cuenta los precedentes notables y sus alcances a propósito de la materia sujeta a consulta y de los sujetos legitimados para formularla. Esto permitirá situar en un contexto pertinente la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en algunos extremos posee, como veremos, una amplitud que no tienen, en sus casos, otros tribunales internacionales. Para esta reflexión traeré a cuentas los regímenes correspondientes a la Corte Internacional de Justicia, que tiene antecedente en la Corte Permanente de Justicia Internacional, y a la Corte Europea de Derechos Humanos.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, del 26 de julio de 1945, faculta a ese tribunal para "emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma" (artículo 65). Es preciso considerar, pues, las estipulaciones que al respecto contiene la Carta de las Naciones Unidas. Esta previene que "la Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica" (artículo 96.1), y previene que "los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar a la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades" (artículo 96.2). De aquí se desprende, pues, una amplia competencia consultiva en razón de la materia —en la versión más extensa: "cualquier cuestión jurídica", conforme al primer párrafo del precepto mencionado—, y una restringida legitimación activa: solamente la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, para aquellos fines materiales dilatados, y otros órganos y organismos —éstos, previa autorización específica— para fines materiales restringidos a sus propias atribuciones funcionales.

En lo que atañe a la Corte Europea de Derechos Humanos, hay que tomar en cuenta las prevenciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, reformado en este extremo por el Protocolo 2. El vigente artículo 47 de esa Convención estatuye que "el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a

solicitud del Comité de Ministros (del Consejo de Europa), acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos" (párr. 1), y dispone que tales opiniones "no podrán referirse ni a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y en sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio" (párr. 2). Se advierte, así, que existe una notable restricción material, conforme al párrafo 2, para evitar la interferencia de una opinión consultiva con la solución de un asunto contencioso, y que se acota rigurosamente la legitimación activa para solicitar opiniones: exclusivamente el Comité de Ministros del Consejo de Europa, no así otros órganos o los Estados partes en el Convenio.

En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha creado un sistema consultivo que abarca un amplio espectro de cuestiones y legitima a un extenso número de solicitantes. En su primera Opinión Consultiva, la Corte Interamericana examinó los precedentes mundial y europeo, anotó las restricciones que presentan y destacó las características del sistema instituido por el Pacto de San José, tomando en cuenta para ello los trabajos preparatorios que condujeron a la adopción del vigente artículo 64. En este examen, el tribunal manifestó:

> Los trabajos preparatorios de la Convención confirman el propósito de ésta, en el sentido de definir del modo más amplio la función consultiva de la Corte. La primera proposición sobre la materia se incluyó en el anteproyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su periodo extraordinario de sesiones de julio de 1968, que fue adoptado por el Consejo de la OEA en octubre del mismo año (OEA/Ser.G/V/C-d-1631). El artículo 53 de este texto rezaba: "La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y los Estados parte, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales".
>
> Dicho texto, cuya amplitud, de por sí, superaba otros antecedentes análogos en derecho internacional, fue modificado por el artículo 64 de la vigente Convención, para extender aún más la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a la facultad de consulta, se le confirió, además, a los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y a los Estados miembros de la Orga-

> nización, aunque no fueran partes de la Convención. Y por lo que toca a la materia consultable, se sustituyó el singular del artículo 53 del anteproyecto de Convención ('otro tratado concerniente') por el plural ('otros tratados concernientes') lo que demuestra, en su conjunto, una marcada tendencia extensiva" (*OC-1/82*, párr. 17).

Así las cosas, han quedado legitimados, con ciertas precisiones que resultan de la materia de la consulta, a la que me referiré en seguida, tanto los Estados —que no lo están en los supuestos equivalentes de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos—, como diversos órganos de la OEA, bajo un sistema abierto y en un número que tampoco se presentan en la hipótesis de aquellos tribunales. Además de que tienen legitimación todos los Estados miembros de la Organización y no solamente los que son parte en la Convención —no lo son, por ejemplo, los Estados Unidos de América, Canadá y algunos Estados caribeños—, o los que han reconocido la otra vertiente jurisdiccional de la Corte, de carácter contencioso —aceptada por 21 Estados—, la ostentan igualmente los órganos recogidos por el Capítulo X de la Carta regional reformada en Buenos Aires, es decir: Asamblea General, Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Consejos, Comité Jurídico Interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General, Conferencias Especializadas y Organismos Especializados (artículo 51).

Para la debida comprensión de ese artículo 51, hay que tomar en cuenta que la Carta de la OEA prevé la existencia de varios consejos: Consejo Permanente de la Organización, Consejo Interamericano Económico y Social y Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (artículo 68); que "las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana" (artículo 128), y que tienen el carácter de Organismos Especializados Interamericanos los "organismos intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos" (artículo 130).

Dado que el artículo 64.1 se refiere a consultas formuladas por órganos de la OEA en lo que "compete" a éstos, hay que tomar en cuenta la diferencia que hace la Corte en lo que respecta a la legitimación consultiva o consultante de los Estados y la que corresponde a los órganos de la OEA:

> [...] mientras los Estados miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de estos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en los que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente (*OC-2/82,* párr. 14).

En este ámbito es preciso distinguir —como lo hace el artículo 64 de la Convención— dos hipótesis *materiales* en las que se actualiza la función consultiva. Tomando en cuenta sus características sobresalientes, se podría hablar, en primer término, de consultas sobre normas internacionales aplicables a los países americanos, y, en segundo, de consultas sobre la congruencia de las normas nacionales con las disposiciones internacionales. En cada caso hay especificaciones sobre la legitimación de los consultantes y el procedimiento conducente a la emisión del parecer de la Corte.

Por lo que toca a la primera hipótesis mencionada, el artículo 64.1 del Pacto de San José dispone que los Estados miembros de la OEA "podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". Como antes señalé, eso mismo podrán hacer, aunque sólo en el ámbito de su competencia o interés institucional —es decir, para los efectos de sus funciones específicas, previstas en las normas aplicables a éstas— los ya citados órganos que previene el Capítulo X de la Carta de la OEA. Se trata, en fin, de absolver consultas sobre cualesquiera —porque no hay restricción explícita— cuestiones de interpretación correspondientes a tratados aplicables a los Estados americanos. En su conjunto, el precepto abarca a la propia Convención Americana, sus protocolos, otros tratados interamericanos y convenciones internacionales de más amplio alcance subjetivo, a condición de que sean aplicables a los Estados de nuestro Continente.

En virtud de que se trata, en este supuesto, de hacer luz sobre cuestiones que interesan o pueden interesar a todos los Estados americanos —pensemos, por ejemplo, en puntos relacionados con los pactos internacionales de las Naciones Unidas, de generalizada admisión, o en la Convención sobre los Derechos

del Niño, o en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, a la que me referiré *infra*—, el trámite previsto por el Reglamento de la Corte implica la notificación de la solicitud a todos los Estados miembros de la Organización, con el fin de que puedan ejercer el derecho a expresar su posición con respecto al asunto sujeto a consulta, lo cual se hará a través de documentos o mediante planteamientos orales en la audiencia respectiva, o por ambas vías. También podrán participar en este procedimiento —y así ha ocurrido con saludable frecuencia— personas u organismos en calidad de *amici curiae*.

Este amplio alcance de la función consultiva desecha cualquier distinción radical entre universalismo y regionalismo. La CIDH ha precisado que

> [...] la sola limitación que nace [del artículo 64] es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó, de ninguna manera.

Además,

> [...] no existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste (*OC-1/82*, párrs. 37 y 48).

En este punto se ha mencionado el problema que surgiría si se aportan interpretaciones diversas de un mismo texto internacional tutelar de los derechos humanos, por parte de órganos jurisdiccionales diferentes, cada uno en ejercicio de su propia atribución consultiva. La Corte Interamericana ha considerado esta preocupación y observado que siempre existe, sin duda, la posibilidad de llegar a interpretaciones contradictorias.

> En todo sistema jurídico —manifestó— es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe

> extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado (*OC-1/82*, párr. 50).

También es interesante considerar aquí el caso de convenios internacionales cuyo objeto principal no son los derechos humanos, sino materias de otra naturaleza, pero contienen disposiciones que reconocen derechos de aquel carácter en favor de los individuos. Tal ha sido el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en lo que atañe al derecho de información sobre asistencia consular a los detenidos de nacionalidad extranjera. La solicitud correspondiente no inquiere sobre

> [...] si el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es la protección de los derechos humanos, sino si una norma de ésta concierne a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal.

Y en el supuesto planteado, queda claro que el artículo 36.1.a) de la Convención de Viena "consagra el derecho a la libre comunicación, cuyos titulares —como lo revela en forma unívoca el texto— son tanto el funcionario consular como los nacionales del Estado que envía, sin que se hagan ulteriores precisiones con respecto a la situación de dichos nacionales" (*OC-16/99*, párrs. 76 y 78).

También resulta interesante establecer si la Corte cuenta con atribuciones para recibir consultas, al amparo del artículo 64.1 de la Convención, acerca de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento que no tiene la naturaleza de tratado internacional. El tribunal interamericano examinó este punto y consideró que es posible consultar sobre la Declaración, en tanto ésta resulta indispensable para fijar el alcance de las disposiciones

contenidas en instrumentos que poseen, incuestionablemente, la condición de tratados internacionales. La CIDH hizo ver que

> [...] los Estados miembros (de la OEA) han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

Añadió la Corte:

> [...] teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos (*OC-10/89*, párrs. 43-44).

En cuanto a la segunda hipótesis aludida *supra*, esto es, la referente a consultas sobre la congruencia de las normas nacionales con las disposiciones internacionales, el párrafo 2 del artículo 64 dispone que "la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes y los mencionados instrumentos internacionales". Se trata, pues, de confrontar un texto nacional con un documento internacional. En la especie,

> [...] no es indispensable cumplir con el sistema de notificaciones previsto (para la hipótesis del artículo 64.1), sino que se deja a la Corte un amplio margen para fijar las reglas procesales de cada caso, en previsión de que, por la propia naturaleza de la cuestión, la consulta deba resolverse sin requerir puntos de vista externos a los del Estado solicitante (*OC-4/84*, párr. 17).

Se ha planteado el problema que representa la admisibilidad de una consulta relativa a proyectos de ley, no a ordenamientos en vigor, considerando que el artículo 64.2 de la Convención se refiere a "cualquiera de [las] leyes" de un Estado. En un asunto anterior, la Corte definió el sentido de la palabra "leyes"

en los términos del artículo 30 de la Convención Americana, para establecer qué actos jurídicos, abarcados bajo aquella denominación, pueden disponer válidamente ciertas restricciones a libertades y derechos contemplados por la Convención y autorizadas por ésta (*OC-12/91*), y otro tanto hizo en lo que respecta a la referencia a la ley, contenida en el artículo 14.1, acerca del derecho a la rectificación o respuesta (*OC-7/86*).

En el tema que ahora nos interesa, el tribunal examinó conjuntamente el alcance de los párrafos 1 y 2 del artículo 64, y llegó a la conclusión de que el primero de ellos confiere atribuciones a la Corte "para responder una solicitud de opinión consultiva, formulada por un Estado miembro de la OEA, que involucrara el problema de la compatibilidad entre un proyecto de ley que tenga pendiente y la Convención"; y que "la única diferencia importante entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 y las que lo son según el artículo 64.2, es de procedimiento". De esta afirmación se desprende el criterio del tribunal sobre la admisibilidad de consultas sobre proyectos de ley interna: sólo hay diferencia en el trámite de la consulta, no así en el contenido de ésta *lato sensu*.

La Corte apoya ese argumento de admisibilidad con una consideración sobre su pertinencia y racionalidad. En efecto, entender que las solicitudes han de versar, conforme al artículo 64.2, sobre leyes vigentes, es decir "leyes cuyo proceso de formación se haya perfeccionado", traería como consecuencia que los Estados "estarían obligados a cumplir todo el procedimiento de derecho interno para la formación de las leyes, antes de poder solicitar la opinión de la Corte sobre su compatibilidad con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" (*OC-4/84*, párr. 18). A mayor abundamiento, el tribunal recuerda (*ibid.*, párr. 19) que la función consultiva constituye un servicio a los Estados para coadyuvar con éstos en el cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a derechos humanos (*OC-1/82*, párr. 39) y que no se haya sometido al formalismo característico del proceso contencioso (*OC-3/83*, párr. 43).

En los primeros años de labor de la Corte Interamericana, que fue instalada en San José al final de 1979, se presentaron varias solicitudes de opinión consultiva. Las demandas sobre violaciones a la Convención, que desencadenan procesos y culminan en sentencias, llegarían varios años después: en 1981 conoció el tribunal del *Caso Viviana Gallardo*, que no fue admitido, y no sería sino hasta 1986 que se plantearían los llamados "casos contra Honduras", a saber: *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* y *Fairén Garbi* y *Solís Corrales*.

El 28 de abril de 1982, Perú planteó la primera solicitud de opinión consultiva, que sería contestada el 24 de septiembre del mismo año. Fue denominada y clasificada como *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte* (*artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82*). A partir de entonces, y hasta la mitad de 2003, se plantearían 18 solicitudes, las más en la primera década de actividades de la Corte. Se observa que ha disminuido el número de solicitudes de este carácter, que alguna vez constituyeron la mayor ocupación del tribunal, a cambio de que aumente en forma constante el número de casos contenciosos, que se han multiplicado en la última década.

Es atribución de la Corte dictar las normas que regulan el procedimiento, dentro del espacio que fijan la Convención Americana y el Estatuto del tribunal. Se halla vigente un cuarto reglamento, expedido en el XLIX Periodo de Sesiones, que se celebró entre el 16 y el 25 de noviembre de 2000. Este ordenamiento, que recoge la experiencia acuñada a través de la aplicación de la normativa precedente, incorpora cambios notables acerca de la participación procesal de la víctima y la simplificación del procedimiento; igualmente, dedica el Título III a las opiniones consultivas. En este conjunto de normas —artículos 59 a 64 del Reglamento— estatuye sobre el trámite de las consultas. El precepto 59, relativo a la interpretación de la Convención, dispone la expresión de las preguntas específicas que deben formular los solicitantes, la indicación de disposiciones cuya interpretación se pretende y la manera en que la consulta afecta la esfera de competencia de los órganos de la OEA, cuando aquélla proviene de alguno de éstos. El artículo 60 se refiere a la interpretación de otros tratados, y el 61 a la interpretación de leyes internas.

Una vez recibida la solicitud de opinión, se hace llegar copia de la instancia a todos los Estados miembros de la OEA, a la Comisión Interamericana, al Consejo Permanente de la Organización, al Secretario General de ésta y a los órganos de ella cuya esfera de competencia se interesa. Es importante observar el diverso trámite que se asigna a las opiniones consultivas sobre tratados y a las correspondientes a leyes internas. En aquel caso, el Presidente de la Corte puede, por sí mismo, invitar o autorizar a cualquier persona interesada a que presente una opinión escrita sobre los puntos sujetos a consulta. En cambio, cuando esta versa sobre leyes internas —o proyectos— "lo podrá hacer en consulta con el Agente" designado por el Estado solicitante para actuar en el procedimiento. El Reglamento sólo ordena la consulta, pero no sujeta al resul-

tado de ésta la conducta posterior del Presidente de la Corte. Se entiende, pues, que éste, una vez oído el parecer del Estado, puede convocar la participación de *amici curiae* si lo juzga pertinente para el adecuado desahogo de la consulta. En ambos supuestos cabe la posibilidad de que, una vez concluido el procedimiento escrito, se lleve a cabo el procedimiento oral, que se realiza a través de la audiencia. Ahora bien, para este último efecto, si se trata de ley local, el Presidente también deberá consultar previamente al Agente (artículo 63).

Las normas procesales concernientes a los asuntos contenciosos tienen carácter general con respecto a las disposiciones relativas a los asuntos consultivos. De ahí que éstas se apliquen de manera preferente y que aquéllas puedan ser aplicadas en el trámite de las consultas, en forma subsidiaria, cuando la Corte lo juzgue conveniente (artículo 63 del Reglamento; asimismo, artículo 57, que corresponde al pronunciamiento y comunicación de las sentencias en asuntos contenciosos y se aplica, por mandato del artículo 64.1 del Reglamento, a la emisión de las opiniones consultivas). El artículo 64 del mismo ordenamiento estipula el contenido de las opiniones. Además de la presentación de las cuestiones sometidas a la Corte, la relación de los actos del procedimiento y los fundamentos de derecho, el documento deberá ofrecer la opinión puntual de la Corte. Los jueces que participan en este procedimiento pueden unir a la opinión consultiva sus votos razonados, disidentes o concurrentes, lo cual ha ocurrido en varias ocasiones, más para concurrir y razonar que para discrepar. Las opiniones podrán ser leídas en público. En el pasado fue costumbre que se leyesen íntegramente, en audiencia *ex profeso*, las resoluciones finales del tribunal, tanto en el procedimiento contencioso como en el consultivo. Esa costumbre ha decaído: hoy día se da lectura a una porción sobresaliente de la opinión, como sucedió en la *OC-16*, o se notifica por escrito a los interesados, como aconteció en la *OC-17* y en la *OC-18*.

Para los fines informativos que también persigue esta nota, conviene tomar en cuenta los temas y números de las opiniones consultivas despachadas por el tribunal interamericano: *Otros tratados*, como dije, fueron el tema de la *OC-1*, a la que siguieron: *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *Opinión Consultiva OC-2/82*, del 24 de septiembre de 1982; *Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión Consultiva OC-3/83*, del 8 de septiembre de 1993; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*,

Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984; *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención…), Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985; *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986; *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención…), Opinión Consultiva OC-7/86*, del 29 de agosto de 1986; *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención…), Opinión Consultiva OC-8/87*, del 30 de enero de 1987; *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25.1 y 8 Convención…), Opinión Consultiva OC-9/87*, del 6 de octubre de 1987; *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención…), Opinión Consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990; *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.H de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-12/91*, del 6 de diciembre de 1991; *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención…), Opinión Consultiva OC-13/93*, del 16 de julio de 1993; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención…), Opinión Consultiva OC-14/94*, del 9 de diciembre de 1994; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51, Convención…), Opinión Consultiva OC-15/97*, del 14 de noviembre de 1997; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99*, del 1 de octubre de 1999; *Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/2002*, del 28 de agosto de 2002, y *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03*, del 17 de septiembre de 2003.

3. México y la función consultiva de la CIDH

Antes de ahora, en otra publicación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (*Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interame-*

ricana de Derechos Humanos. El caso de México. México, CNDH, 2000), recogida —en una versión más amplia— en mi libro *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal* (México, Porrúa, 2003, pp. 491 y ss.) he analizado la posición de México ante determinadas instancias internacionales, particularmente la CIDH y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta posición, que ha variado en el curso de algunas décadas, se explica por la historia de las relaciones internacionales de nuestro país —una historia difícil, áspera, colmada de sucesos deplorables—, que contribuye a definir la reticencia mexicana a la hora de asumir compromisos internacionales sobre derechos humanos y aceptar jurisdicciones de esa misma naturaleza. Esa respetable actitud, oriunda de aquella historia, se ha modificado en el sentido que mejor conviene a los intereses nacionales hoy día y, desde luego, a la más relevante resolución política fundamental que aloja nuestra Constitución: respeto a la dignidad del hombre y protección al ser humano, eje de la sociedad y del Estado.

En 1969, año en que fue suscrita la Convención Americana —largamente preparada y propiciada—, un mexicano, don Gabino Fraga, presidía la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituida en 1959. México concurrió a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. La delegación de nuestro país fue presidida por don Antonio Martínez Báez, y formaron parte de ella don Sergio Vela Treviño, penalista, y don Antonio de Icaza, diplomático. El 26 de septiembre de 1969, el Gobierno mexicano presentó un pliego de observaciones al proyecto de Convención, en el que recogía una posición expresada con anterioridad. Era opinión de nuestro país que "la protección de los derechos humanos debe quedar primordialmente a cargo de la legislación interna de cada Estado, y sólo en una forma gradual y progresiva es como debe avanzarse hacia el tutelaje internacional de los citados derechos". De ahí las observaciones sobre la idea de establecer un tribunal interamericano y las apreciaciones acerca de la competencia de la Comisión Interamericana.

En la Conferencia, México advirtió que

> [...] es en todo momento preferible contar con un instrumento que al no despertar duda alguna acerca de su plena congruencia con la soberanía nacional y con los principios internacionales (de no intervención y autodeterminación de los pueblos), sea susceptible de cobrar en poco tiempo un amplio ámbito de vigencia, que proceder a elaborar un Convenio que, aunque posiblemente resultara más

> completo en cuanto a los derechos sujetos a protección y en cuanto a las instituciones destinadas a impartirla, naciera en cambio con escasas expectativas de viabilidad por merecer serias objeciones de fondo a algunos Estados Americanos.

En cuanto a la Corte, la delegación mexicana a la Conferencia hizo ver que el

> [...] Gobierno de México considera prematuro el establecimiento de la Corte Internacional a que alude el proyecto y estima más realista y promisorio el que con la experiencia y prestigio que siga ganando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se llegará a formar una conciencia en los países de América acerca de la posibilidad y conveniencia de sujetar sus actos en la materia a un tribunal internacional.

La corriente favorable a la instalación de un tribunal internacional prevaleció en la Conferencia Especializada. Al cabo de ésta, México varió su posición inicial a través de una declaración que fue incluida en el Acta Final del encuentro. En ella manifestó que "el Gobierno de México apoya el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en el carácter optativo de su jurisdicción". Empero, no suscribió la Convención en ese momento, sino se adhirió a ella 10 años después: el instrumento de adhesión fue depositado en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981. En ese año, por cierto, nuestro país dio notables pasos adelante en la incorporación al régimen internacional convencional de los derechos humanos. En 1996 nuestro país invitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a realizar una visita *in loco* para conocer la situación que guardaban los derechos humanos. Nuevos pasos se darían años después, sobre la ruta trazada desde 1981. La política de apertura en esta materia data, pues, de poco más de 20 años.

En 1998 el Senado de la República aprobó una iniciativa del Ejecutivo para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Acerca de este giro político he observado que no suprime nuestra política de principios ni desconoce las razones de la historia, pero también acepta la novedad de las circunstancias. Entre

> [...] la posición injerencista, ciertamente inaceptable, y la evasión del mundo contemporáneo, por rechazo de compromisos y aislamiento deliberado, México debía asumir una tercera posición, razonable y razonada. La solución consistía en aceptar, con todas sus consecuencias —unas consecuencias admisibles—, los

> medios de solución internacional de controversias que el propio Estado mexicano había contribuido a edificar. Tal es el caso de la jurisdicción de la Corte Interamericana.

Considero que en la toma de esta decisión, México no ha renunciado a su soberanía —ni ha hecho "cesiones convenientes o inteligentes" (*sic*) —, sino la ha ejercido. *Supra* aludí a esta cuestión. Si México admite la jurisdicción contenciosa de la Corte —de la que derivan obligaciones que no trae consigo, en los mismos términos, la función consultiva—, lo hace soberanamente: puede aplicar o no la cláusula facultativa contenida en el artículo 62 de la Convención. Lo ha hecho con entera libertad. Es obvio que en ejercicio de su soberanía nuestro país se ha instalado en el flujo de las relaciones internacionales, suscribiendo decenas o centenares de convenios, convenciones, acuerdos o tratados que le asignan derechos y le imponen obligaciones.

Por otra parte, se ha tomado en cuenta que la jurisdicción contenciosa internacional no es, en modo alguno, prioritaria y mucho menos excluyente con respecto a la mexicana, sino subsidiaria: corresponde a los tribunales domésticos, ante todo, la misión de proteger los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción de la República. Además, hay que considerar que la Corte Interamericana no aplica normas ajenas al ordenamiento mexicano. Sus resoluciones se fundan en la Convención Americana y en otros tratados —sobre tortura, por ejemplo— que invocan la intervención del tribunal interamericano. Insistamos: el artículo 133 de la Ley Fundamental señala claramente que son ley suprema de la Unión la propia Constitución General de la República, las leyes federales que emanan de ésta y los tratados internacionales, conformes con ella, que celebre el Ejecutivo y apruebe el Senado. Éste es, precisamente, el caso de aquella Convención y de los otros tratados que mencioné: forman parte de la ley suprema de la Unión; no son derecho extraño o extranjero, sino nacional, aunque tengan una fuente internacional, como dice bien Fix-Zamudio.

Asimismo, es indispensable recordar que la Corte Interamericana no es un tribunal ajeno, instalado por otro país u otros países, de manera imperiosa y vertical. Previsto por la Convención Americana —un tratado que forma parte de la ley suprema de la Unión mexicana—, tiene en ella su origen y su marco. Es una institución del sistema encarnado en la Organización de los Estados Americanos, de la que México es parte. Nuestro país concurre a conocer los asuntos administrativos de la Corte y a sustanciar su funcionamiento a través

de las cuotas que cubre a la Organización. También interviene en la designación, por propuesta y votación, de los jueces que integran la Corte. Desde antes de la admisión de la competencia contenciosa, pero después de la adhesión de México al Pacto de San José, han formado parte de la Corte juzgadores de nuestra nacionalidad, cuyas candidaturas planteó el Gobierno mexicano: primero, el doctor Héctor Fix-Zamudio, entre 1986 y 1997, y después, el autor de estas líneas, electo juez para un primer periodo, iniciado en 1998, y reelecto para un segundo periodo, que comienza en 2004. También es relevante el hecho de que la CIDH no es un tribunal de equidad, que resuelva en conciencia, lo cual le daría cierto margen de discrecionalidad. Es un tribunal de derecho, que ajusta sus resoluciones a determinados ordenamientos internacionales.

Los primeros acercamientos de nuestro país a la Corte Interamericana ocurrieron, desde luego, en el ámbito general de la Organización de los Estados Americanos y tuvieron como cimiento la adhesión de México al Pacto de San José. Esta situación permitiría que México actuara en cuestiones relevantes para el tribunal, así fuesen solamente administrativas. Ahora bien, un acercamiento más notable se produjo cuando la República solicitó una opinión consultiva, la primera de las dos que hasta hoy ha instado. Me refiero a la que sería *OC-16*, pedida el 9 de diciembre de 1997 y resuelta el 1 de octubre de 1999: *El derecho a la información sobre la asistencia consular.* Anteriormente, México sólo había participado en este género de asuntos en dos oportunidades, para formular observaciones: el procedimiento conducente a la *OC-2/82*, acerca de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* y el correspondiente a la *OC-13/93*, relativa a *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 21, 42, 44, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

En la muy importante Opinión Consultiva OC-16/99, que ha sido ampliamente comentada en los medios internacionales y que cuenta con aceptación generalizada —se le invoca con frecuencia y ha pasado a sustentar una *opinio juris* relevante para el derecho internacional—, el Estado solicitante hizo ver que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares otorga a los detenidos extranjeros el derecho a ser informados sobre la asistencia consular que deben proveerles los agentes consulares de su nacionalidad. Así las cosas, y tomando en cuenta la posibilidad de que se ignore este derecho y se procese a un detenido, hasta llegar a la sentencia que imponga pena

capital, sin que disponga de dicha asistencia consular, el consultante preguntó sobre las consecuencias de dicha violación desde la perspectiva de los derechos humanos, y específicamente del debido proceso legal, considerando directamente aquellos casos en los que el enjuiciamiento desemboca en la aplicación de la pena de muerte. Al respecto, México encausó sus preguntas al amparo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, no así de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el curso del procedimiento conducente a emitir la opinión consultiva, hubo muy amplia participación de Estados americanos, órganos de la OEA y *amici curiae*. Así, presentaron observaciones, además de México, Estados Unidos de América, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Honduras y República Dominicana. Intervino, igualmente, la Comisión Interamericana. Como *amici curiae* figuraron varias Organizaciones No Gubernamentales y abogados a título particular; entre aquéllas, la Comisión Mexicana para la Defensa y Promoción de Derechos Humanos.

No es posible reproducir aquí todo el contenido de la *OC-16*, pero es pertinente, en mi concepto, recordar algunos puntos centrales de esa notable opinión. En ella la Corte consideró que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que anteriormente cité, reconoce al detenido extranjero determinados derechos, entre ellos el de información sobre la asistencia consular, a los que corresponden deberes del Estado receptor. En este sentido, ese precepto concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía —punto relevante para los efectos del artículo 64.1 de la Con vención Americana, que determina las atribuciones consultivas de la CIDH— y está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos.

Como se sabe, el mencionado precepto de la Convención de Viena manifiesta que el derecho a la información sobre la asistencia consular debe proveerse "sin dilación". Esto significa, en concepto de la Corte, "que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad" (párr. 106). En este sentido —añado por mi parte—, el derecho instituído por la Convención de Viena se asemeja a otros derechos del inculpado dentro del debido proceso legal, acuñados por la jurisprudencia interna, que revisten especial trascendencia para fines de defensa, como manifesté en mi *Voto concurrente* a la OC-16/99. Por lo demás, la

observancia de los derechos reconocidos por el artículo 36 de la Convención de Viena no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

Tiene particular relevancia la afirmación de la Corte en el sentido de que el derecho individual a la información

> [...] permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables (párr. 124).

En mi mencionado *Voto concurrente* me ocupé en examinar el derecho de referencia dentro del debido proceso legal, así como el carácter expansivo de éste, al que han ingresado nuevas expresiones que no debieran retirarse o reducirse.

Así las cosas, la inobservancia del derecho a la información

> [...] afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida 'arbitrariamente', en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v. g*. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Esas consecuencias apuntan —señalo en mi *Voto concurrente*— a la nulidad del proceso realizado en contravención de normas garantizadoras de la más alta jerarquía. Por último, la Corte afirmó —saliendo al paso de empeños relativizadores de la protección de los derechos humanos, vinculados con cuestiones externas a éstos— que las disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, entre ellas el propio artículo 36.1.b de la Convención de Viena, deben ser respetados por los Estados partes en las convenciones que los reconocen, independientemente de la estructura federal o unitario de aquéllos.

La materia a la que se refiere la OC-16 ha sido planteada, asimismo, en otras controversias internacionales. Fue objeto de una demanda de Paraguay en

contra de Estados Unidos de América, presentada el 3 de abril de 1998 ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Este caso, denominado *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* (*Paraguay* vs. *Estados Unidos de América*), se suscitó a partir de la condena a muerte de un nacional paraguayo, Ángel Francisco Beard, pronunciada en el estado de Virginia, sin que se hubiese respetado el derecho a la asistencia consular en favor del inculpado. El caso fue retirado, a solicitud de Paraguay, el 10 de noviembre de 1998.

También se ventiló esta materia en la demanda de Alemania contra Estados Unidos de América, sometida a la Corte de La Haya el 2 de marzo de 1999. En este asunto, denominado *Caso La Grand* (*Alemania* vs. *Estados Unidos de América*) se trajo a colación la condena a muerte de los hermanos Kart y Walter La Grand, en el estado de Arizona, sin que los reos hubiesen contado con la asistencia consular prevista en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia, pronunciada el 27 de junio de 2001, fue adversa a Estados Unidos: se resolvió que ese país había incumplido, en perjuicio de Alemania y de los hermanos La Grand, las obligaciones que le impone la Convención de Viena. Igualmente, se indicó, por primera vez en la historia de la Corte Internacional, que las medidas provisionales ordenadas por aquélla son vinculantes para el Estado al que se dirigen.

Finalmente, la violación de los derechos del detenido consignados en el artículo 36 de la Convención de Viena ha sido motivo de una nueva demanda ante la Corte Internacional de Justicia, presentada por México en contra de Estados Unidos, el 10 de enero de 2003, a partir de la inobservancia del derecho de información sobre la asistencia consular en el caso de 54 personas condenadas a la pena capital por tribunales norteamericanos de diversas entidades: California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregon. Este asunto se identificó como *Caso Avena y otros nacionales mexicanos* (*México* vs. *Estados Unidos de América*). Avena es el apellido de uno de los sentenciados. Varios Estados del ámbito americano han expresado su consideración jurídica solidaria con la posición mexicana en este juicio, invocando para ello el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la *OC-16*.

De los últimos años es también otro notable documento, la *Opinión Consultiva OC-17/2002*, sobre *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Solicitada por la Comisión Interamericana el 30 de marzo de 2001, fue emitida el 28 de agosto de 2002. En la formulación de consideraciones sobre este

asunto intervinieron el Gobierno de México y algunas Organizaciones No Gubernamentales mexicanas: Instituto Universitario de Derechos Humanos y Fundación Rafael Preciado Hernández, A. C. Una delegación del Senado de la República concurrió a la audiencia celebrada el 21 de julio de 2002. Asimismo, expuso sus puntos de vista el Gobierno de Costa Rica. El tema de la opinión consultiva es relevante para todos los países y reviste especial importancia en México, donde ha existido una fuerte polémica, a lo largo de los últimos lustros, entre corrientes encontradas que se suelen identificar como "tutelar" y "garantista". La legislación de la República es heterogénea: cierto número de ordenamientos se mantiene fiel a aquella corriente; otros han acogido, con mayor o menor fortuna, la segunda.

Tras un pormenorizado examen de los puntos planteados en la solicitud de opinión, la Corte —que utiliza como sinónimos las expresiones "niño" y "menor de edad": toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de la ley— expresó que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la que figura con especial prestancia la Convención sobre los Derechos del Niño, éste es titular de derechos y no sólo objeto de protección. La Corte destacó una serie de derechos en favor del niño, entre ellos los correspondientes al debido proceso legal cuando se desarrollan procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelven derechos de aquél. Se afirma, entre otras cosas, que los menores a los que se atribuye la comisión de una conducta delictuosa, la cual deberá estar descrita en la ley penal, "deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar". En cambio, los casos de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad deben ser "atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal..." (puntos 11 y 12).

En mi *Voto concurrente* a la opinión emitida por la CIDH, examiné con algún detalle la dialéctica entre régimen tutelar y régimen garantista. Al respecto, observé, entre otras cosas, que

> [...] si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión "tutela"), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías (y por ello el empleo de la expresión "garantista"), sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia, de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la *Opinión Consultiva OC-17/2002*, que no se afilia a doctrina alguna.

En mi concepto, expuesto en dicho *Voto concurrente*,

> [...] probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando y errando, y queriendo ahora superar los desaciertos; o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento—, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. A fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra "tutela" su sentido genuino —como se habla de tutela del derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el derecho de los menores infractores, que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no un derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

4. La Opinión Consultiva OC-18/2003

La *Opinión Consultiva OC-18/2003* llena un capítulo importante en la historia de la función consultiva de la Corte Interamericana. Trae a cuentas un he-

cho notable y apremiante en la realidad de nuestros países y de otras naciones del mundo, producto de los actuales procesos de movimiento poblacional, que se producen en el marco de las relaciones económicas y sociales y responden a diversas causas, entre ellas la que más interesa a la *OC-18*: la atracción que la demanda de mano de obra por parte de sociedades desarrolladas ejerce en trabajadores residentes en países con menor desarrollo, que enfrentan condiciones socioeconómicas desfavorables. Los trabajadores migratorios concurren a los grandes centros de producción y contribuyen significativamente a su desenvolvimiento económico. Esto se ha calificado como "subsidio" para el bienestar de las sociedades desarrolladas, receptoras de mano de obra extranjera, tomando en cuenta las condiciones en que se producen algunos de estos procesos y los resultados que tienen, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes y para los familiares de éstos que residen en los lugares de procedencia.

El fenómeno es ampliamente conocido en el continente americano. Destaca el caso de México en relación con Estados Unidos, y es igualmente notable la situación que guarda, con respecto a este último país, la migración desde los Estados centroamericanos. Pero también se observa el mismo fenómeno, con características propias, en países europeos, sea en el supuesto de migrantes latinoamericanos —como se ha visto en España, por lo que toca a nacionales ecuatorianos, por ejemplo—, sea en la hipótesis de las fuertes corrientes migratorias provenientes del Cercano Oriente, India y diversos países africanos.

En mi *Voto concurrente* a la opinión consultiva que ahora interesa, invoco la información que proporciona la Comisión de la Seguridad Humana (*La seguridad humana*. Nueva York, 2003, p. 45) en el sentido de que "la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar nuevas oportunidades o escapar de la pobreza", sin ignorar otros motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. Al "final del siglo XX había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el tres por ciento de la población mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente un 60 por ciento de los migrantes internacionales, o sea unos 40 millones, están en países desarrollados". En la participación como *amicus curiae* del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se invoca información de la OIT con respecto a un universo de 152 países: entre 1970 y 1990 el número de los clasificados como grandes receptores de inmigrantes en busca de trabajo

pasó de 39 a 67, y el de los considerados grandes emisores bajo el mismo concepto se elevó de 29 a 55.

En este orden suele existir una profunda diferencia en el trato que se ofrece a los trabajadores que se hallan "legalmente" o "regularmente" en el país en el que residen y trabajan, del que se brinda a los que no poseen esas condiciones de "legalidad" o "regularidad", es decir, en este último caso, los trabajadores "en situación irregular" o "indocumentados", a los que no debiéramos considerar "ilegales". En tal virtud, la opinión consultiva también pudo identificarse bajo el rubro "Condición jurídica y derechos de los *trabajadores* migrantes indocumentados", como indico en mi *Voto concurrente* a dicha opinión, dado que el tema primordial de la consulta atañe a la situación y a la tutela jurídica de los trabajadores migrantes.

La solicitud de opinión fue presentada por el Gobierno de México el 10 de mayo de 2002. Se refirió, en síntesis, a la

> [...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales (a los trabajadores migrantes) y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluídas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.

Asimismo, la consulta aborda "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación" (párr. 1).

El Gobierno mexicano hizo valer el hecho de que si bien los trabajadores migrantes tienen a su favor diversos derechos en pie de igualdad con otros operarios —en condición, todos, de seres humanos que desarrollan actividades lícitas para subsistir, a través de una relación de trabajo—, en la realidad son altamente desventajosas las condiciones en que se encuentran. La condición de indocumentados los coloca en una especial situación de vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad —señaló el profesor Jorge A. Bustamante en su participa-

ción como *amicus curiae*— tiene naturaleza estructural. La vertiente cultural, de carácter endógeno, da lugar a "condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes". El Estado solicitante agregó que diversas interpretaciones nacionales sobre los derechos que poseen estas personas —así, los referentes al pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad y acceso a la justicia— constituyen una verdadera amenaza para la vigencia de los derechos protegidos por diversos instrumentos internacionales (párr. 2).

El solicitante pidió la interpretación de varios preceptos, a saber: artículos 3.1 y 7 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; II (derecho de igualdad ante la ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana; 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 2.1, 2.1, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos, todos ellos, concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Las preguntas formuladas por el Estado, que se contestarían conforme a la interpretación de los preceptos aludidos, se relacionaron con estos temas: 1) posibilidad jurídica de establecer un trato perjudicial para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos favorables, con respecto a los ciudadanos y a los residentes legales; 2.1) pertinencia de que la legal estancia en un país sea condición necesaria para que el Estado correspondiente respete y garantice los derechos consignados en la Declaración Universal, la Declaración Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2) compatibilidad entre la privación de derechos laborales en función del estatus migratorio del afectado y el deber del Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección legal igualitaria; 3) subordinación de los derechos fundamentales a la política migratoria del Estado sujeto a obligaciones internacionales oponibles *erga omnes*, y 4) carácter del principio de no discriminación y del derecho a la protección igualitaria como expresiones de normas de *jus cogens*, y efectos jurídicos que derivarían de ese carácter, en su caso (párr. 4).

Emitieron puntos de vista por escrito y/o verbalmente en la audiencia celebrada en San José, Costa Rica, el 24 de febrero de 2003, los Gobiernos de

México,[1] Honduras, Canadá, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Concurrieron a esa audiencia observadores de los Gobiernos de Uruguay, Paraguay, República Dominicana, Brasil, Panamá, Argentina y Perú, y la Organización de las Naciones Unidas. Por escrito se pronunciaron, en calidad de *amici curiae*, personas representantes o pertenecientes a varios organismos: Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito, Delgado Law Firm, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,[2] Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services, Harvard Law School, Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools, Centro de Justiça Global/Global Justice Center, Nacional Coalition of Hispanic Organizations, Law Office of Sayre & Chavez, Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States, American University, Washington College of Law, Universidad Iberoamericana (México), Center for International Human Rights de la Northwestern University School of Law, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Además de la audiencia celebrada por la Corte en San José, el 24 de febrero hubo otra en Santiago de Chile, en la que se escucharon los argumentos presentados, a título de *amici curiae*, por diversas personas, universidades, instituciones y Organizaciones No Gubernamentales, entre ellas varias de las mencionadas en el párrafo anterior. A éstas se agregan: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México,[3] Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Alto Comisionado de las Na-

---

[1] Inicialmente, el Gobierno de México designó agente al embajador Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco, consultor jurídico de la Cancillería, y agente alterno al embajador Carlos Pujalte Piñeiro, jefe de la Misión Diplomática Mexicana en Costa Rica. Posteriormente, éste fue sustituido por el nuevo embajador de México en ese país, licenciado Ricardo García Cervantes. En la audiencia del 24 de febrero de 2003 comparecieron, por parte del Gobierno mexicano, los señores Juan Manuel Gómez-Robledo, Ricardo García Cervantes y Víctor Manuel Uribe Aviña.

[2] Esta participación correspondió a las estudiantes de Derecho Itzel Magali Pérez Zagal, Karla Michael Salas Ramírez, Gail Aguilar Castañón y Liliana Ivonne González Morales.

[3] Participó el profesor Jorge A. Bustamante, en calidad de investigador de dicho Instituto de la UNAM.

ciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). Hubo observadores del Gobierno de México[4] y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es pertinente indicar que en las presentaciones hechas ante la Corte surgió, en varias oportunidades, la referencia a una importante resolución de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Esa resolución, del 27 de marzo de 2002, corresponde al caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board*. Aquélla sobrevino al cabo de otras instancias procesales en las que actuaron, para adoptar diversas decisiones, el Nacional Labor Relations Board y una Corte Federal de Apelaciones, y se invocaron disposiciones de la Immigration Control and Reform Act, de 1986, y de la National Labor Relations Act. En este asunto se consideró el despido del señor José Castro, trabajador indocumentado mexicano, por parte de la empresa en la que prestaba sus servicios, la Hoffman Plastic Compounds. Castro y otros despedidos habían intentado formar un sindicato. La Suprema Corte de Estados Unidos estimó que no era procedente el pago de salarios caídos al trabajador despedido y concedió primacía a las normas migratorias sobre las disposiciones laborales.

El documento que contiene la *Opinión Consultiva OC-18/03* se halla dividido, conforme al uso de la Corte, en diversos capítulos que muestran los antecedentes del asunto, las posiciones de los Estados y de los *amici curiae*, la consideración de los temas sujetos a consulta y la opinión, propiamente tal, que se concentra generalmente —y tal es el caso de la *OC-18*— en un texto breve y esencial. En la especie, el capítulo I da cuenta con la presentación de la consulta; el II se refiere al procedimiento ante la Corte, desde la notificación a los Estados y organismos, la recepción de puntos de vista por escrito y la celebración de las dos audiencias a las que antes me referí.

Este mismo capítulo ofrece, en los términos del resumen hecho por el tribunal internacional, las observaciones escritas y orales del Estado solicitante, de los otros Estados participantes y de la Comisión Interamericana, así como los escritos y alegatos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, instituciones y Organizaciones No Gubernamentales. Esta porción del documento es particularmente interesante, en tanto brinda un panorama

[4] Fueron los señores licenciado Ricardo Valero, embajador de México en Chile, y licenciado Alejandro Souza, de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería.

general, analítico y crítico, acerca del tema sujeto a consulta, sus características e implicaciones en la realidad de la migración laboral, las tareas emprendidas y las normas expedidas por diversos países a este respecto, y el parecer de los emitentes sobre las preguntas formuladas por el Estado solicitante y, en tal virtud, acerca del pronunciamiento que debiera adoptar la CIDH. Es importante mencionar que la presentación de los puntos de vista de los Estados y de los *amici curiae* en el texto de las opiniones consultivas —y, por lo tanto, en la publicación oficial de éstas— constituye una práctica relativamente reciente de la Corte. En mi concepto, es plausible que se haga esta presentación resumida, porque permite conocer amplia y detalladamente el estado que guarda la cuestión en el concepto de los países concurrentes y de los participantes que aportan puntos de vista al proceso de consulta.

El capítulo III se refiere, como es usual, a la competencia de la Corte para atender la consulta. Existe aquélla en virtud de que se trata de interpretar tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, el tribunal consideró —invocando el criterio adoptado en la *OC-10/89*— que "no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración (Americana)". Al respecto, concluyó que

> [...] tiene competencia para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Carta de la OEA, teniendo en cuenta la relación de dicha Carta con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, concretamente en el marco de la Declaración Americana, la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (párrs. 56-57).

Por otra parte, dado que la función consultiva sirve al objetivo de proveer a los Estados miembros y a los órganos de la OEA con una interpretación oficial sobre tratados relativos a derechos humanos, y tomando en cuenta el interés general que reviste la consulta, la propia Corte determinó que

> [...] todo lo que se señale en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que

> hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos (párr. 60).

El breve capítulo IV describe la estructura de la opinión, y menciona el orden en el que agrupará y examinará las preguntas planteadas por el Estado solicitante. Es facultad del tribunal organizar su respuesta a dichas preguntas, e inclusive reformular éstas, de la manera que estime conveniente para el mejor examen de la cuestión, en la inteligencia de que no desestima ninguna de ellas. Así, el orden contemplado en el capítulo sobre estructura y observado en los siguientes apartados de la *OC-18*, una vez presentado el glosario al que adelante me referiré, es el siguiente: a) obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas núms. 21.1 y 4); b) aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta núm. 2.1), c) derechos de los trabajadores-migrantes indocumentados (preguntas núms. 2.2 y 1), y d) obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta núm. 3).

En el capítulo V el tribunal proporciona un glosario que contiene el significado atribuido a diversos términos clave en el examen del asunto y el pronunciamiento adoptado. Para este fin, se vale de las caracterizaciones que suministran algunos instrumentos internacionales aplicables a esta materia, tanto de la Organización de las Naciones Unidas como de la OIT: Convención internacional de la ONU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990; Convenio 97 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), de 1949, y Convenio 143 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), de 1975.

No pretendo transcribir todas las expresiones recogidas en el glosario. Sin embargo, es útil para los fines que se propone esta nota mencionar algunos, entre los más relevantes o más frecuentemente utilizados en la opinión del tribunal (párr. 69). Se entiende como trabajador a la "persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada". Es trabajador migrante la "persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada". El concepto estatus migratorio se aplica a la "situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo" o Estado receptor, que es aquel "en el cual el trabajador vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada", a diferencia del

Estado de origen, expresión que designa al Estado "del cual es nacional el trabajador migrante". También revisten particular importancia las identificaciones conceptuales sobre el trabajador migrante documentado o en situación regular y el trabajador migrante indocumentado o en situación irregular, que es el personaje primordial de la opinión consultiva. Aquél es la "persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte", y el segundo es quien no cuenta con esa autorización "y que, sin embargo, realiza dicha actividad".

En el capítulo VI se aborda, conforme al orden de cuestiones establecido por la Corte al que aludí *supra*, en primer término la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, y, en segundo, el principio de igualdad y no discriminación y el carácter fundamental que éste reviste y que lo caracteriza como parte del *ius cogens*, lo cual entraña, en contrapartida, "obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares" (párr. 110). Hecho este examen general, se pasa a considerar —dentro del capítulo VII— la aplicación de dicho principio a los migrantes, tomando en cuenta para ello la continua evolución del derecho internacional (párr. 120), como destacara la Corte en la *OC-16*. En este ámbito queda establecido que los Estados

> [...] no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (párr. 119).

El capítulo VIII se destina al examen de los derechos de una categoría específica de sujetos, que suscita la consideración fundamental en la opinión consultiva: los trabajadores migrantes indocumentados. Sobre este punto, la Corte señala que la calidad migratoria de una persona no justifica que se le prive del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. "El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben serle reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral" (párr. 134). El respeto a los

derechos laborales se proyecta tanto en el orden público como en el privado, o bien, expresado de otra manera, en lo que respecta a la función general del Estado —reguladora y empleadora— y en lo que toca a los nexos laborales entre los particulares y sus trabajadores (párrs. 136-140). A fin de cuentas, el Estado es responsable tanto por sí mismo cuando funciona como empleador, "como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación" (párr. 152).

El capítulo IX, finalmente, examina las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sobre este punto, el tribunal interamericano adoptó una referencia amplia en cuanto a la política migratoria de un Estado, caracterizada como "todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etcétera) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio" (párr. 163). Los objetivos y la ejecución de estas políticas "deben tener presente el respeto por los derechos humanos" (párr. 168). Así, "los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio". Esto constituye un principio de carácter fundamental y "cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos" (párr. 172).

La opinión de la Corte, en el cuerpo de las determinaciones que dan contenido a la opinión consultiva y que se sustentan en las reflexiones, consideraciones, argumentos y expresiones reunidos en los capítulos precedentes, consta de 11 puntos. En ellos se fija la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que incumbe a todos los Estados y abarca el deber de adoptar medidas positivas, abstenerse de iniciativas que afecten derechos fundamentales, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren esos derechos. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad internacional. Es fundamental —en el derecho internacional e interno— el principio de igualdad y no discriminación. Por lo que hace al plano internacional, ese principio ha ingresado en el dominio del *jus cogens* y acarrea obligaciones *erga omnes*; éstas vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

La obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos —subrayó la Corte— es independiente de cualquier circunstancia o consideración, como el estatus migratorio de las personas. Éste no justifica el menoscabo de los derechos laborales, que surgen de la relación de trabajo. El Estado tiene la obligación de respetar tales derechos y no tolerar situaciones de discriminación por los particulares (empleador-trabajador), ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos constitucionales. Los trabajadores deben contar con todos los medios adecuados para ejercer sus derechos. Entre las garantías mínimas figura el derecho al debido proceso. Como antes dije, el Estado no pude subordinar o condicionar la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de sus políticas públicas, entre ellas las relativas a la migración.

En la decisión de la Corte intervinieron seis jueces integrantes de ésta. De ellos, cuatro emitieron votos concurrentes: Antonio Cançado Trindade, Sergio García Ramírez, Hernán Salgado Pesantes y Alirio Abreu Burelli. Este número —y la proporción respectiva entre participantes y votantes— supera todos los precedentes en materia de opiniones consultivas. El antecedente más cercano se halla en la *OC-5/85*, en la que hubo dos opiniones separadas y dos declaraciones emitidas por cuatro de los seis jueces suscriptores del documento. Aquel dato acredita el interés destacado que suscitó la *OC-18/03*, consecuente con el tema que en dicha opinión se analiza —un tema de enorme impacto en los países del continente— y con la relevancia y trascendencia de las conclusiones a las que llegó la Corte y que integran las consideraciones y las determinaciones sustanciales de la *Opinión Consultiva 18*.

Concluiré mis comentarios sobre la función consultiva de la CIDH y especialmente acerca de la *OC-18/03*, con algunas reflexiones que expuse en mi *Voto concurrente* a ésta, en las que pretendí subrayar la relevancia del principio de igualdad y, sobre todo, la necesidad de aceptar ciertos correctivos de la igualdad puramente formal. Estos permitirían instaurar en los hechos —que es el escenario que nos interesa, si no queremos que las buenas intenciones queden siempre en el aire— una igualdad efectiva entre todas las personas sujetas a una misma situación nominal y que enfrentan, sin embargo, en diversas condiciones materiales:

> La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en

que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan —para formar, por ejemplo, una relación de trabajo— el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye —o conoce perfectamente— que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.

En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección —y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la *Opinión Consultiva OC-16/99*, el concepto de debido proceso— que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "derecho se pretende justo —dice el tratadista español—, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.

La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como "santuarios de infracciones": se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diverso o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es —bajo el mismo título de reproche— proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su estatus migratorio.

Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado —y hoy mismo se observa— en múltiples casos, por los más diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros".

OPINIÓN CONSULTIVA
OC-18/03

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03
DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003,
SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS
DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Estuvieron presentes:[*]

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;
Sergio García Ramírez, Vicepresidente;
Hernán Salgado Pesantes, Juez;
Oliver Jackman, Juez;
Alirio Abreu Burelli, Juez, y
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez,

presentes, además,

Manuel E. Ventura Robles, Secretario, y
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario Adjunto.

---

[*] El Juez Máximo Pacheco Gómez informó a la Corte que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en el LX Periodo Ordinario de Sesiones del Tribunal, por lo que no participó en la deliberación y firma de la presente Opinión Consultiva.

LA CORTE

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente Opinión Consultiva:

I
PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 10 de mayo de 2002 el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "México" o "el Estado solicitante"), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana", "la Convención" o "el Pacto de San José"), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") una solicitud de opinión consultiva (en adelante también "la consulta") sobre la

> [...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

2. Asimismo, México expuso las consideraciones que originaron la consulta, y entre ellas señaló que:

> Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de vio-

> laciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos.
>
> […]
>
> En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos.

3. Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "la OEA"); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana"); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante "la Declaración Universal"), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Con base en las anteriores disposiciones, México solicitó la opinión de la Corte respecto de los siguientes asuntos:

> En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos …],

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1

del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

5. Como Agente fue designado el señor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco y como Agente Alterno el Embajador de México en Costa Rica, señor Carlos Pujalte Piñeiro.

II
PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

6. Mediante notas de 10 de julio de 2002, la Secretaría de la Corte (en adelante "la Secretaría"), en cumplimiento de lo que dispone el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), transmitió la solicitud de opinión consultiva a todos los Estados miembros, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, les informó el plazo fijado por el Presidente de la Corte (en adelante "el Presidente"), en consulta con los demás Jueces que integran el Tribunal, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada.

7. El 12 de noviembre de 2002 México presentó un escrito, mediante el cual remitió copia de una comunicación de su Secretaría de Relaciones Exteriores que informaba sobre una opinión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionada con derechos laborales de trabajadores migrantes.

8. El 14 de noviembre de 2002 el Estado de Honduras presentó sus observaciones escritas. Algunos folios se encontraban ilegibles. El 18 de los mismos mes y año se recibió en forma completa el escrito de observaciones.

9. El 15 de noviembre de 2002 México presentó una comunicación, mediante la cual remitió información complementaria a la consulta, e incluyó la versión en inglés de una opinión formal que dicho Estado solicitó a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Traba-

jo (OIT), la cual, según aquél, "resulta de especial relevancia para el […] procedimiento consultivo".

10. El 26 de noviembre de 2002 el Estado de Nicaragua presentó sus observaciones escritas.

11. El 27 de noviembre de 2002 las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito presentaron un escrito en calidad de *amicus curiae.*

12. El 3 de diciembre de 2002 México presentó una comunicación, a través de la cual remitió la versión en español de la opinión formal que había solicitado a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*supra* párr. 9).

13. El 12 de diciembre de 2002 el *Delgado Law Firm* presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

14. El 8 de enero de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae.* El original de dicha comunicación fue presentado el 10 de enero de 2003.

15. El 13 de enero de 2003 los Estados de El Salvador y de Canadá presentaron sus observaciones escritas.

16. El 13 de enero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó sus observaciones escritas.

17. El 13 de enero de 2003 el Estado de los Estados Unidos de América presentó una nota, mediante la cual informó a la Corte que no presentaría observaciones a la solicitud de opinión consultiva.

18. El 13 de enero de 2003 la *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y la *Harvard Law School*, el *Working*

Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el *Centro de Justiça Global/Global Justice Center* presentaron un escrito en calidad de *amici curiae.*

19. El 16 de enero de 2003 el Presidente emitió una Resolución, mediante la cual convocó a "una audiencia pública sobre la solicitud de opinión consultiva OC-18, el día 24 de febrero de 2003, a las 9:00 horas", con el propósito de "que los Estados miembros y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos present[aran] sus argumentos orales".

20. El 17 de enero de 2003 el Estado de Costa Rica presentó sus observaciones escritas.

21. El 29 de enero de 2003 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente y mediante la comunicación CDH-S/067, invitó a la señora Gabriela Rodríguez, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, para que asistiera como Observadora a la audiencia pública convocada para el 24 de febrero de 2003 (*supra* párr. 19).

22. El 3 de febrero de 2003 la Secretaría transmitió copia de la información complementaria a la solicitud de opinión consultiva remitida por México (*supra* párrs. 9 y 12), de las observaciones escritas presentadas por los Estados de Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá y Costa Rica (*supra* párrs. 8, 10, 15 y 20), así como de las presentadas por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 16), a todos éstos.

23. El 6 de febrero de 2003 el señor Mario G. Obledo, Presidente de la *National Coalition of Hispanic Organizations*, presentó un escrito en respaldo a la solicitud de opinión consultiva.

24. El 6 de febrero de 2003 el señor Thomas A. Brill, del *Law Office of Sayre & Chavez*, presentó un escrito en calidad de *amicus curiae.*

25. El 6 de febrero de 2003 el señor Javier Juárez, del *Law Office of Sayre & Chavez,* presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

26. El 7 de febrero de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual sustituyó al Agente Alterno, Embajador Carlos Pujalte Piñeiro, por el señor Ricardo García Cervantes, actual Embajador de México en Costa Rica (*supra* párr. 5).

27. El 10 de febrero de 2003 cual la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*.

28. El 13 de febrero de 2003 la *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y la *Harvard Law School*, el *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* y el *Centro de Justiça Global/Global Justice Center* remitieron una versión final y corregida de su escrito en calidad de *amici curiae* presentado con anterioridad (*supra* párr. 18).

29. El 13 de febrero de 2003 la señora Rebecca Smith remitió otra copia del escrito en calidad de *amici curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States* (*supra* párr. 27).

30. El 21 de febrero de 2003 la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la *American University, Washington College of Law* y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México presentaron un escrito en calidad de *amici curiae*.

31. El 21 de febrero de 2003 el *Center for International Human Rights* de la *Northwestern University, School of Law* presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*. El original de dicho escrito se presentó el 24 de febrero de 2003.

32. El 24 de febrero de 2003 se celebró una audiencia pública en la sede de la Corte, en la cual se recibieron los argumentos orales de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comparecieron ante la Corte:

por los Estados Unidos Mexicanos:
— *Juan Manuel Gómez Robledo*, Agente;
— *Ricardo García Cervantes*, Agente Alterno y Embajador de México en Costa Rica;
— *Víctor Manuel Uribe Aviña*, Asesor;
— *Salvador Tinajero Esquivel*, Asesor, Director de Coordinación Interinstitucional y ONG´s de la Dirección General de Derechos Humanos de la Cancillería, y
— *María Isabel Garza Hurtado*, Asesora;

por Honduras:
— *Álvaro Agüero Lacayo*, Embajador de Honduras en Costa Rica, y
— *Argentina Wellermann Ugarte*, Primer Secretario de la Embajada de Honduras en Costa Rica;

por Nicaragua:
— *Mauricio Díaz Dávila*, Embajador de Nicaragua en Costa Rica;

por El Salvador:
— *Hugo Roberto Carrillo*, Embajador de El Salvador en Costa Rica, y
— *José Roberto Mejía Trabanino*, Coordinador de Temas Globales del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador;

por Costa Rica:
— *Arnoldo Brenes Castro*, Asesor del Ministro de Relaciones Exteriores;
— *Adriana Murillo Ruin*, Coordinadora de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior;
— *Norman Lizano Ortiz*, Funcionario de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior;
— *Jhonny Marín*, Jefe del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería, y
— *Marcela Gurdián*, Funcionaria del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería; y

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:
— *Juan Méndez*, Comisionado, y
— *Helena Olea*, Asistente.

Estuvieron presentes, además, como *Observadores:*

por la República Oriental del Uruguay:
— *Jorge María Carvalho*, Embajador del Uruguay en Costa Rica;

por el Paraguay:
— *Mario Sandoval*, Ministro, Encargado de Negocios de la Embajada del Paraguay en Costa Rica;

por la República Dominicana:
— *Ramón Quiñones*, Embajador, Representante Permanente de República Dominicana ante la OEA;
— *Anabella De Castro*, Ministra Consejera, Encargada de la Sección de Derechos Humanos de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, y
— *José Marcos Iglesias Iñigo*, Representante del Estado de República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

por el Brasil:
— Ministro *Nilmário Miranda*, Secretario Especial de los Derechos Humanos del Brasil;
— *María De Luján Caputo Winkler*, Encargada de Negocios de la Embajada del Brasil en Costa Rica, y
— *Gisele Rodríguez Guzmán*, Funcionaria de la Embajada del Brasil en Costa Rica;

por Panamá:
— *Virginia I. Burgoa*, Embajadora de Panamá en Costa Rica;
— *Luis E. Martínez-Cruz*, Encargado de Negocios de la Embajada de Panamá en Costa Rica, y
— *Rafael Carvajal Arcia*, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral;

por la Argentina:
— *Juan José Arcuri*, Embajador de la Argentina en Costa Rica;

por el Perú:
— *Fernando Rojas S.*, Embajador del Perú en Costa Rica, y
— *Walter Linares Arenaza*, Primer Secretario de la Embajada del Perú en Costa Rica; y

Organización de las Naciones Unidas:
— *Gabriela Rodríguez*, Relatora sobre los Derechos Humanos de los Migrantes.

33. El 5 de marzo de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual remitió una copia del "texto revisado del argumento oral pronunciado por el Agente" en la audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2003 (*supra* párr. 32).

34. El 20 de marzo de 2003 México remitió una copia del comunicado de prensa emitido el 11 de los mismos mes y año por su Secretaría de Relaciones Exteriores.

35. El 28 de marzo de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual remitió las respuestas a las preguntas formuladas por los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez durante la audiencia pública (*supra* párr. 32).

36. El 7 de abril de 2003 el Presidente emitió una Resolución, mediante la cual convocó a "una audiencia pública sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-18, el día 4 de junio de 2003, a las 10:00 horas", con el propósito de que las personas y organizaciones que remitieron escritos en calidad de *amici curiae* presentaran sus argumentos orales al respecto. Asimismo, en la Resolución se indicó que si alguna persona u organización que no presentó escrito en calidad de *amicus curiae* deseaba participar en la audiencia pública, lo podría hacer previa acreditación ante el Tribunal.

37. El 15 de mayo de 2003 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

38. El 16 de mayo de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugia-

dos (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae*. El original de dicho escrito fue presentado el 28 de mayo de 2003.

39. El 4 de junio de 2003 se celebró una audiencia pública en el Hemiciclo de la Ex Cámara de Diputados, Ministerio de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile, en la cual se recibieron los argumentos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales.

Comparecieron ante la Corte:

por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)	— Itzel Magali Pérez Zagal, Estudiante; — Karla Micheel Salas Ramírez, Estudiante; — Gail Aguilar Castañón, Estudiante, y — Liliana Ivonne González Morales, Estudiante;
por la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justiça Global/Global Justice Center	— James Louis Cavallaro, Associate Director, Human Rights Program, Harvard Law School; — Andressa Caldas, Attorney and Legal Director, Global Justice Center, Río de Janeiro, Brasil, y — David Flechner, Representative, Harvard Law Student Advocates for Human Rights;
por el Law Office of Sayre & Chavez	— Thomas A. Brill, Attorney at Law;
por las Labor, Civil Rights and Immigrants´ Rights Organizations in the United States	— Beth Lyon, Assistant Professor of Law, Villanova University School of Law, y — Rebecca Smith, Attorney, National Employment Law Project;

por el Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law	— Douglas S. Cassel, Director, y — Eric Johnson;
	— Jorge A. Bustamante, Investigador;
por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)	— Francisco Cox, Abogado;
por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)	— Pablo Ceriani Cernadas, Abogado de CELS y Coordinador de la Clínica Jurídica;
por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires:	
por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR):	— Juan Carlos Murillo, Oficial de Capacitación de la Unidad Legal Regional; y
por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos:	— Juan Antonio Tejada Espino, Presidente del Consejo Centroamericano y Defensor del Pueblo de la República de Panamá.

Estuvieron presentes, además, como *Observadores:*

por los Estados Unidos Mexicanos	— Ricardo Valero, Embajador de México en Chile, y — Alejandro Souza, Funcionario de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México; y
por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	— Helena Olea, Abogada.

40. El 4 de junio de 2003, durante la audiencia pública celebrada en Santiago de Chile, el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos presentó el documento escrito en calidad de *amicus curiae*.

41. El 24 de junio de 2003 el cual el señor Jorge A. Bustamante remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amicus curiae* presentado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El original de dicho escrito fue presentado el 3 de julio de 2003.

42. El 3 de julio de 2003 el señor Thomas A. Brill, del *Law Office of Sayre & Chavez,* presentó sus argumentos finales escritos.

43. El 8 de julio de 2003 la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, los argumentos finales escritos presentados por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States.* El original de dicho escrito fue recibido el 7 de agosto de 2003.

44. El 11 de julio de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), presentaron, vía correo electrónico, su escrito de argumentos finales. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.

45. El 11 de julio de 2003 el *Center for International Human Rights* de la *Northwestern University, School of Law* presentó, vía correo electrónico,

sus argumentos finales escritos. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.

46. El 30 de julio de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires presentaron sus argumentos finales escritos.

47. La Corte resume a continuación las observaciones escritas y orales del Estado solicitante, de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana, así como los escritos y alegatos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales:

Estado solicitante: *Respecto de la admisibilidad de la consulta, México manifestó en su solicitud que*:

La opinión de la Corte tendría gran relevancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las autoridades de los Estados receptores de migrantes, al precisar el alcance de tales obligaciones respecto de la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad.

La solicitud presentada no pretende que la Corte se pronuncie en abstracto, "sino que considere situaciones concretas en las que está llamada a examinar los actos de los órganos de cualquier Estado americano, en tanto que la aplicación de tales actos pueda dar lugar a la violación de alguno de los derechos protegidos en los tratados e instrumentos invocados en la […] solicitud". Tampoco pretende que la Corte interprete el derecho interno de ningún Estado.

Además de las consideraciones que originaron la consulta expuestas con anterioridad (supra párr. 2*), el Estado solicitante indicó que:*

La protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes es también un tema de especial interés para México en razón de que existen, aproximadamente, 5.998.500 (cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos) trabajadores

mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2.490.000 (dos millones cuatrocientos noventa mil) son trabajadores migrantes indocumentados que, al carecer de una situación migratoria regular, "se convierten en un blanco natural para la explotación humana y laboral, debido a su condición especialmente vulnerable".

Tan sólo en un período de cinco meses (del 1º de enero de 2002 al 7 de mayo del mismo año), México ha tenido que intervenir, a través de las representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los derechos humanos de trabajadores migrantes mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos.

Los esfuerzos que México y otros Estados de la región han venido realizando en defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, no han podido evitar el recrudecimiento de legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero que busca trabajo en un país distinto al suyo, ni la regulación del mercado de trabajo con base en criterios discriminatorios, acompañados de xenofobia, la cual se ampara en la seguridad nacional, el nacionalismo o la preferencia nacional.

Respecto del fondo de la consulta, México indicó en su solicitud:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4) De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetas a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley.

Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata.

Un órgano de un Estado parte en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados que, al interpretar su legislación

interna, afirme alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Tal interpretación puede servir de justificación para que los empleadores despidan a trabajadores indocumentados, al amparo de un criterio preestablecido que supone la supresión de ciertos derechos laborales en razón de la condición migratoria irregular.

La circunstancia anteriormente descrita es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir al trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una "clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley".

El derecho a la igualdad ante la ley no sólo tiene aplicación respecto del goce y ejercicio de los derechos laborales, sino además se hace extensivo a todo derecho reconocido en la legislación interna, de manera que abarca "un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados en el derecho internacional". Este alcance del derecho a la igualdad "tiene importantes aplicaciones en la competencia de los órganos de derechos humanos". Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha examinado denuncias sobre discriminación de derechos que no se encuentran contemplados expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rechazando el argumento de que carece de competencia para conocer denuncias sobre discriminación en el goce de los derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

México se refirió a lo dispuesto en la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

De lo estipulado en los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 24 de la Convención Americana, se desprende la obligación de los Estados de garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos contemplados en tales disposiciones, así como la prohibición de discriminar por motivos de cualquier índole.

La obligación de los Estados americanos de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos "va más allá del simple hecho de contar con un orden jurídico que garantice el cumplimiento de tales derechos". Los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos, de forma que "la actuación de los órganos estatales desemboque en el real cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales".

Los actos de un órgano de un Estado americano que tuvieran como efecto situaciones de hecho contrarias al goce efectivo de los derechos humanos fundamentales, serían contrarios a la obligación estatal de adecuar su conducta a los estándares fijados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Es "inaceptable" que un Estado americano subordine o condicione, de cualquier forma, la observancia de los derechos humanos fundamentales a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, soslayando obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos oponibles *erga omnes*. Esto es así, aunque para justificar tal comportamiento se invocaran objetivos de política interna previstos en la legislación doméstica y considerados, desde el punto de vista gubernamental, como legítimos para la consecución de ciertos fines, "incluido por ejemplo la aplicación de una política de control migratorio basada en la lucha contra el empleo de extranjeros indocumentados".

Ni siquiera tratándose del orden público —que es el fin último de cualquier Estado de derecho— es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho. Mucho menos aceptable sería pretender hacerlo invocando objetivos de política interna contrarios al bien común.

"Si bien […] en algunos casos y bajo condiciones muy específicas, un Estado americano puede restringir o condicionar el goce de un determinado derecho, en el hipotético planteado a la Corte […] no se satisfarían los requisitos para tal condicionamiento".

El artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla la primacía de la norma más favorable a la víctima, "que obliga a buscar, en el *corpus iuris gentium*, la norma enderezada a conseguir aquello que redunde en beneficio del ser humano como titular principalísimo de los derechos protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos".

Se trata de una especie de "traslación" al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la cláusula *Martens*, propia del Derecho Internacional Humanitario, la cual confirma el principio de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en toda circunstancia, incluso cuando los tratados existentes no regulen determinadas situaciones.

Los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes lato sensu* no se despliegan sólo entre las partes contratantes del instrumento de que se trate. Tales efectos "se producen a la manera de derechos en favor de terceros (*stipulation pour autrui*), reconociéndose así el derecho, e incluso la obligación, para los demás Estados —sean o no Partes del instrumento en cuestión— de garantizar su cumplimiento". Al respecto, México invocó las decisiones de la Corte Internacional de justicia en los casos contenciosos de la *Barcelona Traction* (1970), de *East Timor* (1995) y de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1996).

La jurisprudencia internacional , con excepción de la relativa a crímenes de guerra, "no ha despejado […] a plenitud el régimen jurídico aplicable a las obligaciones *erga omnes*, o en el mejor de los casos lo ha hecho con cautela y quizás cierto temor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está llamada aquí a desempeñar un papel esencial para fijar el derecho aplicable y hacer valer la garantía colectiva que se desprende del artículo 1 de su Estatuto".

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Es abundante "la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (artículo 38, párrafo d) del Esta-

tuto de la Corte Internacional de Justicia)[,] que ha sostenido que los derechos humanos fundamentales pertenecen *ab initio* al dominio de las normas de *ius cogens*". También existen opiniones individuales de jueces en relación con el efecto jurídico que deriva del reconocimiento de que una disposición goza de los atributos inherentes a una norma de *jus cogens*, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

México se refirió a los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los artículos 40 y 41 del entonces proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones *erga omnes*, "la jurisprudencia ha obrado con precaución o incluso a la zaga de la *opinio iuris communis* (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrar, de una vez por todas, las normas de *jus cogens* en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico".

Además, en el escrito presentado el 15 de noviembre de 2002 (supra párrs. 9 y 12*), México agregó que:*

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Esta pregunta "está dirigida a precisar la existencia de derechos laborales fundamentales [de los] que deben gozar todos los trabajadores[,] los cuales se encuentran reconocidos internacionalmente en diversos instrumentos[,] y determinar si negar esos derechos a los trabajadores en función de su calidad migratoria significaría otorgar un trato perjudicial, contrario a los principios de igualdad jurídica y de no discriminación".

Los Estados pueden otorgar un trato distinto a los trabajadores migrantes documentados y a los trabajadores migrantes indocumentados, o a extranjeros respecto de los nacionales. Tal es el caso de los derechos políticos reconocidos sólo a los nacionales. Sin embargo, respecto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No puede darse un trato perjudicialmente distinto en la aplicación de los derechos laborales fundamentales, "independientemente de que fuera de ese cuerpo normativo básico los Estados

se encuentran facultados a otorgar un trato distinto". El trato perjudicialmente distinto a trabajadores migrantes indocumentados atentaría contra los derechos laborales fundamentales.

Existen diversos instrumentos internacionales que permiten identificar derechos laborales fundamentales de los trabajadores migrantes. Por ejemplo, los artículos 25 y 26 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconocen derechos laborales fundamentales para todos los trabajadores migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Además, el 1 de noviembre de 2002 la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una opinión formal sobre el alcance y contenido del Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes y la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes. Esta opinión desarrolla otros derechos laborales fundamentales de todos los trabajadores migrantes. México coincide con la Oficina Internacional del Trabajo en que existe un nivel básico de protección aplicable tanto a los trabajadores documentados como a los indocumentados.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Existe la posibilidad de que los Estados otorguen un trato diferente a los migrantes en situación irregular; sin embargo, bajo ninguna circunstancia están facultados para tomar medidas discriminatorias en cuanto al goce y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Si bien es posible identificar, con base en los instrumentos internacionales, derechos laborales fundamentales, "este concepto se encuentra sujeto a evolución. En la medida [en] que surjan nuevas normas que se incorporen al cuerpo de derechos laborales fundamentales, éstas deberán beneficiar a todos los trabajadores, independientemente de su situación migratoria".

Ante las preguntas de algunos jueces que integran la Corte, México añadió que:

Los derechos laborales fundamentales que no podrían ser restringidos son aquellos que los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de todos los trabajadores,

incluidos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular. En este sentido, parece haber un consenso, derivado de dichos instrumentos internacionales, de que existe "un conjunto de derechos que, por su propia naturaleza, son de tal forma esenciales a la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley y del principio de no discriminación que su restricción o suspensión, bajo cualquier título, conllevaría la violación de estos dos principios cardinales del derecho internacional de los derechos humanos". Algunos ejemplos de estos derechos fundamentales son: derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluyendo los beneficios de la seguridad social y otros derivados de empleo pasado; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; derecho a las garantías judiciales y administrativas para la determinación de sus derechos; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y prohibición del trabajo infantil.

Toda restricción al goce de los derechos fundamentales que se derivan de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación atenta contra la obligación *erga omnes* de respetar los atributos inherentes a la dignidad del ser humano, siendo el principal la igualdad en derechos. Las formas concretas de discriminación pueden ir desde la privación del acceso a la justicia para defender los derechos conculcados, hasta la negación de derechos derivados de una relación laboral. Cuando se realizan tales discriminaciones por medio de decisiones administrativas o judiciales, se actúa con base en la tesis de que el goce de derechos fundamentales puede estar condicionado a la consecución de objetivos de política migratoria.

El individuo ha adquirido el rango de auténtico sujeto activo y pasivo del derecho internacional. El individuo puede ser sujeto activo de obligaciones en materia de derechos humanos, así como responsable en lo individual de su incumplimiento. Este aspecto ha sido desarrollado en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Internacional Humanitario. En otras materias, como la comprendida en esta solicitud de opinión consultiva, se podría establecer que "tratándose de normas fundamentales, reveladas a través de manifestaciones objetivas, y siempre que no exista duda en cuanto a su vigencia, el individuo, como podría ser un empleador, pueda estar obligado a respetarlas, sin importar las

medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar, su cumplimiento".

La "traslación" de la cláusula *Martens* a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes implicaría otorgar a dichas personas un umbral adicional de protección, de acuerdo al cual en situaciones en las que el derecho positivo no reconozca o reconozca en menor grado determinados derechos fundamentales, tales derechos serán justiciables. La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por "los principios de la moral universal", a que alude el artículo 17 de la Carta de la OEA, aun en ausencia de disposiciones de derecho positivo inmediatamente vinculantes para quien tiene a su cargo el deber de garantizar el respeto de tales derechos.

Honduras

En sus observaciones escritas y orales, Honduras expresó que:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

No todo tratamiento jurídico que establezca diferencias vulnera *per se* el goce y ejercicio del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El Estado tiene la potestad de incluir restricciones objetivas y racionales a través de su legislación, con el propósito de adecuar las relaciones laborales, siempre que no establezca diferencias o distinciones ilegítimas y arbitrarias. "La legalidad está encaminada a garantizar el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias".

El Estado puede reglamentar el ejercicio de los derechos y "enmarcar" el establecimiento de políticas estatales dentro de la ley, sin que ello sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

La estancia legal de una persona que se encuentra dentro de un Estado americano no puede ser considerada *conditio sine qua non* para garantizar el derecho de igualdad y no discriminación, respecto de la obligación contemplada en el artículo 1.1 de la Convención Americana y en relación con los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado a todas las personas.

El artículo 22 de la Convención Americana garantiza el derecho de circulación y residencia, de manera que toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene dere-

cho a circular por éste y a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales. La Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorgan "el derecho a los Estados para que las personas sujetas a su jurisdicción observen las disposiciones legales".

La regulación para la permanencia legal establecida en la normativa estatal no es violatoria de las obligaciones internacionales del Estado si ha sido instituida por una ley -en su sentido estricto y contemplando los requisitos establecidos- sin contravenir el objeto y fin de la Convención Americana.

"[N]o puede entenderse que la legislación establezca un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados, si la Convención determina que la circulación y la permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado parte debe ser legal y no es incompatible con el objeto y fin de la Convención".

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

La determinación de políticas migratorias es una decisión propia del Estado. Dichas políticas deben tener como eje transversal el respeto de los derechos fundamentales derivado de las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional. Una interpretación que menoscabe o restrinja los derechos humanos, "subordinándolos a la consecución de cualesquiera objetivos[,] es violatoria de la obligación a efecto de velar por la observancia de tales derechos". La interpretación no debe soslayar las disposiciones de la Convención Americana, ni su objeto y fin.

La observancia de las disposiciones legales tiene como fin proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, y los derechos y libertades de los demás.

El Estudio General sobre los Trabajadores Migrantes realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concluyó que "es permisivo" limitar el acceso al empleo a los extranjeros, cuando se reúnen dos condiciones: a) que se trate de "categorías limitadas de empleos o de funciones"; y b) que la limitación sea necesaria en "interés del Estado". Tales supuestos pueden referirse a situaciones en que la protección del interés del Estado justifique que ciertos empleos o funciones se encuentren reservados, por su naturaleza, a los ciudadanos de aquél.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

En ciertos casos, las desigualdad de tratamiento jurídico puede ser un medio para realizar la igualdad o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.

El hecho de que no existan leyes discriminatorias o que la legislación hondureña prohíba la discriminación no basta para garantizar en la práctica la igualdad de trato y la igualdad ante la ley.

Los Estados americanos deben garantizar un trato digno a la población migrante en general, con el fin de evitar violaciones y abusos contra este sector tan vulnerable.

Nicaragua

En sus observaciones escritas y orales, Nicaragua indicó que:

La solicitud de opinión consultiva presentada por México "constituye un medio más que puede ayudar a los Estados, Organismos Nacionales e Internacionales a precisar, aplicar y cumplir el alcance de sus obligaciones imperativas[,] contempladas en los Tratados de Derechos Humanos, en especial en el fortalecimiento y la protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios".

La Constitución Política de Nicaragua dispone en su artículo 27 que en el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por Nicaragua.

El Salvador

En sus observaciones escritas y orales, El Salvador indicó que:

Estima conveniente que en la consulta se tomen en cuenta disposiciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "por ser Tratados relevantes respecto de la Consulta solicitada[,] concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos".

"[L]a aplicación e interpretación de la legislación secundaria no puede subordinar las obligaciones internacionales de los Es-

tados Americanos consagrad[a]s en los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos".

Cuando se establece una relación laboral entre un trabajador migratorio y un empleador en un Estado americano, este último está obligado a reconocer y garantizar al trabajador los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los relativos al derecho al trabajo y a la seguridad social, sin discriminación alguna.

Canadá:

En sus observaciones escritas, Canadá expresó que: Existen tres aspectos de la ley y política canadiense relacionados con el tema de la solicitud de opinión consultiva: primero, el apoyo internacional que brinda Canadá a los asuntos relacionados con los migrantes; segundo, las categorías de migrantes y residentes temporales (visitantes) que se establecen en la Ley de Inmigración de Canadá (*Immigration and Refugee Protection Act*); y tercero, la protección de los derechos y libertades fundamentales en Canadá. A Canadá le preocupan las violaciones de los derechos de los migrantes alrededor del mundo. Canadá apoyó la resolución de las Naciones Unidas que creó la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, y colaboró en la redacción del mandato de esta Relatoría con el fin de que fuese fuerte y equilibrada. La inmigración es un componente clave de la sociedad canadiense. La atracción y selección de migrantes pueden contribuir a los intereses sociales y económicos de Canadá, reuniendo familias y protegiendo la salud, la seguridad y la estabilidad de los canadienses. En Canadá generalmente no se utiliza el término "migrante". Sin embargo, la expresión "migrantes", tal como se entiende en el contexto internacional, cubre tres categorías de personas. La primera categoría corresponde a los residentes permanentes. Incluye a los migrantes, a refugiados que llegaron a radicar en Canadá y a asilados en este Estado que obtuvieron dicha condición a través del correspondiente procedimiento. Todas estas personas tienen derecho a residir permanentemente en Canadá y a solicitar la ciudadanía después de tres años de residencia. La segunda categoría se refiere a las personas que solicitaron el estatus de refugiado, tal como lo definen la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, pero que

no han obtenido respuesta al respecto. Si se establece que la persona es apta para ser considerada como solicitante de refugio, tendría derecho a representarse a sí misma o a ser representada por un abogado en el procedimiento relativo a la determinación de su calidad de refugiado. Las personas que representen un peligro serio para Canadá o para la sociedad canadiense no pueden llevar adelante la solicitud de refugio. En la mayoría de los casos, las personas que solicitan el estatus de refugiado tienen acceso a los servicios sociales provinciales, a cuidados médicos y al mercado de trabajo. Tanto ellos como sus hijos menores de edad tienen acceso a la educación pública (desde preescolar hasta la escuela secundaria). Una vez otorgada la condición de refugiado, se puede solicitar la residencia permanente e incluir en dicha solicitud a familiares inmediatos, aunque éstos se encuentren fuera de Canadá. La tercera categoría corresponde a los residentes temporales que llegan a Canadá para una estancia temporal. Hay varias categorías de residentes temporales de acuerdo con la *Inmigration and Refugee Protection Act*: visitantes (turistas), estudiantes extranjeros y trabajadores temporales. Aunque los trabajadores temporales no gozan, en el mercado laboral, del mismo grado de libertad que los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes, sus derechos humanos fundamentales están protegidos por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), promulgada en 1982 como parte de la Constitución canadiense (*Constitution Act, 1982*). Dicha Carta se aplica a toda la legislación, programas y acciones gubernamentales (federales, provinciales, territoriales y municipales). La mayoría de los derechos y libertades básicos protegidos por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) están garantizados a favor de todo individuo que se halle en territorio canadiense, independientemente de su estatus migratorio o su ciudadanía. Algunos de estos derechos son: la libertad de asociación, el derecho a un debido proceso, el derecho a la igualdad ante la ley, así como el derecho a una protección igualitaria sin discriminación alguna por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física. Existen algunas excepciones, debido a que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) garantiza ciertos

derechos sólo a los ciudadanos canadienses: el derecho al voto y el derecho a entrar, permanecer y salir de Canadá, entre otros. El derecho a trasladarse entre una y otra provincia, así como el derecho a trabajar en cualquier provincia se garantizan a los ciudadanos y a los residentes permanentes. Muchas de estas garantías reflejan el derecho que tienen los Estados soberanos de controlar el movimiento de personas a través de las fronteras internacionales. El derecho a la igualdad garantizado por la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) reviste particular importancia en el contexto de esta solicitud de opinión consultiva. En 1989 la Suprema Corte de Canadá estableció, en el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia,* que el derecho a la igualdad comprende a la igualdad sustantiva, y no solamente a la formal. La igualdad sustantiva generalmente se refiere a la igualdad de trato para las personas, y en algunas ocasiones requiere que se reconozcan las diferencias existentes de una manera no discriminatoria. Por ejemplo, dar trato igual a personas discapacitadas implica tomar las medidas necesarias para adaptar dichas diferencias y promover el acceso e inclusión de estas personas en los programas gubernamentales. Para demostrar la violación de la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), una persona que alega discriminación debe probar: 1) que la ley le ha impuesto un trato diferente al de otros, basado en una o más características personales; 2) que el trato diferencial está motivado en discriminación por raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad, discapacidad mental o física y nacionalidad; y 3) que existe discriminación en un sentido sustantivo, en cuanto se trata a la persona con menos preocupación, respeto y consideración, de forma que ofende su dignidad humana. Por ejemplo, en el caso *Lavoie v. Canada,* la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Canadá establecieron que la preferencia dada a los ciudadanos canadienses en los concursos para empleos en el servicio público federal discrimina por motivo de ciudadanía, y por lo tanto viola la sección 15(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Además de la protección constitucional, los gobiernos federales, provinciales y territoriales han promulgado legislación sobre dere-

chos humanos para promover la igualdad y prohibir la discriminación en el empleo y en los servicios. Esta legislación se aplica a la empresa privada que actúa como empleadora y proveedora de servicios y a los gobiernos. La Suprema Corte de Canadá ha establecido que la legislación sobre derechos humanos debe ser interpretada por los tribunales de manera que se avance en el objetivo de asegurar igualdad de oportunidades para todas los personas. Siguiendo esta interpretación, la Suprema Corte ha llegado a una serie de conclusiones sobre el alcance de los códigos de derechos humanos, incluyendo el principio de la precedencia de éstos sobre la legislación ordinaria, a menos que ésta establezca una clara excepción. Las prácticas discriminatorias pueden estar sujetas a impugnación aun cuando sean legales. Si bien las jurisdicciones canadienses tienen diferente legislación en materia de derechos humanos, están sometidas a los principios generales mencionados y deben proporcionar las mismas protecciones fundamentales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En sus observaciones escritas y orales, la Comisión expresó que: El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, "que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios".

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria.

El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones. Sin embargo, es necesario mantener abierta la posibi-

lidad de identificar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que constituyan violaciones al principio de igualdad.

Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores : 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

Existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial y de las prácticas directamente asociadas con ella constituye una obligación *erga omnes*. El carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario. “Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional, para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional”.

Con el fin de resaltar la importancia del principio de igualdad y no discriminación, los tratados de derechos humanos establecen expresamente ese principio en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El artículo 8.1 de la Convención Americana debe ser mencionado por su particular relevancia para la presente solicitud de opinión consultiva. La igualdad es un elemento esencial del debido proceso.

Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la Convención Americana conlleva "una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado".

Los derechos humanos básicos deben ser respetados sin distinción alguna. Las diferencias que se establezcan en relación con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos deben ser de aplicación restrictiva y respetar las condiciones señaladas en la Convención Americana. Algunos instrumentos internacionales prevén explícitamente ciertas distinciones.

A veces el principio de igualdad exige que los Estados adopten disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los tratados.

Los Estados americanos tienen la obligación de garantizar la protección básica de los derechos humanos, prevista en los tratados de derechos humanos, a todas las personas bajo su autoridad, "y [aquélla] no depende [...] para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración".

Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y satisfacer un interés público imperativo. No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquéllas de manera discriminatoria. Asimismo, "toda limitación permisible a los derechos jamás puede implicar la negación total del derecho".

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral son objetivos legítimos del Estado. En la consecución de tales objetivos los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan o limiten algunos derechos, siempre que se respeten los siguientes criterios: 1) ciertos derechos no son derogables; 2) hay derechos que se reservan exclusivamente a los ciudadanos; 3) hay derechos que están condicionados al estatus de migrante documentado, como los relativos a la libertad de movimiento y de permanencia; y 4) ciertos derechos pueden restringirse siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la res-

tricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar "racionalmente relacionada con el objetivo legítimo"; y d) no deben existir "otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados".

El Estado tiene la carga de probar que es "permisible" restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La "condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos."

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que los derechos laborales se encuentran protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, al respecto, se refirió a la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Tomando en consideración el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo, se puede afirmar que "existe un conjunto de derechos laborales fundamentales que se derivan del derecho al trabajo y constituyen un núcleo fundamental del mismo".

Por último, la Comisión Interamericana de derechos Humanos solicitó a la Corte que realice una sistematización de los derechos vinculados al trabajo "que los ubique en una jerarquía según la cual algunos de estos derechos laborales son considerados fundamentales", y que por lo tanto "integra[rían] el elenco de aquellos para los cuales no se admite discriminación, ni siquiera por status migratorio".

Costa Rica

En sus observaciones escritas y orales, Costa Rica expresó que no se referiría a la última pregunta formulada por el Estado solicitante. Antes de realizar observaciones sobre las otras tres preguntas, expuso las siguientes consideraciones sobre la "[p]rotección de los derechos humanos de los migrantes en Costa Rica" y respecto del "principio de razonabilidad para el trato diferencial de nacionales y extranjeros":

La Constitución Política costarricense establece una situación de "equiparamiento" en el ejercicio de los derechos y deberes de los nacionales y los extranjeros, con ciertas excepciones, tales como la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país, y las que se establezcan mediante norma de rango legal. Estas excepciones no pueden infringir los demás derechos que consagra la Constitución.

"En el plano laboral, a pesar de las medidas legales adoptadas y de las acciones ejecutivas, lamentablemente se presentan algunas situaciones de trato menos favorable para los trabajadores inmigrantes ilegales". La Ley General de Migración y Extranjería prohíbe la contratación de extranjeros que residan ilegalmente en el país, pero a la vez establece que los empleadores que realicen tal contratación no están exentos de la obligación de brindar a los trabajadores las remuneraciones y garantías sociales de ley. Al respecto, la Dirección Jurídica de la Dirección General de Migración y Extranjería ha establecido que todos los trabajadores, independientemente de su condición migratoria, tienen derecho a la seguridad social.

Los principios de igualdad y no discriminación no implican que los derechos de los extranjeros deban ser equiparados en todos sus aspectos a los de los nacionales. Cada Estado ejerce su soberanía al definir el estatus jurídico que tendrán los extranjeros dentro de su territorio. Por ello, "se debe aplicar el principio de razonabilidad para delimitar el campo propio de acción de los foráneos en un país".

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica estableció que la razonabilidad es un requisito fundamental para que una restricción o limitación entre nacionales y extranjeros sea constitucional. Las exclusiones son aquellas en las que no se reconoce un derecho a los extranjeros, negándoles la posibilidad de realizar alguna actividad. Son ejemplos de exclusiones constitucionales de los extranjeros la prohibición de intervenir en asuntos políticos y de ocupar ciertos cargos públicos. Las limitaciones, en cambio, reconocen el derecho al extranjero, pero lo restringen o limitan razonablemente, tomando en cuenta la protección de un grupo de nacionales o de una actividad determinada, o el cumplimiento de una función social. No se deben imponer limitaciones considerando exclusivamente la nacionalidad,

debido a que podrían imperar factores xenofóbicos, ajenos a los parámetros de racionalidad.

La referida Sala Constitucional también indicó que "[l]a igualdad de extranjeros y nacionales declarada por el artículo 19 de la Constitución está referida, claro está, al núcleo de derechos humanos respecto de los cuales no es posible admitir distinciones por motivo alguno, mucho menos en razón de la nacionalidad. En este sentido, la Constitución reserva a los nacionales el ejercicio de los derechos políticos por el hecho que éstos son una consecuencia intrínseca del ejercicio de la soberanía popular misma […]".

La Sala Constitucional ha enfatizado la necesidad de que cualquier excepción o limitación al ejercicio de un derecho fundamental que afecte a un extranjero tenga rango constitucional o legal, y que la medida se ajuste a parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y no sea contraria a la dignidad humana.

Dicho tribunal constitucional ha declarado inconstitucionales algunas normas por considerarlas irracionales e ilógicas, entre ellas: las restricciones legales que tenían los extranjeros para participar como comerciantes en un "depósito libre"; la prohibición de que los extranjeros ejercieran el notariado, de radiodifundir anuncios grabados por extranjeros y de que éstos se desempeñaran como agentes de seguridad privada; y la exclusión de los niños extranjeros como posibles beneficiarios del bono para la educación básica.

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Ningún derecho humano es absoluto y, por ende, su goce está supeditado a varias restricciones. El legislador puede establecer excepciones lógicas derivadas de la natural diferencia entre nacionales y extranjeros, pero no se pueden establecer distinciones que impliquen un vacío en el principio de igualdad. "Se debe tener presente que en todos los países existen diferencias de trato —que no riñen con los estándares internacionales de protección— por razones etáreas, de género, entre otras".

Entre extranjeros residentes y nacionales no pueden existir diferencias en cuanto al salario, ventajas o condiciones de trabajo.

Al igual que en la mayoría de los países, la ley de Costa Rica establece que los extranjeros que residan ilegalmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea

por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia. De esta forma, la misma condición de irregularidad de una persona en un Estado del que no es nacional provoca *per se* que sus condiciones de acceso a muchos de los derechos que tiene un trabajador se vean disminuidas en forma considerable. Muchas de las prestaciones sociales en materia de salud, seguridad laboral y las estrictamente laborales, "presuponen una serie de trámites burocráticos que no se pueden llevar a cabo si la persona está indocumentada".

Cuando la normativa interna de un Estado establece requisitos esenciales que debe cumplir una persona para hacerse acreedor de un determinado servicio, no se puede considerar que ello signifique un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migrantes indocumentados. "Por otro lado, la inscripción por parte de un empleador de sus trabajadores indocumentados en ciertos registros implicaría implícitamente que se encuentra en violación de la legislación migratoria, lo cual lo hará acreedor de una sanción".

En virtud de la forma en que los Estados organizan su estructura administrativa, en la práctica existen una serie de disposiciones que indirectamente impiden que los trabajadores migrantes indocumentados disfruten de sus derechos laborales.

No obstante lo anterior, un empleador que haya contratado a migrantes indocumentados tiene la obligación de pagarles el salario y otras remuneraciones. Asimismo, "la condición de irregularidad de una persona no impide que pueda acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos", es decir, "en materia de acceso a los órganos judiciales, los trabajadores inmigrantes irregulares y miembros de sus familias tienen derecho a las garantías judiciales y protección judicial en los mismos términos que los nacionales".

En cuanto a la pregunta 2.1) de la consulta (*supra* párr. 4)

El respeto a los principios de igualdad y no discriminación no significa que, de acuerdo a un criterio de razonabilidad, no se puedan establecer ciertas restricciones o requisitos para el goce de determinado derecho. El ejemplo clásico es el ejercicio de los derechos políticos, reservados para los nacionales del país.

Existen otros derechos que no admiten ninguna restricción, requisito o limitante, y deben respetarse a todas las personas sin distinción. En Costa Rica, el derecho a la vida es uno de estos de-

rechos, lo cual implica, por ejemplo, que una directriz que ordene a los guardias de frontera disparar a quienes intenten ingresar al territorio nacional por un puesto no autorizado constituiría una flagrante violación de los derechos humanos.

En cuanto a la pregunta 2.2) de la consulta (*supra* párr. 4)

La legal permanencia del extranjero en el Estado receptor no es condición necesaria para que se respeten sus derechos humanos y laborales. Todas las personas, independientemente de que tengan o no autorización para ingresar o permanecer en Costa Rica, pueden acudir a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de mantener o restablecer sus derechos constitucionales y otros derechos fundamentales.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Para responder esta pregunta es necesario referirse a la jerarquía de los derechos humanos dentro del ordenamiento interno. Los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica "tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, pri[m]an por sobre la Constitución". La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tomado la normativa internacional de derechos humanos como criterio de interpretación constitucional o como parámetro de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Cualquier norma o política migratoria contraria a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sería absolutamente nula, aun cuando hubiera sido adoptada por el Poder Legislativo con rango legal.

Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito

En su escrito de 27 de noviembre de 2002, indicó que: En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4) Los trabajadores migrantes indocumentados no deben carecer de protección frente al Estado; la calidad migratoria no les priva de su condición de personas. La infracción de normas domésticas no puede ser considerada como fundamento para privar a la persona de la protección de los derechos humanos, es decir, no exime a los Estados de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional. "Sostener la tesis contraria sería crear un método indirecto por el cual se discrimina a los trabajadores migrantes indocumentados negándoles hasta cierto punto la perso-

nalidad jurídica y creando una desigualdad jurídica entre [las] personas". No existe norma alguna en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que admita la restricción del derecho al trabajo en función de la condición migratoria. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es explícito al referirse al origen nacional como un criterio que no puede ser utilizado para discriminar a un ser humano, y además agrega que "cualquier otra condición social" tampoco puede ser invocada para negar a una persona el trato igual ante la ley. "La norma es clara: la condición social de documentado o indocumentado no puede ser utilizada como fundament[o] para negar el ejercicio de cualquier derecho humano y en consecuencia recibir un trato desigual ante la Ley". Por su parte, el artículo 24 de la Convención Americana no permite, bajo ninguna interpretación, que la igualdad esté supeditada a la residencia legal o ciudadanía de una persona. Actualmente, los migrantes se enfrentan con legislaciones y prácticas laborales discriminatorias por parte de los Estados y, lo que es peor, sufren la constante negación de instancias gubernamentales y de garantías del debido proceso. "La situación es grave para los migrantes que se encuentran documentados, pero es aún más grave para aquellos que no han podido legalizar su situación jurídica en el país en [el] que viven". La Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han elaborado normas que sirven al propósito de prevenir la desprotección jurídica de los migrantes. Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al referirse a los trabajadores migrantes, no establece diferencia alguna con base en su estatus jurídico, "es decir, le[s] reconoce a [los] migrante[s] todos los derechos humanos, civiles, políticos, sociales, culturales o relativos al trabajo, más allá de que sean o no documentados". Además, como esfuerzo previo para mejorar la situación de los derechos humanos de los migrantes, el Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, contiene importantes disposiciones al respecto. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido dos recomendaciones relevantes. Sin embargo, la Recomendación

No. 86 sobre los Trabajadores Migrantes (revisada en 1949) "es en si discriminatoria, en tanto sólo se aplica para los trabajadores que sean admitidos como trabajador migrante. Al parecer no se aplicaría a los indocumentados". En 1975 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes, la cual también rige solamente para los migrantes documentados. "Es decir, aunque se manifiesta una preocupación por los trabajadores migrantes, se les reconoce derechos únicamente por su status legal, mas no por su condición de ser humano". En este sentido, el desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas en este ámbito del derecho internacional ha sido más coherente. Por ejemplo, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44 reconoce que los principios y normas consagrados en la Declaración Universal se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes, sin hacer referencia alguna a la situación legal de éstos. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se refiere al trabajador migratorio sin diferenciar entre el documentado y el indocumentado. Los Estados no pueden dar un trato diferenciado a los migrantes que se encuentren en su territorio, independientemente del estatus migratorio de éstos. "[L]a Corte debería responder a la primera pregunta afirmando que[,] de acuerdo con las normas internacionales vigentes, no es posible establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados".

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

Los Estados no pueden establecer discriminaciones en razón de que la estancia de una persona no se encuentre regularizada, y tampoco pueden omitir las garantías necesarias para la protección de los derechos fundamentales de carácter universal. "Es inaceptable que cualquier Estado no garantice y proteja los derechos humanos de cualquier persona que se encuentre dentro de su territorio". Los artículos mencionados en las preguntas en cuestión establecen categóricamente la igualdad ante la ley de todas las personas. La calidad de persona no se adquiere en el momento en que se le admite legalmente en cierto territorio, sino es una calidad intrínseca al ser humano. Más aún, los referidos artículos contienen una lista ejemplificativa de las razones por las cuales

no se puede discriminar a una persona y concluyen con frases tales como "ni otra alguna" o "cualquier otra condición". Los derechos y libertades proclamados en los instrumentos internacionales "pertenecen a todos, por el hecho de ser personas, y no por el reconocimiento que un Estado les otorgue en cuanto a su condición migratoria". "[N]o hay criterio de distinción que sea permitido por la normativa internacional para menoscabar o restringir los derechos humanos". El Estado no puede negar a ninguna persona los derechos laborales consagrados en muchas normas internacionales. La privación de uno o más derechos laborales, con fundamento en la condición indocumentada de un trabajador migrante, es absolutamente incompatible con los deberes de los Estados americanos de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las citadas disposiciones. De conformidad con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana, "no se puede alegar el derecho de cada [E]stado a aceptar o no dentro de su territorio a determinado individuo, para limitar el derecho a la igualdad ante la ley ni ninguno de los derechos establecidos en dicho instrumento".
En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4)

"[N]i tratándose del orden público, que es el fin último de cualquier Estado, es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho [h]umano, invocando objetivos de política interna". Los derechos humanos no pueden estar subordinados a leyes internas, sean éstas de política migratoria o de cualquier otro carácter. El derecho a la no discriminación no puede estar condicionado al cumplimiento de objetivos de política migratoria, aunque tales objetivos se encuentren contemplados en leyes internas. "En virtud de las obligaciones internacionales, las leyes que restringen el igual goce de los derechos humanos por toda persona son inadmisibles y el Estado está en obligación de suprimirlas". Además, por tener el carácter de *erga omnes* "estas obligaciones" pueden ser aplicables a terceros que no sean parte de la Convención que las reconoce. Más allá de las obligaciones convencionales relativas a la prohibición de discriminación, todos los Estados tienen la obligación *erga omnes*, es decir, ante la comunidad internacional, de impedir cualquier forma de discriminación, inclusive la derivada de su política migratoria. La prohibición de la dis-

criminación "es un valor esencial para la comunidad internacional, por ello ninguna política interna podría estar dirigida a la tolerancia o permisión de la discriminación en cualquier forma que afecte el goce y ejercicio de los derechos humanos". "[L]a Corte debe [re]solver la pregunta señalando que es inaceptable cualquier subordinación del goce y ejercicio de los Derechos Humanos, a la existencia de políticas migratorias y a la consecución de los fines establecidos para dichas políticas".

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Dichos límites están determinados tanto convencionalmente como en disposiciones de carácter consuetudinario y normas imperativas o de *jus cogens*. "Al igual que las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho [I]nternacional condiciona la validez de las normas". Hay poca discusión sobre la existencia de estas normas imperativas dentro del derecho internacional. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no delimita el contenido del *jus cogens*, es decir, no determina cuáles son esas normas imperativas, sino solamente cita algunos ejemplos. En el artículo 53 de la referida Convención se establecen cuatro requisitos para determinar si una norma tiene el carácter de *jus cogens*, a saber: estatus de norma de derecho internacional general, aceptación por la comunidad internacional, inmunidad de derogación, y modificable únicamente por una norma del mismo estatus. "Cabe preguntarse entonces si ofendería la conciencia de la humanidad y moralidad pública el que un Estado [rechace] el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley. La respuesta es, a todas luces[,] afirmativa". "[E]s imperativo que la Corte analice si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley cumplen con los 4 requisitos de una norma de *ius cogens*". Si la Corte aceptare que tanto el principio de no discriminación como el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley son normas de *jus cogens*, se derivarían varios efectos jurídicos. Sobre el particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que

tales efectos comprenderían: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *jus cogens*; en caso de conflicto, tendría la primacía la norma de *jus cogens* frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que sea contraria a la norma imperativa. Resulta necesario determinar los efectos jurídicos que se derivan de manera individual y colectiva de la vigencia de las normas contenidas en los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA. De conformidad con las referidas normas, los Estados partes asumen el compromiso, tanto individual como colectivamente, de "prevenir, proteger y sancionar" cualquier violación de los derechos humanos. El espíritu del artículo 17 de la Carta de la OEA es crear principios vinculantes para los Estados, aunque éstos no hubieren reconocido la competencia de la Corte, de manera que respeten los derechos fundamentales del ser humano. La mencionada Carta proclama el goce de los derechos humanos sin distinción alguna. Tanto los Estados partes como los órganos de la OEA tienen el deber de impedir cualquier violación a los derechos humanos y permitir el goce efectivo de los mismos de manera plena y absoluta. "Si la Corte decidiere que el principio de no discriminación es una regla de *jus cogens*[,] entonces podemos entender también que estas normas son vinculantes para los Estados sin importar siquiera la ratificación de los convenios internacionales; ya que […] los principios [de] *jus cogens* crean obligaciones *erga omnes*". Si tal principio fuera considerado como una norma de *jus cogens* formaría parte de los derechos fundamentales del ser humano y de la moral universal. La Corte debería responder esta pregunta afirmando que el principio de no discriminación es una norma internacional imperativa "y por lo tanto las normas de los Arts. 3(1) y 17 de la Carta de la OEA deben ser interpretad[a]s bajo la misma óptica".

Delgado Law Firm *En su escrito de 12 de diciembre de 2002, expresó que:* Lo decidido por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso de *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board* ha generado inseguridad en lo que respecta a los derechos de los migrantes en ese país, situación que puede tener graves implicaciones en la vida del migrante. En el ámbito del

derecho laboral, los Estados Unidos de América no tratan a los migrantes en situación irregular con igualdad ante la ley. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América determinó que un empleador estadounidense puede violar los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular sin tener que pagarle salarios caídos [*back pay*]. En el mencionado caso de *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular y no ordenó indemnización ni compensación alguna a favor del trabajador. De acuerdo con la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, un trabajador migrante incurre en "mala conducta grave" cuando obtiene un empleo en contravención de la *Immigration Reform and Control Act* (IRCA). Sin embargo, en dicho caso la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no negó que el empleador hubiera despedido al trabajador por intentar organizar un sindicato, lo cual implica la responsabilidad del empleador por haber cometido una violación obvia de las leyes laborales. Pese a que el empleador incurrió en tal violación, no fue tratado en forma igualitaria por la Suprema Corte. Aunque los Estados Unidos de América dicen que existe una política interna para desalentar la inmigración ilegal, en realidad continúan tomando medidas que hacen más barato y, por lo tanto, más atractivo para los empleadores estadounidenses contratar trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, inclusive en los Estados Unidos de América se concuerda en que lo decidido en el caso *Hoffman Plastic Compounds* causará que aumente la discriminación contra los trabajadores indocumentados, ya que los empleadores pueden alegar que desconocían que el trabajador era indocumentado para evitar cualquier responsabilidad por violar los derechos de sus trabajadores. Este tratamiento discriminatorio de los migrantes en situación irregular es contrario al derecho internacional. Contar con mano de obra barata sin garantizarle los derechos humanos básicos no es una política inmigratoria legítima. Los efectos de la *Immigration Reform and Control Act* y del caso *Hoffman Plastic Compounds* indican que hay un aumento de discriminación hacia los trabajadores migrantes indocumentados. Incluso, el razonamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sugiere que permitir que los trabajadores en

situación irregular intenten acciones o reclamos serviría para "estimular la inmigración ilegal". Los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América están expuestos a condiciones laborales "peligrosas". La política interna de inmigración no puede ser distorsionada al extremo de utilizarla para exonerar a los empleadores que exponen a los trabajadores migrantes en situación irregular a riesgos irrazonables de muerte. Los Estados Unidos de América continúan beneficiándose diariamente de la presencia en su fuerza laboral de una significativa cantidad de trabajadores migrantes en situación irregular. Cálculos conservadores sugieren que hay al menos 5.3 millones de migrantes en situación irregular trabajando en los Estados Unidos de América, y que tres millones de ellos provienen de México. A ningún Estado se le debe permitir beneficiarse, a sabiendas y continuamente, del sudor y trabajo de millones de trabajadores migrantes, mientras finge al mismo tiempo que no desea a tales trabajadores y, por lo tanto, no les tiene que garantizar siquiera sus derechos más básicos. Los trabajadores migrantes tienen derecho a una protección igualitaria de la ley, incluyendo la protección a sus derechos humanos. Los trabajadores indocumentados que han presentado quejas sobre salarios y condiciones de trabajo en los Estados Unidos de América, han sido intimidados por sus empleadores, quienes usualmente los amenazan con llamar al *Immigration and Naturalization Service*. Además, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América declaró en el caso *Hoffman Plastic Compounds* que cualquier persona en situación irregular en el país no puede demandar a su exempleador por los salarios devengados no pagados (*back wages*), debido a su estatus migratorio. El principio de igualdad ante la ley estipulado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga al Estado a no expedir legislaciones que establezcan diferencias entre trabajadores basadas en su origen étnico o nacional. El principio de igualdad ante la ley se aplica al goce de derechos civiles, políticos, económicos y sociales sin distinción alguna. Todos los trabajadores tienen derecho al reconocimiento de sus derechos humanos básicos, incluyendo el derecho de ganarse la vida y el de contar con representación legal, sin importar su estatus migratorio. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado importantes tratados tales como el Con-

venio No. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Este Convenio establece el igual trato entre los migrantes y los nacionales con respecto a la seguridad en el empleo, readaptación, seguro social, derechos por trabajo realizado y otros beneficios. Se considera que muchos de los derechos contemplados en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituyen derecho internacional consuetudinario. Estos derechos también están incluidos en las convenciones más importantes de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Se insiste, finalmente, en que los derechos humanos se extienden a todos los trabajadores migrantes, sin importar si se encuentran en situación regular o irregular en un Estado.

Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

En sus intervenciones escritas y orales, indicaron que: Respecto de la admisibilidad de la consulta: Es clara la importancia que tiene la opinión consultiva solicitada "no sólo para México, sino para toda América Latina, por la cantidad de migrantes en situación irregular que se encuentran en otros países y por ser considerados como un grupo vulnerable propenso a la violación sistemática de sus Derechos Humanos".

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

Aunque los derechos laborales han sido enmarcados dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, en realidad forman parte de un todo indisoluble de los derechos humanos, no jerarquizados, ya que son inherentes a la dignidad humana. "El problema de la discriminación aparece, sobre todo, en materia laboral". Los migrantes indocumentados tienen diversas desventajas, tales como: pago de salarios bajos, pocas o nulas prestaciones sociales o gastos en salud, imposibilidad de organización sindical, y constante amenaza de despido o denuncia ante las autoridades migratorias. "Lo anterior se confirma de manera institucional". Algunas leyes y resoluciones emitidas en los Estados Unidos de América establecen una distinción entre migrantes indocumentados, nacionales y residentes "que no es objetiva

y razonable, y consecuentemente deviene en una clara discriminación". El principio de no discriminación se aplica a todos los derechos y libertades, al amparo del derecho interno y del derecho internacional, conforme a lo estipulado en el artículo II de la Declaración Americana y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana. Es indiscutible que los Estados tienen la facultad soberana de promulgar leyes y reglamentos en materia laboral, y establecer los requisitos que consideren convenientes para que los extranjeros se integren a su mercado laboral. Sin embargo, esta facultad no puede ejercerse al margen del *corpus juris* internacional de los derechos humanos. "Los Derechos Humanos no dependen de la nacionalidad de la persona, del territorio donde se encuentre o de su estatus jurídico porque los porta en sí misma. Sostener lo contrario sería tanto como negar la dignidad humana. Si los Derechos Humanos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del Estado para violarlos o impedir su protección internacional".

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

Los tratados de derechos humanos se inspiran en una noción de garantía colectiva, de manera que no establecen obligaciones *vis-à-vis* entre los Estados, sino que determinan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en tales instrumentos a todos los seres humanos. Toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*, es decir, éstos deben ser interpretados de la manera que más favorezca al ser humano, "por lo que es inaceptable que los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto, así como 1 y 24 de la Convención Americana se interpreten en el sentido de menoscabar derechos humanos a un grupo de personas por su sola condición de indocumentado[s]". Una interpretación de cualquier instrumento internacional que conduzca al menoscabo de un derecho o libertad de una persona que no tenga estancia legal en el país en donde se encuentre, es contraria al objeto y fin que persiguen todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

Los Estados tienen la facultad soberana de emitir leyes y reglamentaciones en materia migratoria y de establecer diferencias

entre nacionales y extranjeros, siempre que tales normas internas sean compatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Las referidas diferencias deben tener una justificación objetiva y razonable; en consecuencia, deben perseguir un fin legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Un Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expida una ley manifiestamente violatoria de dicho instrumento o que realice actos que disminuyan, en perjuicio de un grupo de personas, los derechos y libertades contenidos en dicho tratado, incurre en responsabilidad internacional. La igualdad ante la ley y la no discriminación son principios esenciales que se aplican a todas las materias. Por lo tanto, cualquier actuación del Estado, inclusive la que estuviere conforme a su legislación interna, que subordine o condicione los derechos humanos fundamentales de algún grupo de personas implica el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar estos derechos y, en consecuencia, acarrea su responsabilidad internacional agravada y es legítimo que la invoque cualquier sujeto de derecho internacional.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ha reconocido la existencia de normas de *jus cogens*, al establecerlas como disposiciones imperativas de derecho internacional. Sin embargo, no las definió de manera clara. Las normas de *jus cogens* atienden a la necesidad de establecer un orden público internacional, ya que en una comunidad regida por el derecho deben existir normas superiores a la voluntad de los sujetos que la integran. La comunidad internacional ha repudiado las violaciones del principio de no discriminación y del derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley. Con respecto a la situación en la que se encuentran los trabajadores migrantes indocumentados, el principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley poseen importancia trascendental, en virtud de que su violación conlleva la violación sistemática de otros derechos. El principio de no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley "que integran la idea misma de los Derechos Humanos, son normas de *ius cogens*". Las normas de *jus cogens* son oponibles *erga omnes*, en virtud de que contienen valores ele-

mentales y consideraciones de humanidad basadas en el consenso universal, por la naturaleza especial del objeto que protegen.

Javier Juárez, del *Law Office of Sayre & Chavez*

En su escrito de 6 de febrero de 2003, expresó que: El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que los trabajadores migrantes indocumentados despedidos indebidamente por organizar sindicatos, no tienen derecho al pago de salarios caídos [*back pay*], de acuerdo con la *National Labor Relations Act*. Para los trabajadores indocumentados esta decisión crea una clara excepción legal a las garantías otorgadas a otros trabajadores, y por lo tanto, contraviene el texto de los acuerdos internacionales que buscan la igualdad de protección para los trabajadores migrantes y agudiza la vulnerabilidad que los distingue de otros grupos de la población. El caso mencionado involucra al señor Castro, un trabajador contratado en la planta de la compañía *Hoffman Plastic Compounds* en Los Ángeles, California. En 1989, cuando el señor Castro contribuyó a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, fue despedido. En enero de 1992 la *National Labor Relations Board* decidió que tal despido era ilegal y ordenó el pago de salarios caídos [*back pay*] y la reinstalación del señor Castro. En junio de 1993, durante la audiencia realizada ante un juez administrativo de la *National Labor Relations Board* para determinar el monto del pago de salarios caídos [*back pay*], el señor Castro declaró que nunca había sido admitido legalmente ni autorizado para trabajar en los Estados Unidos de América. Debido a esta declaración, el juez administrativo decidió que no se podía otorgar el pago de salarios caídos [*back pay*], ya que ello estaría en conflicto con la *Immigration Control and Reform Act* de 1986. Esta ley prohíbe que los empleadores contraten a trabajadores indocumentados, con conocimiento de ello, y que los empleados utilicen documentos falsos para ser contratados. En septiembre de 1998 la *National Labor Relations Board* revocó la referida decisión del juez administrativo e indicó que la forma más efectiva de fomentar las políticas de inmigración era proporcionando a los trabajadores indocumentados las mismas garantías y recursos de la *National Labor Relations Act* que se otorgan a los demás empleados. La *National Labor Relations Board* decidió que aunque el trabajador indocumentado no tenía derecho a ser

reintegrado, se le debían pagar los salarios caídos [*back pay*] y los intereses acumulados por los tres años de trabajo perdido. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América denegó la solicitud de revisión presentada por la compañía *Hoffman Plastic Compounds* y reafirmó la decisión de la *National Labor Relations Board.* El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró el caso y anuló el pago que se debía realizar al trabajador. La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que denegó el pago al trabajador indicó que permitir a la *National Labor Relations Board* que reconozca el pago de salarios caídos [*back pay*] a extranjeros ilegales, perjudicaría las prohibiciones estatutarias fundamentales para la política federal de inmigración. Ello estimularía la sustracción de las personas a las autoridades migratorias, perdonaría las violaciones que se realicen a las leyes de inmigración y fomentaría futuras infracciones. La opinión de la minoría de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América estableció que la decisión adoptada en el caso *Hoffman Plastic Compounds* debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. La opinión disidente en este caso estableció que el pago de salarios caídos [*back pay*] no es contrario a la política nacional de inmigración. La referida opinión disidente también señaló que no aplicar la legislación laboral deja indefensas a las personas que más necesitan protección ante la explotación por parte del empleador. Agregó que la ley de inmigración no debilita ni disminuye la protección legal, ni limita el poder para remediar prácticas injustas que se cometen en contra de los trabajadores indocumentados. La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América implica, en su forma más amplia, que los trabajadores indocumentados no tienen el derecho de demandar para obtener el pago de horas laborales extras, violaciones al salario mínimo o discriminación. Sin embargo, en dos casos diferentes, relacionados con violaciones al salario mínimo, una Corte de Distrito y una Corte Superior decidieron que el estatus migratorio de los trabajadores no era relevante para solicitar el pago de salario mínimo por el tiempo en que se trabajó. Mencionó varias autoridades estatales que consideran que la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman*

Plastic Compounds conlleva un impacto negativo sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes. La mayoría de trabajadores migrantes no están dispuestos a ejercer sus derechos, y en muchas ocasiones no se denuncian los abusos que reciben. También los grupos empresariales confirman la vulnerabilidad legal, social y económica de los trabajadores indocumentados. Recientemente, el *Center for Labor Market Studies* de *Northwestern University* llevó a cabo un estudio sobre el impacto de los migrantes en los Estados Unidos de América. El director del estudio indicó que en los últimos cien años la economía de los Estados Unidos de América se ha hecho más dependiente de la mano de obra migrante. Agregó que muchos de estos nuevos trabajadores migrantes, posiblemente la mitad, se encuentran en los Estados Unidos de América sin documentos legales, lo que significa que la economía es dependiente de personas que están en la "tierra legal de nadie". En síntesis, la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds* puede ser vista como una de las últimas adiciones al esquema legal que, directa o indirectamente, ha negado a los migrantes las garantías básicas necesarias para aliviar su vulnerabilidad social y económica. Muchas diferencias de trato se derivan directamente del estatus de indocumentado de los trabajadores, y en algunas ocasiones esas diferencias de trato se extienden también a los migrantes documentados.

Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la *Harvard Law School*, el *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* y el *Centro*

En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que: Tienen interés en el caso y en particular en los derechos laborales de los trabajadores migrantes en las Américas. Apoyan el argumento de México en cuanto a que los hechos demuestran que los trabajadores migrantes no gozan de derechos humanos universales en condiciones justas y equitativas. El vacío existente entre las normas internacionales actuales que protegen a los trabajadores migrantes y la práctica y legislación discriminatorias a nivel nacional, constituyen los mayores retos que enfrentan los trabajadores migrantes. Proceden a revisar las leyes y la práctica de algunos Estados americanos para entender la divergencia que existe entre los derechos de los trabajadores migrantes y la política pública en esta materia.

En cuanto a las leyes y prácticas en Argentina:

de Justiça Global/Global Justice Center

Según la Ley General de Migraciones de Argentina sólo los migrantes admitidos como residentes permanentes gozan de todos los derechos civiles garantizados en la Constitución, incluido el derecho al trabajo. El derecho al trabajo que se otorga a los migrantes temporales o transitorios es más restringido, mientras que los migrantes en contravención de la Ley General de Migraciones no tienen ningún derecho a trabajar y pueden ser detenidos y expulsados. Los requisitos establecidos en el Decreto No. 1434/87 para obtener la residencia legal en Argentina son prácticamente imposibles de cumplir por muchos migrantes indocumentados. El mencionado decreto establece que la Dirección Nacional de Migraciones puede negar la residencia legal a los migrantes que: 1) entraron al país evitando el control migratorio, 2) se quedaron en el país en contravención de la ley por más de treinta días, o 3) trabajan sin la autorización legal de la Dirección Nacional de Migraciones. Además, el Ministerio del Interior tiene amplios poderes discrecionales para negar la residencia legal a los migrantes. En la práctica, debido a que la mayoría de migrantes en Argentina cuentan con escasos recursos y no son profesionales ni tienen parientes argentinos, la mejor oportunidad para regularizar su estatus migratorio es con la presentación de un contrato de trabajo escrito con un empleador argentino. Sin embargo, como las regulaciones son muy complicadas, muchos migrantes se ven obligados a mantener su estatus ilegal. Consecuentemente, deben aceptar condiciones laborales precarias, salarios sumamente bajos y sufrir otros abusos por parte de sus empleadores.

En cuanto a las leyes y prácticas en el Brasil:

La Constitución Federal del Brasil, de 1988, garantiza la validez de los derechos que se desprenden de los tratados internacionales de los que el Brasil es parte. Además, la Constitución Federal establece un trato igual para nacionales y extranjeros. Las leyes laborales del Brasil no distinguen entre nacionales y extranjeros. Los trabajadores indocumentados tienen derecho a recibir salarios y beneficios sociales por concepto de trabajo realizado. Además, no hay disposición alguna que limite el acceso a la justicia por la nacionalidad del demandante. En la práctica, los trabajadores irregulares en el Brasil experimentan muchas dificultades, incluyendo largas horas de trabajo y salarios inferiores al mínimo. Muchos migrantes irregulares nunca denuncian los abu-

sos por temor a ser deportados. Este temor también causa que los migrantes irregulares no envíen a sus niños a la escuela, no soliciten una licencia de manejar, no adquieran bienes ni visiten sus países de origen. Además, estos trabajadores tienen poca información sobre sus derechos y sólo pueden hacerlos valer cuando obtienen ayuda de las organizaciones no gubernamentales que trabajan con migrantes.

En cuanto a las leyes y prácticas en Chile:

De conformidad con la normativa chilena, los trabajadores nacionales y extranjeros tienen iguales derechos laborales. Conforme a la ley laboral chilena, el contrato de trabajo no tiene que ser escrito; sin embargo, la ley migratoria requiere que los trabajadores migrantes cuenten con un contrato escrito otorgado ante notario público, en el que el empleador se comprometa a pagar el transporte del migrante a su país cuando termine el contrato. Los trabajadores migrantes que laboran en Chile sin un contrato escrito, frecuentemente reciben salarios muy bajos, no tienen acceso a los beneficios del seguro social y pueden ser despedidos en cualquier momento sin compensación monetaria. Esta situación es especialmente difícil para los trabajadores migrantes en situación irregular, porque temen ser identificados por las autoridades de inmigración. Además, debido a que los trabajadores irregulares normalmente no poseen documentos nacionales de identidad, carecen de acceso a muchos servicios públicos, como atención médica y vivienda pública. La legislación laboral no regula de manera expresa los derechos de los trabajadores que no cuentan con contrato, por lo que la situación de tales trabajadores la regulan la Dirección y las Inspecciones de Trabajo. La información sobre la interpretación de la ley realizada por las referidas autoridades laborales no es muy accesible para los trabajadores migrantes. La legislación chilena sobre trabajadores extranjeros no se encuentra al día y les provee poca protección, especialmente en las disputas laborales.

En cuanto a las leyes y prácticas en la República Dominicana:

El mayor obstáculo a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes en la República Dominicana es la dificultad que enfrentan los haitianos para establecer su residencia legal en aquel país. Al obtener su estatus legal, la ley garantiza a los migrantes los mismos derechos civiles que tienen los dominica-

nos. La ley no distingue entre ciudadanos y extranjeros documentados en lo que respecta a sus derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos laborales básicos están garantizados a todos los trabajadores, independientemente de que residan legalmente en el país o no. Hay diversos problemas en el ámbito laboral, como: salario mínimo insuficiente para gozar de una vida digna; requisitos inalcanzables para negociar colectivamente; multas a los empleadores que son insuficientes para prevenir la violación de los derechos de los trabajadores; y corrupción de inspectores de salud y de seguridad. La mayoría de trabajadores migrantes haitianos en la República Dominicana enfrentan jornadas de trabajo largas, salarios bajos e inestabilidad en el trabajo. Sus condiciones de vida son inadecuadas. La mayoría de los trabajadores no tienen agua potable, facilidades sanitarias ni servicios médicos y sociales. La capacidad de los trabajadores migrantes haitianos para combatir estas condiciones de trabajo injustas está severamente limitada. Tienen que enfrentarse a una actitud política y social generalmente hostil. A la vez, la gran mayoría de estos trabajadores no tienen acceso a la asistencia legal y, en consecuencia, a los tribunales laborales. La forma de aplicar las leyes migratorias y de ciudadanía en la República Dominicana contribuye a perpetuar la ilegalidad permanente de los haitianos y dominicanos de descendencia haitiana. Además, debido a su pobreza y analfabetismo, es muy difícil que los trabajadores migrantes cumplan con los requisitos necesarios para obtener permisos de trabajo temporales. El estatus de los trabajadores haitianos como migrantes irregulares afecta a sus hijos, inclusive los nacidos en la República Dominicana. Los hijos de haitianos que nacen en la República Dominicana no son considerados ciudadanos, en virtud de que se caracteriza a los haitianos como extranjeros en tránsito. Esta situación ha causado que los haitianos estén sujetos a deportación en cualquier momento, y de hecho se han realizado expulsiones masivas en violación del debido proceso. La República Dominicana se ha beneficiado por décadas de la mano de obra barata de haitianos, y el Estado ha desarrollado un sistema que mantiene este flujo de trabajadores migrantes sin tomar las medidas mínimas para garantizarles los derechos fundamentales.

En cuanto a las leyes y prácticas en los Estados Unidos Mexicanos:

De conformidad con los artículos 1 y 33 de la Constitución Política, los cuales se refieren a la igualdad de protección, los derechos laborales constitucionales se deben garantizar a todos los migrantes. México está obligado por su Constitución a ejecutar los tratados bilaterales y multi-laterales sobre derechos laborales de los trabajadores migrantes que haya suscrito. Dichos tratados garantizan una protección igualitaria y no discriminatoria, así como otras garantías más específicas. La Ley Federal de Trabajo permite que los migrantes trabajen legalmente en México como visitantes. Sin embargo, existen restricciones profesionales a las categorías de visitantes, categorías que comprenden a la mayoría de los trabajadores migrantes de América Central, quienes generalmente son mano de obra menos calificada. Por lo tanto, los trabajadores provenientes de América Central sólo pueden entrar legalmente a México bajo la categoría denominada "Forma Migratoria para Visitantes Agrícolas" o bajo la "Forma Migratoria para Visitantes Locales Fronterizos". Algunas disposiciones de la Ley Federal de Trabajo permiten un tratamiento preferencial en la contratación de los trabajadores mexicanos con respecto a los trabajadores migrantes. Las violaciones más comunes a los derechos de los trabajadores migrantes son: largas jornadas de trabajo; inadecuadas condiciones de vivienda, salud y transporte; salarios más bajos que el mínimo; reducción de salarios por comida y vivienda; retención de salarios y de documentos de trabajo, y discriminación racial. Debido a las graves condiciones sociales y económicas que prevalecen en sus países de origen, muchos trabajadores agrícolas migratorios se ven obligados a aceptar estos abusos. Aunque existen los programas de "Forma Migratoria para Visitantes Agrícolas" y "Forma Migratoria para Visitantes Locales Fronterizos", y se han dado algunos pasos a favor de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, el manejo de estos programas ha sido inadecuado; no han evitado los abusos en contra de los trabajadores. Por ejemplo, las Juntas Locales de Arbitraje y Conciliación resuelven los conflictos entre los trabajadores y los empleadores, pero el proceso es frecuentemente lento. Incluso, muchos de los trabajadores acuden a las Juntas sin representación legal alguna y son deportados sumariamente, aun cuando sus casos están pendientes.

En cuanto a las leyes y práctica en los Estados Unidos de América:

Los Estados Unidos de América, como Estado parte de la Carta de la OEA, está sujeto a las obligaciones impuestas por la Declaración Americana, que garantiza el derecho al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. La Declaración Universal también garantiza el derecho a formar sindicatos y al pago igual por trabajo igual. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual los Estados Unidos de América son parte, garantiza el derecho de igualdad ante la ley, sin discriminación, y prevé el derecho a formar sindicatos. Finalmente, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) protegen los derechos laborales de los trabajadores irregulares. Bajo la actual ley laboral de los Estados Unidos de América, los trabajadores irregulares son reconocidos como "empleados", lo cual les da derecho a la protección indicada en los principales estatutos laborales federales. Sin embargo, en la práctica no son tratados de forma igualitaria. La *National Labor Relations Act* ("NLRA") autoriza a la *National Labor Relations Board* ("NLRB") a disponer reparaciones a favor de los empleados que son víctimas de prácticas laborales injustas. Por ejemplo, en caso de despido injustificado, tal reparación puede consistir en la reinstalación en el trabajo y el pago de salarios caídos [*back pay*]. En el caso de *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* (2002) la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que un trabajador irregular no tenía derecho al pago de los salarios caídos [*back pay*], aun cuando había sido despedido por participar en la organización de un sindicato para obtener una remuneración justa. En este caso, la Suprema Corte decidió que "la política migratoria prevalecía sobre la política laboral". Conforme al fallo de la Suprema Corte en el caso de *Sure –Tan v. National Labor Relations Board* (1984), los trabajadores pueden ser entregados al Servicio de Inmigración y Naturalización aun cuando el motivo del empleador para hacerlo sea el ejercicio de una represalia ilegal en contra de un trabajador dedicado a una actividad protegida por la *National Labor Relations Act*. Con estas decisiones, la Suprema Corte ha creado desigualdad en la ley laboral de los Estados Unidos de América, basada en el estatus migratorio de las personas. Muchos de los trabajadores irregulares en los Estados Unidos de América en-

frentan graves problemas debido a las malas condiciones de salud y seguridad en el trabajo, ya que reciben salarios menores al mínimo legal. Los trabajadores migrantes también son blanco de la violencia de terceros y de la discriminación. Varios Estados niegan a los trabajadores en situación irregular el acceso a la educación y a la atención médica. Además, los trabajadores en situación irregular que defienden sus derechos corren el riesgo de ser reportados al *Immigration and Naturalization Service*. Los migrantes indocumentados no tienen acceso a representación legal pública, lo que dificulta que los trabajadores hagan valer sus derechos. Esta difícil situación de los trabajadores irregulares también afecta a los trabajadores migrantes que se encuentran con el programa de visas "H2A" y "H2B". Los derechos de estos trabajadores son muy restringidos; por ejemplo, no están abarcados por la ley que provee pago por horas de trabajo extra. Además, el permiso de estar legalmente en el país se encuentra condicionado a la continuidad en el trabajo con un empleador particular, lo cual restringe la posibilidad de exigir sus derechos. Finalmente, aproximadamente 32 millones de trabajadores, incluyendo muchos migrantes que realizan trabajo doméstico y en el campo, no están protegidos por la disposición de la *National Labor Relations Act* que establece el derecho a organizar un sindicato, además de que no cuentan con la protección de ninguna ley estatal.

Thomas Brill, del *Law Office of Sayre & Chavez*

En sus intervenciones escritas y orales, expresó que:

En marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos [*lostwages*], después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*.

La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988. En diciembre de 1988 el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la empresa despidió al señor Castro y a otros tres trabajadores por intentar formar y ser parte de un sindicato. En enero de 1992 la *National Labor Relations Board* ordenó a la compañía *Hoffman Plastic Compounds* que reins-

talara al señor Castro y le pagara los salarios caídos [*back pay*] que eventualmente habría recibido si no fuera por la decisión que tomó la empresa de despedirlo a causa de estar involucrado en actividades sindicales. La empresa se negó a pagar al señor Castro los salarios caídos [*back pay*] debido a que éste admitió que no tenía permiso de trabajo.

En septiembre de 1998 la *National Labor Relations Board* decidió que la compañía *Hoffman Plastic Compounds* debía pagar al señor Castro los salarios caídos [*back pay*] correspondientes al período que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía la documentación correspondiente al permiso de trabajo. En tal decisión, la *National Labor Relations Board* dijo que "[l]a forma más efectiva de adaptar y fomentar las políticas de inmigración de los Estados Unidos […] es proporcionando las garantías y los recursos de la *National Labor Relations Act* a los trabajadores indocumentados de la misma manera que a otros empleados". La *National Labor Relations Board* ordenó que la empresa *Hoffman Plastic Compounds* pagara la cantidad de US $66.951 (sesenta y seis mil novecientos cincuenta y un mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de salarios caídos [*back pay*] al señor José Castro. La compañía *Hoffman Plastic Compounds* se negó a pagar al señor Castro y presentó una apelación. En el año 2001 la Corte Federal de Apelaciones confirmó lo ordenado por la *National Labor Relations Board*, y entonces la compañía *Hoffman Plastic Compounds* presentó una apelación ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

En su decisión de marzo de 2002 la Suprema Corte revocó las decisiones de la Corte de Apelaciones y de la *National Labor Relations Board*. La Suprema Corte denegó la solicitud de salarios caídos [*back pay*] del señor José Castro, y sostuvo que en el caso de los trabajadores en situación irregular que son despedidos por realizar actividades de organización sindical, la prohibición de la ley de inmigración de trabajar sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.

El *National Employment Law Project*, una agencia americana sin fines de lucro que analizó el efecto de la decisión en el caso de la compañía *Hoffman Plastic Compounds*, determinó que a partir de dicha decisión los empleadores han intentado deteriorar

aún más los derechos de los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América.

Muchos empleadores han menoscabado los derechos de sus empleados desde que fue publicada la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*. En efecto, los empleadores pueden argumentar que los trabajadores en situación irregular no pueden accionar ante la justicia cuando son discriminados ni cuando se viola su derecho a un salario mínimo. Claramente, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* ha causado que los empleadores discriminen a sus trabajadores en situación irregular, argumentando que no tienen derecho a reclamar cuando son violados sus derechos laborales. Así, se ha estimulado la contratación de trabajadores en situación irregular, por ser más barato para el empleador y para no contratar a ciudadanos o residentes que pueden reclamar la protección de sus derechos ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, es importante indicar que la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* no fue adoptada en forma unánime por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sino por mayoría de 5 a 4 votos; el autor del voto disidente de la minoría fue el Juez Breyer. Éste señaló que permitir a los migrantes en situación irregular el acceso a los mismos recursos legales que tienen los ciudadanos es la única forma de asegurar que sean protegidos los derechos de los migrantes.

El Juez Breyer analizó cuidadosamente el posible impacto de la decisión sobre los trabajadores en situación irregular, indicando que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de salarios caídos [*back pay*] al ser despedidos ilegalmente, los empleadores despedirán a tales trabajadores cuando intenten sindicalizarse, ya que no habrá consecuencia alguna para el empleador, al menos en la primera vez que utilice este método.

Además, como indica el Juez Breyer, no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los Estados Unidos de América que prohíba a la *National Labor Relations Board* admitir que los trabajadores en situación irregular interpongan recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Sin embargo, hubo mayoría en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al eliminar la posibilidad de que un trabajador en situación irregular reclame ante la justicia el pago de salarios caídos, con fun-

damento en el supuesto conflicto entre la *National Labor Relations Act* y la *Immigration Reform and Control Act* de 1986.

Tanto la *National Labor Relations Board* como la Suprema Corte abordaron el litigio de *Hoffman Plastic Compounds* como un caso que requería el balance entre la ley laboral y la ley de inmigración. La *National Labor Relations Board* y los cuatro Jueces de la minoría de la Suprema Corte dieron prioridad a la ley laboral, y los cinco Magistrados que constituyeron la mayoría concedieron prioridad a la ley de inmigración.

En sus decisiones, la *National Labor Relations Board* y la Suprema Corte no han tomado en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas de derecho laboral internacional. Tampoco consideraron las obligaciones que tienen los Estados Unidos de América, conforme al derecho internacional, para "asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre".

En síntesis, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* niega a un grupo de trabajadores los derechos laborales que les son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Una de las principales entidades que se han referido al tema de los derechos humanos es la Organización de los Estados Americanos (OEA). Los Estados Unidos de América y México son dos de los 35 Estados partes comprometidos activamente en la administración de la OEA y que supuestamente se adhieren a los principios generales y estándares establecidos por esta organización internacional.

Al respecto, es importante citar los artículos 3.l y 17 de la Carta de la OEA, que se refieren a la igualdad y no discriminación. Estos principios también se mencionan en la Declaración Americana. Por otro lado, México no ha solicitado a la Corte que analice la ley de inmigración de los Estados Unidos de América. No se cuestiona el derecho de cada Estado de establecer reglamentos ("*rules*") de inmigración. Más bien, cuando los legisladores de un Estado determinado establecen políticas que discriminan a ciertas categorías de trabajadores en el mercado laboral, podrían ser devastadores los resultados, en términos de protección de los derechos humanos. Los derechos humanos fundamentales deben

prevalecer sobre el propósito de prohibir a determinados trabajadores el goce de los beneficios que concede la ley.

Por las razones mencionadas, se considera que la reciente decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* crea un sistema que viola el derecho internacional.

Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States

En sus intervenciones escritas y orales, expresaron que:

El escrito se formuló en representación de cincuenta organizaciones de derechos civiles, laborales y migratorios en los Estados Unidos de América.

Los trabajadores migrantes en los Estados Unidos de América se encuentran entre los que reciben los salarios más bajos y un trato indebido. Los intentos de las organizaciones de proteger los derechos de los migrantes, incluyendo a los trabajadores "no-autorizados", han sido obstaculizados por leyes estadounidenses que discriminan con fundamento en el estatus de extranjero y migrante, y especialmente debido a la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*. Además, tanto la ley laboral federal como la estatal violan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es obligatorio para ese país. Hay una necesidad urgente de estándares regionales fuertes en relación con la protección de los trabajadores migrantes.

El término "trabajador no-autorizado" se utiliza para describir a los trabajadores migrantes que no poseen autorización para ser contratados legalmente en los Estados Unidos de América. Este grupo incluye a trabajadores que por diversas razones se encuentran legalmente en los Estados Unidos de América, pero no tienen autorización para trabajar. El término migrante "indocumentado" se utiliza para describir a los migrantes cuya presencia en los Estados Unidos de América es ilegal. Estos trabajadores forman un subgrupo de la población migrante que no está autorizada a trabajar. La mayoría de las decisiones de los tribunales están basadas en la autorización para trabajar. Los Estados Unidos de América tienen la población más grande de migrantes en el mundo. Para los fines de este escrito, utilizar la cifra 5.3 millones de personas como una estimación aproximada del numero total de trabajadores indocumentados en los Estados Unidos de

América, es suficiente para establecer que dicha población representa un factor económico serio y un punto de preocupación política y humana. Los trabajadores indocumentados realizan una gran parte del trabajo en las áreas que se caracterizan por los salarios bajos y el riesgo elevado.

La practica de amenazar a los trabajadores migrantes con denunciarlos al *Immigration and Naturalization Service* (INS), con el fin de limitar el ejercicio de sus derechos laborales, ha sido común durante muchos años y no ha disminuido desde que se emitió la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

En los Estados Unidos de América no son efectivas las sanciones para el empleador que contrata trabajadores "no-autorizados". La *Immigration Reform and Control Act* (IRCA) d*e* 1986 establece que el empleador debe verificar la identidad y elegibilidad del personal que contrata. Sin embargo, la ley permite que los empleadores revisen los documentos de una manera superficial. Los empleadores tienen pocos motivos para temer que el *Immigration and Naturalization Service* los sancione por contratar migrantes indocumentados; ven esto más bien, como una decisión legítima que les ahorra costos. Aun cuando los empleadores quebrantan la ley, las sanciones y multas que reciben son bajas y poco frecuentes. Por lo tanto, conforme a la legislación actual, los empleadores pueden contratar a trabajadores "no-autorizados", beneficiarse de ellos y amenazarlos con denunciarlos al *Immigration and Naturalization Service*, sin temor a las posibles acciones del gobierno.

Algunos trabajadores migrantes, especialmente los "no-autorizados", se encuentran expresamente excluidos de la posibilidad de recibir ciertas reparaciones que tienen a su disposición los ciudadanos estadounidenses. Por ejemplo, en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que los trabajadores "no-autorizados" no pueden recibir salarios caídos [*back pay*] por un despido ilegal como represalia por actividades sindicales, según la *National Labor Relations Act*, que protege el derecho de organizar sindicatos y negociar colectivamente. La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), agencia gubernamental que aplica la mayor parte de las leyes federales laborales sobre discriminación, ha

señalado que se encuentra revisando la práctica de ordenar el pago de salarios caídos [*back pay*] a los trabajadores indocumentados, a la luz de lo decidido en el caso *Hoffman Plastic Compounds.*

Finalmente, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* deja intacto el derecho a un salario mínimo y al pago de horas extra, de acuerdo con la *Fair Labor Standards Act*, porque sólo se refirió al pago de salarios caídos [*back pay*] por trabajo no realizado. Sin embargo, el Departamento de Trabajo (*U.S. Department of Labor*), agencia federal encargada de aplicar la *Fair Labor Standards Act*, no ha precisado su punto de vista sobre el derecho que tienen los migrantes "no-autorizados" al pago de salarios caídos [*back pay*] con motivo de despidos por represalias, y ha dicho que "aun se encuentra considerando el efecto que causó el caso *Hoffman [Plastic Compounds]* en esta reparación".

Aun antes de que se presentara el caso *Hoffman Plastic Compounds*, algunas leyes de los Estados Unidos de América explícitamente discriminaban a los trabajadores de ciertas categorías migratorias, incluyendo a los trabajadores "no-autorizados" y a los que cuentan con determinados tipos de visas. En la mayoría de los Estados los trabajadores "no-autorizados" tienen derecho a recibir una compensación por accidentes de trabajo o incapacidad. Generalmente, estas compensaciones son materia de la ley estatal, la cual varía en cada Estado. Por lo general, los trabajadores reciben gastos médicos, un reembolso parcial de sus salarios, pensiones, beneficios por causa de muerte y en algunas ocasiones entrenamiento para trabajos nuevos. Mientras las leyes sobre compensaciones en casi todos los Estados se aplican a los trabajadores "no-autorizados", al menos las leyes del Estado de Wyoming los excluyen explícitamente de los beneficios de compensación, y otras disposiciones y decisiones judiciales restringen el beneficio de una indemnización en materias tales como rehabilitación, muerte y salarios caídos.

A los trabajadores que se encuentran bajo el programa de visas H-2A (para trabajo agrícola), quienes en su mayoría provienen de México, se les niegan muchas protecciones laborales federales básicas. Son excluidos de la protección de la *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* (MSAWPA), prin-

cipal ley laboral federal para trabajadores agrícolas. Por lo tanto, el contratista que los emplea no está controlado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de América. Además, el permiso de los trabajadores H-2A para permanecer legalmente en los Estados Unidos de América se encuentra vinculado a un solo empleador. Por lo tanto, estos trabajadores no tienen libertad de cambiar de trabajo.

El derecho de los trabajadores migrantes de contar con representación legal también se restringe seriamente. La *Legal Services Corporation Act* de 1974 creó la *Legal Services Corporation*, cuyos programas tienen la prohibición de proporcionar asistencia legal para o en representación de la mayoría de migrantes que no son residentes permanentes legales.

Una vez que un extranjero se encuentra físicamente en el territorio de un país y se asegura un empleo, la negativa a proporcionarle las protecciones laborales, viola el derecho humano a la no discriminación. Numerosos instrumentos internacionales obligatorios para los Estados Unidos de América establecen una norma universal de no-discriminación que protege a todas las personas dentro de la jurisdicción de un Estado. Las diferencias en el trato basadas en la nacionalidad o en el estatus migratorio, tal como se establece en las mencionadas leyes laborales de los Estados Unidos de América, violan los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo II de la Declaración Americana. El lenguaje de estas disposiciones y el de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que la garantía de igualdad y no discriminación, así como otras relacionadas con el trabajo, son universales y se aplican a "todas las personas".

Los Estados no pueden discriminar basándose en la nacionalidad u otro estatus, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino sólo establecer distinciones basadas en criterios razonables y objetivos. El argumento de que algunas de las leyes laborales de los Estados Unidos de América establecen discriminaciones que violan los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encuentra apoyo en la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el caso *Gueye et al. v. France* el referido Comité reafirmó su posición de que las disposiciones del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables a los no nacionales siempre y cuando no se establezca expresamente lo contrario. Además, en este caso se demuestra que las distinciones basadas en extranjería violan el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun cuando este tratado no asegura expresamente el beneficio sustantivo controvertido (en ese caso el derecho a la pensión o por ejemplo, el derecho a una remuneración justa, condiciones de trabajo adecuadas y recurso efectivo a través de asistencia legal). En la decisión de este caso se sostiene que la distinción con base en la extranjería es indebida, cuando carece de una base razonable y objetiva, aunque los derechos sustantivos, por si mismos, no sean fundamentales ni estén reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Finalmente, la decisión establece que si la distinción en el beneficio del empleo es razonable y objetiva y, por lo tanto, permisible, una corte debe examinar el propósito implícito de la ley laboral, para determinar si la distinción es relevante para alcanzar el fin propuesto. Las leyes de garantías laborales de los Estados Unidos de América, que discriminan con fundamento en la extranjería o en el estatus migratorio, no resisten este examen. Una vez contratado un extranjero, su nacionalidad y su estatus legal son irrelevantes para el propósito de proteger a los individuos en su lugar de trabajo y prevenir su explotación. El control migratorio no puede ser visto como el objetivo principal de las leyes de protección laboral, y las restricciones de los Estados Unidos de América a la protección laboral de los extranjeros no sirven objetiva ni razonablemente a ese fin.

El lenguaje y los argumentos *expresio unius* establecidos en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son igualmente aplicables a la Declaración y Convención Americanas. El lenguaje de los instrumentos interamericanos es universal y no establece expresamente distinciones con fundamento en la extranjería o en el estatus migratorio. La jurisprudencia del sistema interamericano sobre la no discriminación concuerda sustancialmente con la relativa al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sirve de apoyo para concluir que las leyes laborales de los Estados Unidos de América discriminan indebidamente a los trabajadores migrantes.

Otros tratados y declaraciones internacionales aplicables a los Estados Unidos de América, inclusive el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, confirman que los principios básicos de la no discriminación se aplican a la protección laboral sin distinción por motivos de nacionalidad o estatus migratorio.

Además de violar el principio de no discriminación en el derecho internacional, la ley laboral de los Estados Unidos de América no protege la libertad de asociación de los trabajadores "no-autorizados" y de otros trabajadores migrantes y viola el principio internacional fundamental de la libertad de asociación. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha reconocido explícitamente la libertad de asociación como uno de los cuatro derechos humanos fundamentales que protegen a todos los trabajadores, incluyendo a los trabajadores "no-autorizados" e indocumentados. Otros instrumentos internacionales (tales como la Declaración Americana, la Convención Americana, la Carta de la OEA y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), aplicables a los Estados Unidos de América, permiten excepciones al ejercicio del derecho a la libertad de asociación sólo en circunstancias limitadas, que no justifican que este derecho no se garantice a extranjeros y migrantes "no-autorizados".

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, en el sentido de que no se les pueden pagar salarios caídos [*back pay*] a los trabajadores "no-autorizados" cuando son despedidos indebidamente por realizar actividades sindicales, afecta el derecho a la libertad de asociación de tales trabajadores. Debido a que esos trabajadores no tienen derecho a la reinstalación cuando son despedidos indebidamente, el pago de los salarios devengados es la única reparación efectiva y disponible para las violaciones a la *National Labor Relations Act*.

Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

En su escrito de 21 de febrero de 2003, indicaron que:

En esta solicitud de opinión consultiva deben tomarse en consideración las "cláusulas autónomas" de los tratados e instrumentos internacionales citados por el Estado solicitante, es decir, los artículos II de la Declaración Americana, 24 de la Convención

de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México

Americana, 7 de la Declaración Universal y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a las normas que contienen el principio de no discriminación subordinado a la existencia de una interferencia con uno de los derechos protegidos en los referidos instrumentos, "no existe duda [de] que los artículos 1.1 de la Convención Americana y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben quedar excluidos del análisis, por cuanto estos instrumentos no garantizan derechos laborales. Distinta es la situación del artículo 2 de la Declaración Universal puesto que este instrumento efectivamente garantiza este tipo de derechos incluyendo en particular lo que podrían considerarse estándares mínimos de protección en esta área".

Las normas de derechos humanos citadas por el Estado solicitante no prohíben expresamente la realización de distinciones por motivo de nacionalidad ni por el estatus migratorio de un extranjero. Sin embargo, las disposiciones bajo análisis no establecen una enumeración taxativa o exhaustiva de condiciones en virtud de las cuales no se pueden establecer distinciones, al contrario "parecen admitir que en principio una distinción por cualquier condición que sea puede resultar en un tratamiento discriminatorio".

Las disposiciones aplicables a la presente consulta han sido interpretadas de manera uniforme bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que una medida es discriminatoria sólo cuando la distinción de tratamiento no se encuentra fundada en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo o cuando no existe una relación proporcional entre los medios empleados y el fin que se intenta alcanzar con dicha medida. Sin embargo, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para evaluar si se justifica una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en una situación similar.

En este análisis no se hace referencia expresa a las dos últimas preguntas de México, en virtud de que la respuesta de esas preguntas está subsumida en el análisis de las otras preguntas.

A pesar de que el Estado solicitante en sus preguntas se refirió a los "derechos laborales" en un sentido amplio, este análisis se centraliza específicamente en el "derecho de toda persona a los

beneficios salariales por el trabajo ya realizado", en virtud de que no existe duda de que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a los Estados americanos dicha protección laboral mínima debe ser garantizada a todo ser humano, incluidos los trabajadores indocumentados.

Al respecto, es importante aclarar que para efectos de este *amici curiae* la definición de "beneficios salariales por el trabajo ya realizado" comprende no solo los llamados salarios caídos, sino también otros derechos laborales accesorios como el derecho a asociarse en un sindicato o el derecho de huelga.

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (*supra* párr. 4):

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra en diversos instrumentos internacionales una gran variedad de normas relacionadas con los derechos de los trabajadores. Las disposiciones en materia de derechos laborales contenidas en instrumentos adoptados o ratificados por Estados miembros de la OEA son: el artículo 23 de la Declaración Universal; los artículos 34.g), 45.b) y 45.c) de la Carta de la OEA, y el artículo XIV de la Declaración Americana. Adicionalmente, existen otros instrumentos internacionales relevantes para determinar el alcance de las obligaciones regionales de derechos humanos respecto de los derechos de los trabajadores, entre los que cabe mencionar: los artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a Trabajadores Migrantes; la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

El derecho de toda persona a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado se encuentra ubicado en el grupo de derechos que "se aproximan más a los derechos civiles y políticos, ya sea porque tienen un impacto directo sobre derechos tales como el derecho de propiedad o el derecho a la personalidad jurídica […] o por su carácter inmediato y urgente que se reitera implícita o explícitamente en muchos […] instrumentos".

Los artículos 34.g) y 45.b) de la Carta de la OEA y presuponen la existencia del derecho del trabajador a recibir un salario por el trabajo realizado, derecho que por ser tan obvio fue innecesario consagrarlo explícitamente. Dicho derecho se encuentra explícitamente protegido en el artículo XIV de la Declaración Americana. La Carta de la OEA y la Declaración Americana no hacen diferenciación alguna entre ciudadano o extranjero en situación irregular, sino que se refieren de manera general a "persona" o "trabajador".

En el artículo 23 de la Declaración Universal se refleja en forma implícita y explícita el principio general de que si una persona ha trabajado debe recibir la remuneración correspondiente.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue invocado por México en la solicitud de opinión consultiva; sin embargo, este tratado también contiene referencias relevantes sobre el derecho a recibir un salario por el trabajo realizado. De igual manera, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" garantiza el derecho a un "salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción". La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consagra explícitamente garantías mínimas que incluyen el derecho de los trabajadores migrantes indocumentados a los beneficios salariales por los que ya han trabajado.

Debido a que los trabajadores migrantes en situación irregular y sus familias constituyen un sector de la sociedad particularmente vulnerable, el Estado tiene la obligación especial "de otorgar protecciones especiales o, en este caso, abstenerse de tomar medidas restrictivas de los derechos laborales de estas personas que sean excesivamente onerosas y que evidentemente no solamente no son necesarias para alcanzar el fin legítimo perseguido, sino que tienen el efecto contrario".

Más allá de cualquier construcción jurídica referida a instrumentos internacionales, "es del más elemental sentido de justicia que se garantice que una persona que ha trabajado reciba sus beneficios salariales", lo contrario significaría aceptar una forma moderna del trabajo esclavo.

La práctica generalizada de los Estados reflejada en los instrumentos internacionales y la percepción de dichos Estados de que se trata de una norma jurídica que sustenta la noción de *opinio juris,* sugieren la existencia de una norma internacional de carácter consuetudinario en relación con el derecho del trabajador a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado. Más aún, no parece existir resistencia por parte de los Estados respecto del reconocimiento de este derecho, lo cual descarta la posibilidad de argumentar una objeción persistente a esta norma.

Los derechos humanos, tales como el derecho a la igualdad o el derecho al salario, pueden ser objeto de restricciones, pero tales restricciones deben responder a criterios de necesidad y proporcionalidad en la obtención de un fin legítimo. La implementación de medidas que controlen la inmigración irregular al territorio estatal es un fin legítimo. Sin embargo, si dichas medidas pretenden despojar a los trabajadores migrantes en situación irregular del derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado, es imperioso efectuar un análisis sobre su proporcionalidad y necesidad, para lo cual debe cuestionarse si existen otras medidas menos restrictivas del mencionado derecho.

Existen otros mecanismos que se pueden adoptar con el fin de controlar la inmigración irregular al territorio estatal, tales como la posibilidad de sancionar administrativa y penalmente a los empleadores de trabajadores indocumentados, endurecer los controles fronterizos de inmigración, establecer mecanismos de verificación de estatus legal para evitar la falsificación de documentos, deportar a la persona indocumentada, e investigar y sancionar a quien cometa un delito. No parece ser proporcionado ni necesario adoptar medidas dirigidas a despojar a los trabajadores migrantes de los beneficios salariales por los cuales ya trabajaron. Estas últimas medidas "parecen ser una 'sanción' que afecta excesivamente no solamente al trabajador sino a su familia". La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares puede servir como criterio para confirmar que ciertas restricciones al derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajado realizado no son necesarias ni proporcionadas.

Además, el derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado tampoco puede ser limitado por medios indirectos,

tales como la adopción de medidas que limiten el derecho del trabajador en situación irregular a reclamar judicialmente su salario, por ejemplo, por medio de la exigencia de que se encuentre presente físicamente en la jurisdicción del Estado receptor para poder realizar tal reclamación, una vez que ha sido deportado y no se le otorgará autorización para ingresar nuevamente a dicho Estado.

En cuanto a la pregunta 2.1 de la consulta (*supra* párr. 4):

En relación con las disposiciones de la Declaración Universal —exceptuando los artículos 21 y 13— existe acuerdo en que, bajo normas de derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales a los extranjeros bajo su jurisdicción, incluidos los que se encuentren residiendo en forma irregular. El derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a garantizar a todos los extranjeros residentes en su jurisdicción el principio de igualdad ante la ley y no discriminación y prohíbe diferencias de tratamiento entre ciudadanos y extranjeros que puedan considerarse irrazonables. Sin embargo, los derechos y libertades no son absolutos y pueden establecerse ciertas limitaciones reglamentadas en el artículo 29.2 de la Declaración Universal.

En conclusión, los instrumentos internacionales señalados por México en la consulta garantizan el derecho a la igualdad ante la ley respecto de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado, independientemente de la nacionalidad o el estatus migratorio. Sin embargo, este derecho no es absoluto y, en consecuencia, puede estar sujeto a restricciones razonables. Asimismo, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, este derecho a la igualdad ante la ley no es considerado una norma inderogable, es decir, que puede estar sujeto a suspensión en ciertas circunstancias.

En cuanto a la pregunta 2.2 de la consulta (*supra* párr. 4):

Es necesario tomar en consideración que la existencia de discriminación no se determina en abstracto, sino en virtud de las circunstancias concretas de cada caso. En el contexto particular de la consulta realizada por México, el motivo para distinguir entre los trabajadores migrantes en situación irregular y otros trabajadores, en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales mínimos, es el estatus migratorio de los primeros y no su nacionalidad.

El tratamiento diferente que proporcionan ciertos Estados americanos a los trabajadores en situación irregular, en razón de su estatus migratorio, no implica *per se* una discriminación. Según la jurisprudencia internacional constante, una distinción de tratamiento será discriminatoria cuando no se encuentre fundada en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persiga un fin legítimo o cuando no exista una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin que se intenta alcanzar con la medida o práctica cuestionada. Además, el derecho a la igualdad no es absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones permisibles y su ejercicio puede suspenderse en situaciones de estado de excepción o emergencia. El análisis de proporcionalidad de la distinción de tratamiento debe tomar en consideración que se trata de derechos laborales mínimos y que serían desconocidos a una población vulnerable.

Además, a pesar de que los Estados gozan de un margen de discreción para establecer distinciones de tratamiento entre nacionales y extranjeros en la aplicación de las leyes inmigratorias, este margen se reduce considerablemente cuando los derechos en juego son tan fundamentales que su restricción o privación afecta los principios mínimos de respeto a la dignidad humana.

En situaciones en que la denegación de derechos puede situar a una persona en una condición semejante al trabajo forzado, "corresponde a [la] Honorable Corte restringir al máximo el espacio de apreciación del Estado y ejercer un control estricto sobre las justificaciones avanzadas por ést[e] para fundar sus políticas".

Sólo en situaciones excepcionales, con características similares a las que se presentan en un estado de emergencia, y tratándose de medidas estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, se puede justificar un tratamiento diferente en cuanto al goce de los derechos laborales mínimos anteriormente identificados, entre extranjeros que se encuentren en una situación migratoria irregular y nacionales o residentes legales.

La práctica de algunos Estados americanos de subordinar el reconocimiento del derecho a los beneficios salariales, entendido en un sentido amplio, al cumplimiento de normas de derecho inmigratorio, es irrazonable e incompatible con la obligación de respetar y garantizar el derecho de igualdad ante la ley.

El desconocimiento de los estándares laborales mínimos a los trabajadores indocumentados no contribuye a restringir el ingreso de migrantes irregulares a los Estados. Por el contrario, promueve que empleadores inescrupulosos contraten a más trabajadores que se encuentren en esa situación irregular, debido a la posibilidad de someterlos a condiciones extremas de trabajo sin que exista represión por parte del Estado. Si los trabajadores indocumentados se organizan para reclamar sus derechos, los empleadores podrían recurrir a denunciar su situación de irregularidad y de esta forma evitarían cumplir con las normas laborales mínimas. Una política de control de inmigración más apropiada debería aplicar penas severas a quienes contrataren a migrantes irregulares, pese a conocer o debiendo haber conocido su estatus migratorio, con el propósito de beneficiarse de la posibilidad de ofrecer garantías laborales inferiores. Varios Estados americanos no tienen legislación que penalice este tipo de conductas, y en los Estados que han establecido multas se reconoce que no son lo suficientemente severas como para desalentar la contratación de trabajadores en situación irregular.

El estándar de interpretación que se propone no restringe el derecho de los Estados de aplicar las penalidades correspondientes, tales como la deportación de las personas que incumplan las disposiciones contenidas en la legislación inmigratoria o que de cualquier forma violen las normas penales de derecho interno. Aunque un individuo se encuentre sujeto a deportación por haber sido encontrado en forma ilegal en el territorio de un Estado, este último debe cumplir con sus obligaciones de respetar los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En conclusión, la denegación a los trabajadores indocumentados de estándares laborales mínimos, entendidos como el derecho a los beneficios salariales en sentido amplio, sobre la base de su estatus inmigratorio, es contraria al derecho a la igualdad ante la ley, en razón de que constituye una medida desproporcionada para alcanzar los fines de política inmigratoria que persiguen los Estados que aprueban esta práctica.

Centro por la Justicia y el

En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que:

La consulta de México está directamente relacionada con una

Derecho Internacional (CEJIL)

situación práctica de suma gravedad, por lo que será de gran utilidad para la región. Este *amicus curiae* se centra en las preguntas 1.1, 2.1 y 2.2 de la solicitud de opinión consultiva.

En el plano jurídico, el principio de igualdad es considerado un derecho fundamental y la obligación de no discriminar constituye una de las prohibiciones centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este principio "es un ideal regulador aplicable a todos los derechos".

En el plano fáctico, el derecho a la igualdad puede verse vulnerado de distintas maneras, tales como: la emisión o aplicación de normas discriminatorias, el establecimiento o aplicación de reglas *prima facie* neutrales pero con un impacto diferencial negativo sobre un individuo o grupo de personas, y el establecimiento de medidas o prácticas directamente perjudiciales para un individuo o grupo. A pesar de que el sistema interamericano no cuenta con un instrumento exclusivamente dedicado a la protección contra la discriminación a los trabajadores migrantes, la Convención Americana y la Declaración Americana contienen normas que evidencian el compromiso de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley y la vigencia de los derechos reconocidos en las distintas convenciones sin discriminación alguna. El sistema interamericano extiende la protección de no discriminación a los derechos protegidos a nivel nacional a través de la cláusula de igualdad ante la ley. Por lo tanto, los Estados miembros deben procurar que su legislación no contenga disposiciones discriminatorias y garantizar que no existan medidas, prácticas, acciones u omisiones que afecten perjudicialmente a un grupo o individuo.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se limita a reiterar lo previsto en el artículo 2.1 de dicho tratado, sino que "extiende una protección autónoma pues prohíbe la discriminación de hecho y de derecho en cualquier esfera y la protección ante las autoridades públicas". Este principio es directamente aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales por su inclusión en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares deberán ser garantizados a todos los trabajadores migrantes, sin importar su situación migratoria.

El principio de igualdad y de no discriminación está reconocido en la Declaración Americana, la Convención Americana y en otros tratados internacionales, los cuales coinciden en garantizar a todas las personas los derechos consagrados en tales instrumentos, sin discriminación por razones de sexo, idioma, credo, origen nacional y social, y cualquier otra condición.

Los motivos que pueden generar discriminación no se limitan a los que se encuentran expresamente contemplados en los instrumentos interamericanos. Los textos de la Convención Americana, de la Declaración Americana y de otros instrumentos internacionales suponen la existencia de otros motivos de discriminación posibles. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que la cláusula de no discriminación se aplica a casos no enunciados taxativamente en los pactos internacionales. En este sentido, la Corte Europea ha analizado tratamientos discriminatorios en razón de la orientación sexual y la edad.

De igual forma, los motivos que pueden dar lugar a la conformación de una "categoría sospechosa" tampoco se agotan en la enumeración establecida en los instrumentos interamericanos. La determinación de estas categorías "está relacionada con las características de la discriminación en un momento dado en un país o región". La relevancia de la identificación de una "categoría sospechosa" dependerá en gran medida del análisis concreto de la situación de hecho regulada. Por ello, en el caso de los trabajadores migrantes es fundamental analizar, sin abstracciones, los hechos regulados por el derecho laboral.

Para establecer en el sistema interamericano si un acto que parte de la diferenciación de dos situaciones de hecho es discriminatorio, primero se evalúa si se está ante un supuesto de hecho objetivamente desigual; luego, se analiza si la norma o medida que distingue persigue un fin legítimo; y, por último, se establece si existe un vínculo de proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la norma o medida y sus objetivos.

Muchos Estados se han convertido en emisores o receptores de personas que emigran en búsqueda de trabajo. Un análisis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto de 152 Estados determinó que entre 1970 y 1990 el número de Estados clasificados como grandes receptores de migrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el número de Estados considerados

grandes emisores de migrantes por motivos laborales pasó de 29 a 55. En las últimas décadas el motivo principal que ha provocado que las personas abandonen su Estado de origen fue el de encontrar buenos empleos o acceder a una mejor remuneración.

La inmigración irregular ha ido en aumento como consecuencia de situaciones de extrema pobreza y falta de oportunidades en los Estados de origen. Este hecho favoreció el surgimiento de la "industria de la migración". Con el propósito de no pagar salarios adecuados o no esforzarse en dar condiciones de trabajo dignas, los patronos optan por emplear a los migrantes indocumentados. "Los Estados receptores no son ajenos a esta explotación pues ellos también se benefician de esta 'industria' en tanto su economía crece a costa de esta situación irregular".

En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas, las cuales se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor.

La desigualdad de condiciones entre el patrono y el trabajador migrante indocumentado es más drástica que en otras relaciones laborales, en razón de la irregularidad de este último. Por la grave situación económica que enfrentan, los trabajadores migrantes indocumentados están dispuestos a aceptar condiciones de trabajo inferiores a las de otras personas que residen legalmente en el país. Las ocupaciones a las que pueden acceder los trabajadores migrantes varían según el país; sin embargo, "en todos lo casos los empleos que obtienen, en cuanto a su remuneración, son los menos atractivos y, en términos de higiene y salubridad, los más peligrosos".

Los trabajadores migrantes en situación irregular gozan de posibilidades limitadas (de hecho o de derecho) de lograr la tutela de sus derechos frente a situaciones de precariedad o explotación. En general, existe un régimen de inmunidad para quienes abusan de la vulnerabilidad de dichos trabajadores y un régimen de castigo para estos últimos.

Todas las mencionadas condiciones a las que se encuentran sometidos los trabajadores migrantes indocumentados los convierte

en un grupo desfavorecido, el cual es víctima de prácticas sistemáticas de discriminación en la región. Más aún, la situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes.

En muchas ocasiones el egreso de los migrantes de los Estados receptores ocurre en el contexto de procedimientos arbitrarios. No siempre los trámites de deportación se realizan de conformidad con las garantías mínimas exigibles.

"En conclusión, los estudios realizados por organizaciones supranacionales y por organizaciones no gubernamentales dan cuenta de la situación precaria en la que se hallan los/las trabajadores/as migrantes irregulares en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos humanos en los países en los que los reciben; y en particular, iluminan la discriminación sistemática de la que son objeto en el ámbito laboral".

En razón de la situación de vulnerabilidad que afecta a los trabajadores migrantes en situación irregular, es imperativo examinar con especial atención cualquier distinción de tratamiento basada en su condición migratoria, pues tal situación origina una "categoría sospechosa". La identificación de una "categoría sospechosa" exige que se presuma la ilegitimidad de la distinción. En la definición de las situaciones que originan una "categoría sospechosa" deben incluirse aquellas que plasman las realidades de discriminación y abuso sistemático actual en la región.

La primera razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como "categoría sospechosa" es que la discriminación contra este grupo se encuentra íntimamente ligada a su nacionalidad, etnia o raza, que siempre es distinta a la hegemónica del Estado en el que trabajan. Al respecto, la nacionalidad, raza o etnia se encuentran prohibidas explícitamente como motivo de distinción. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el fallo *Trimble v. Gordon*, "consideró que las clasificaciones basadas en el origen nacional eran primas hermanas de las relativas a la raza, por lo que se correspondían con áreas en las que era necesario aplicar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación".

La segunda razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como "categoría sospe-

chosa" es la condición especial de vulnerabilidad de este grupo, principalmente por la discriminación sistemática que sufren en el ámbito laboral en los Estados receptores. Los trabajadores migrantes indocumentados son discriminados en varios ámbitos de su desarrollo vital. Sin embargo, la discriminación se manifiesta con especial claridad en el ámbito laboral.

Los tratados de derechos humanos se refieren a los derechos de "toda persona", y los tratados que prescriben los derechos de los trabajadores enuncian los derechos de "todos los trabajadores", sin distinciones relativas a la situación migratoria del trabajador. En igual sentido, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconoce los derechos de los trabajadores migrantes con independencia de que sean documentados o indocumentados. Las distinciones de trato en razón del origen nacional, etnia o raza están explícitamente prohibidas en la Convención Americana, en la Declaración Americana, así como también en otros instrumentos internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que en los casos de discriminación por nacionalidad es necesario realizar un examen estricto, y que tratándose de derechos a la seguridad social, el origen nacional debe ser considerado como una "clasificación sospechosa". En el caso *Gaygusuz v. Austria* la Corte Europea indicó que deben alegarse razones de mucho peso para que la diferencia de trato, fundada sólo en la nacionalidad, sea considerada compatible con la Convención Europea, y resolvió que se había violado el artículo 14 de dicho tratado al denegársele a un trabajador turco la obtención de un seguro de desempleo con base en su nacionalidad.

La prohibición de dar un tratamiento diferente sobre la base del origen nacional, sumada a la discriminación sistemática de la que son objeto los trabajadores migrantes en situación irregular en el ámbito laboral, exigen que las distinciones entre trabajadores migrantes indocumentados y trabajadores migrantes legales o ciudadanos en el ámbito laboral "se vinculen en forma necesaria con los fines perseguidos".

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral podrían justificar restricciones a los derechos laborales de los migrantes, siempre y cuando tales res-

tricciones sean necesarias. "[U]na distinción legal o práctica entre los migrantes indocumentados, por un lado, y los residentes documentados y los ciudadanos, por el otro, que niegue a los primeros, el derecho a gozar [de] condiciones dignas y equitativas de trabajo, [de] jornadas de trabajo limitadas, [de] vacaciones pagadas, [de] remuneraciones justas y [de] promociones en el empleo o [de] cualquier otro derecho laboral reconocido en la legislación del país receptor, o que desconozca los derechos sindicales para defender sus intereses, o que niegue los derechos a la seguridad social, no podría de ninguna forma ser necesaria para la regulación de políticas migratorias o del mercado laboral".

En principio, no existe una "relación de necesariedad" entre la elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral, por un lado, y las eventuales restricciones a los derechos laborales durante la vigencia del contrato, por el otro, que permita definir esas restricciones como proporcionadas a los objetivos perseguidos. "Este tipo de restricciones no son las que claramente persiguen un interés social imperativo y tampoco son las que restringen en menor escala el derecho protegido".

Los derechos laborales contemplados en los pactos internacionales corresponden a los trabajadores por su condición de trabajador, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria. No se podría agravar o perpetuar la situación de desprotección en la que se encuentran los trabajadores migrantes indocumentados, invocando como fin "la elaboración y ejecución de políticas migratorias o la regulación del mercado laboral".

Restringir el disfrute de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular resulta irrazonable e innecesario. Tales restricciones fomentan la contratación de migrantes indocumentados y consolidan la vulnerabilidad de un sector de la población que se encuentra en una situación de discriminación sistemática y de grave indefensión.

Los objetivos de las políticas migratorias y de la regulación del mercado laboral pueden alcanzarse a través de medios menos gravosos para la tutela de los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, se pueden imponer mayores controles sobre las políticas de ingreso de los migrantes o sanciones pecuniarias a los empleadores.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares demuestra que el objetivo de regular el mercado laboral puede alcanzarse mediante un medio menos gravoso para los trabajadores migrantes, al establecer que "[l]a práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios".

Es conveniente identificar los costos de una política que no protege los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular, pero que se beneficia económicamente de la explotación laboral. "Si desde el derecho internacional se pretende alentar la consolidación de sociedades democráticas, en lugar de permitir el mantenimiento de situaciones de exclusión que no son más que otra forma de imponer sanciones a los migrantes, se debería recomendar a los Estados que desde el derecho laboral, el derecho internacional y el derecho de los derechos humanos se brinde una protección generosa a los/las trabajadores/as migrantes indocumentados/as".

En conclusión, no se debe establecer diferencia alguna con respecto a la situación de los migrantes indocumentados en cuanto al alcance de la protección en términos del derecho laboral. Las condiciones actuales de los trabajadores migrantes en situación irregular originan una "categoría sospechosa", por lo que cualquier restricción que quiera imponerse a sus derechos laborales deberá pasar por un control estricto. Los trabajadores migrantes en situación irregular que sean contratados para realizar un trabajo deberán gozar de todos los derechos laborales.

Las respuestas del Estado frente a la situación especial de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes irregulares pueden ser variadas, pero no se puede dejar de tomar en cuenta su situación especial de discriminación sistemática y desamparo. "[E]l derecho interamericano requiere que frente a esta realidad se tomen las medidas especiales o diferenciadas a fin de garantizar la igualdad".

En la Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en el año 2001, se reafirmó la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores

migrantes y se recomendó la adopción de todas las medidas posibles para promover que los migrantes disfruten de los derechos humanos, en particular de los derechos relacionados con: los salarios justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor, sin distinción alguna; el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad; y la seguridad social, incluido el seguro social.

Entre las medidas tendientes a eliminar las referidas discriminaciones, los Estados deberían examinar su legislación y prácticas con la finalidad de derogar todas las disposiciones que restrinjan los derechos de los trabajadores migrantes y modificar las conductas segregativas. Asimismo, el Estado puede "promover políticas públicas para impulsar el respeto por la diversidad, disuadir la discriminación e incentivar a que las instituciones públicas adopten medidas concretas para promover la igualdad". Incluso, el Estado puede organizar campañas educativas y de sensibilización dirigidas a sus funcionarios y a la población en general.

La existencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses.

Además, un paso fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular consiste en "articular los medios para que el sistema de justicia escuche sus reclamos", ya que la sola existencia de los derechos sustantivos no basta para garantizar su vigencia. Asimismo, cuando los migrantes hayan regresado a su Estado de origen, el Estado receptor también deberá garantizar el acceso a la justicia. Si los empleadores otorgaran a los migrantes un trato contrario a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, éstos podrían reclamar la correspondiente reparación, con independencia de su situación migratoria. "Por ello el Estado debe poner al alcance de los trabajadores migrantes irregulares servicios legales gratuitos o de bajo costo para que puedan efectuar su reclamo a través de un recurso sencillo y rápido". Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Las reformas que el Estado establezca para mejorar la situación de los migrantes en situación irregular deben tener un impacto tanto en el sector público como en el sector privado, en virtud de que las violaciones a los derechos "que tengan lugar en el sector privado, en tanto hayan contado con la anuencia o complicidad del Estado[,] podrán ser imputables a éste". Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General 28, ha sostenido que los Estados deben eliminar las acciones discriminatorias tanto en el sector público como en el privado.

La condición migratoria de los trabajadores migrantes no puede ser una variable a tener en cuenta para reconocerles sus derechos laborales durante el período de su contratación. Se les debe garantizar no solo los derechos laborales fundamentales, sino también todos los derechos laborales reconocidos en los pactos internacionales aplicables en América.

La interrelación de los derechos humanos no sólo se da entre las distintas clasificaciones de derechos, sino que también "comprende a todos los derechos incluidos dentro de una única categoría de derechos, como por ejemplo en este caso, a los derechos laborales". En particular la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares prescribe que los derechos laborales de los trabajadores migrantes, ya sean documentados o indocumentados, no pueden ser restringidos de ninguna otra manera.

Para efectos de este *amicus curiae* los derechos contemplados en los pactos internacionales comprenden: 1) derechos laborales en el marco del contrato de trabajo, 2) derechos sindicales, y 3) derechos a la seguridad social.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica

En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que:

Este *amici curiae* se limita a contestar las preguntas 2.1 y 3.

La situación migratoria de las personas ha sido y continúa siendo un obstáculo para el acceso de todos los migrantes a sus derechos humanos fundamentales. Existe normativa legal e infralegal que se opone a lo dispuesto en la Convención y la Declaración Americanas y en otros instrumentos internacionales, privando a las personas de sus derechos humanos en razón de su situación migratoria.

Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

En cuanto a la segunda pregunta (*supra* párr. 4):

El preámbulo de la Convención Americana reconoce la esencia natural y universal de los derechos humanos, que tiene como fundamento los atributos de la persona humana y no su nacionalidad. De ello se desprende que la protección a la persona humana canza a todas las personas, es decir, que tiene un carácter universal.

A través de la aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen una serie de obligaciones ineludibles hacia todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Estas obligaciones han sido ampliamente desarrolladas por los distintos órganos de control de dichos tratados, "sea en forma genérica, respecto de un determinado grupo social, o bien refiriéndose a cada derecho en particular".

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 15, al interpretar recientemente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha destacado que "el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto *no está limitado a los ciudadanos* de los Estados Partes, *sino* que *también* debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, *los trabajadores migrantes* y *demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción* del Estado Parte".

Según surge de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de la interpretación efectuada por los órganos de control y por la doctrina, todo ser humano que se encuentre en el territorio de un Estado puede exigirle a éste la protección de sus derechos. El principio de no discriminación es uno de los elementos esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se encuentra consagrado en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los millones de personas migrantes en todo el mundo que no tienen una residencia regular en el país que habitan constituyen un grupo con una particular "condición social".

Debe tomarse en consideración que el principio de no discriminación se encuentra íntima e inseparablemente ligado al concepto de grupo en situación de alta vulnerabilidad, el cual requiere de protección especial. Por lo tanto, la situación de vulnerabilidad y la "condición social" de los migrantes, en particu-

lar los que se encuentran en situación irregular, podrían determinar la existencia de un motivo prohibido en virtud del principio de no discriminación".

Las Naciones Unidas han convocado a tres Conferencias Mundiales contra el Racismo y la Discriminación, y en todas se hizo amplia referencia a la discriminación a migrantes, con mención expresa a su estatus de residencia. También debe mencionarse que se han creado Relatorías especiales, a nivel universal y regional, con el propósito de verificar la situación de los derechos humanos de las personas migrantes y la discriminación que sufren por su condición de extranjeros o por su estatus de residencia.

Asimismo, las legislaciones nacionales han incluido el concepto de "condición migratoria" como una condición social que se debe tomar en cuenta como motivo prohibido según el principio de no discriminación.

Las obligaciones de los Estados que emanan de instrumentos internacionales no pueden ser soslayadas por razones de nacionalidad, estatus migratorio o por la situación de residencia de la persona. Sobre esta cuestión, los órganos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas o de los tratados de derechos humanos, han expresado de manera concluyente que las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, se encuentran protegidas por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado en el cual se encuentren.

El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas ha afirmado que "[*t*]*odas las personas*, independientemente del lugar de residencia, *tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica*". Asimismo, ha destacado que "[u]n principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del 'inmigrante en situación irregular'. Tampoco suprime la obligación de un Estado Miembro de protegerlos".

En conclusión, la respuesta a la pregunta 2.1 puede resumirse en que "[*l*]*as obligaciones y la responsabilidad de los Estados,*

en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se desvirtúan —en forma alguna— según el tipo de residencia o estancia de cada persona en el Estado en el cual habite. Los derechos emanados del DIDH son de todas las personas, por su sola condición de ser humano, y se deben respetar, proteger y garantizar sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona). A su vez, [...] toda persona está sujeta a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre, independientemente de su condición migratoria. Por tal razón, los órganos de control de los tratados de derechos humanos —así como los emanados de la Carta de la ONU— han destacado en repetidas ocasiones que los derechos humanos deben respetarse y garantizarse a todas las personas, independientemente de su situación migratoria".

En cuanto a la tercera pregunta (*supra* párr. 4):

Cada Estado tiene la facultad —en razón del principio de soberanía— de fijar su propia política migratoria y, en consecuencia, de establecer los criterios sobre la admisión y residencia de las personas migrantes. Sin embargo, ello no significa que dicha política se encuentre fuera de las obligaciones de cada Estado, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La política y la normativa migratorias deben respetar todo lo estipulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos en cada Estado. De conformidad con lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la interpretación realizada por los órganos competentes, la facultad soberana de fijar la política migratoria —así como otras políticas emanadas de la soberanía estatal— "*no exime ni restringe en forma alguna las obligaciones de respeto, protección y garantía de todos los seres humanos sujetos a la jurisdicción de cada Estado*".

También en materia de legislación migratoria, como en cualquier otro ámbito de la política estatal, cada legislación o política definida por el Estado o la ausencia de ellas, podría configurar la violación de derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los cuales ese Estado sea parte. Con el fin de evitar tal situación existen una serie de principios, estándares y límites establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cada Estado debe respetar al establecer cualquier política, incluida la política y legislación migratorias.

En la Conferencia de Durban los Estados se comprometieron a "revisar, cuando fuera necesario, sus leyes de inmigración, sus políticas y prácticas, de modo que estén libres de toda discriminación racial, y que sean compatibles con las obligaciones de los Estados de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos". En igual sentido, en la Conferencia Regional de las Américas, los gobiernos se comprometieron a "revisar sus políticas y prácticas de inmigración a fin de eliminar aquellas que discriminan a los migrantes de una manera incoherente con las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales de derechos humanos".

Cada instrumento internacional de derechos humanos se ha ocupado de establecer de forma expresa los criterios y requisitos que cada Estado parte debe respetar al momento de regular, reglamentar y restringir los derechos reconocidos en tales instrumentos.

Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse de conformidad con ciertos requisitos de forma y condiciones de fondo.

El artículo 30 de la Convención Americana señala los requisitos formales que deben cumplir tales restricciones. La exigencia de una ley formal implica que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse que toda la normativa que no emana de los "órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados" no establezca ninguna restricción, vulneración o afectación ilegítima a un derecho reconocido en la Convención.

Con el fin de cumplir con esa obligación con respecto a los derechos de los migrantes, los Estados deben evaluar prioritariamente las normas dictadas por los organismos especializados en cuestiones migratorias. Se deben examinar las diferentes decisiones (resoluciones, decretos, etc.) dictadas por todas las órbitas y políticas estatales, las cuales inciden o pueden incidir de forma grave e incuestionable en la violación de los derechos de los migrantes en razón de su situación migratoria.

El hecho de que la restricción deba estar prescrita por ley "supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, y no debe ser arbitraria, insensata ni discriminatoria".

Además del cumplimiento del requisito formal, para que la restricción de un derecho humano sea legítima, debe estar dirigida a la consecución de determinados fines u objetivos legítimos.

De conformidad con lo establecido en los instrumentos internacionales, los fines que justifican o legitiman una restricción de los derechos humanos, es decir los requisitos de fondo, son conceptos tales como "necesidad democrática", "orden público", "seguridad nacional", "bien común", "salud pública" y "moral". Seguidamente se procedió a analizar cada uno de estos conceptos.

Las preguntas efectuadas por México sólo pueden tener una respuesta: "el derecho internacional de los derechos humanos ha sido diseñado para la protección universal de todas las personas, sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona)".

En conclusión, toda política o normativa migratoria debe ser acorde a los estándares internacionales y regionales vigentes en materia de restricciones legítimas de derechos humanos. En primer lugar, sólo se pueden restringir derechos en la medida en que la restricción pretenda alcanzar fines legítimos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En segundo término, la restricción debe efectuarse mediante ley formal, la cual debe respetar el principio de igualdad, no ser arbitraria ni discriminatoria. En tercer lugar, no debe existir alternativa alguna que pueda ser menos restrictiva de los derechos en juego. Finalmente, en cada caso concreto, el Estado deberá fundamentar no sólo la razonabilidad de la medida, sino que tendrá que efectuar un estricto escrutinio que desvirtúe el principio de ilegitimidad que recae sobre toda medida que restrinja un derecho con base en un motivo prohibido por el principio de no discriminación.

"[L]as personas que migran por causas ligadas a la pobreza, previo a ello han sido privadas de sus derechos (entre otros, al empleo, educación, vivienda, salud, etc.). Frente a esta desprotección por parte de su Estado (o mejor dicho de las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado), la persona decide migrar a otro país, en el cual espera —esta vez— poder gozar de los derechos que los instrumentos internacionales le garantizan [...]. Frente a esta realidad, resulta aún más inadmisible que millones de personas puedan ser excluidas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, esta

vez en razón del status migratorio que pueda tener en el país al cual ha migrado".

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

En su intervención oral, el *ACNUR manifestó que:*

En la actualidad carece de sentido trazar una línea estricta entre lo que son el desplazamiento voluntario y el desplazamiento forzado de personas, debido a que los motivos que provocan la migración son complejos e implican una mezcla de factores políticos, económicos y sociales. La naturaleza y complejidad de los desplazamientos actuales dificultan la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados. A partir de la década de 1990 el ACNUR ha estudiado el nexo existente entre asilo y migración y particularmente la necesidad de proteger a los refugiados dentro de las corrientes migratorias. Sin embargo, todavía no existe un mecanismo internacional que se ocupe estrictamente de la migración.

Si bien es cierto que las políticas migratorias se enmarcan dentro del ámbito de la soberanía de los Estados, la adopción e implementación de tales políticas tienen límites establecidos por los instrumentos de derechos humanos. Dentro de esos límites se encuentra lo estipulado por la Convención Americana, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1966, y por la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Tales instrumentos igualmente han de informar la decisión de la Corte sobre esta solicitud de opinión consultiva, de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana y el principio *pro homine*.

En relación con el nexo entre el asilo y la migración, cabe resaltar que en las circunstancias actuales los migrantes y otras personas que buscan protección, tales como los solicitantes de asilo y los refugiados, comparten los mismos movimientos y requieren protección. Aunque no todas esas personas califican como refugiados bajo los instrumentos internacionales, es necesario establecer las salvaguardas que permitan identificarlos y brindar protección a las distintas categorías migratorias. Ante la existencia de pocas opciones legales para efectos de ingresar y permanecer en determinados territorios, cada vez "es más frecuente el uso de los sistemas de asilo, para efectos de que ciertas

categorías migratorias puedan tener una oportunidad de permanecer en un país".

En la actualidad no solamente se presume que las personas extranjeras que ingresan a un territorio son migrantes, sino que además cuando se les cataloga como tales "lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos". Asimismo, la carencia de opciones legales para migrar y las políticas restrictivas en materia de asilo y migración, provocan que los refugiados y los migrantes "se enfrenten a condiciones sub humanas, con estatus legal precario y en muchos casos con derechos abiertamente limitados", sean más vulnerables al problema de tráfico o trata de personas, y sean objeto de mayor discriminación y xenofobia en la mayoría de los Estados receptores.

La condición irregular de un migrante no debe privarle del disfrute y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y en otros instrumentos de derechos humanos. El Estado debe proteger a todas las personas bajo su jurisdicción, sean o no nacionales.

Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas. Con respecto a este último aspecto, es importante señalar que el Estatuto de la Organización Internacional para las Migraciones se refiere al manejo y la administración de la migración, que no necesariamente corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los migrantes.

Es necesario resaltar que en un contexto en el cual la mayoría de los Estados de América son partes de los convenios internacionales en materia de refugiados, igualmente una inmensa mayoría no tiene instrumentos idóneos para efectos de identificar a aquellas personas que requieren protección. Esto no se refiere únicamente a solicitantes de asilo y refugiados, sino también a los migrantes que tampoco cuentan con las salvaguardas necesarias para garantizar un respeto mínimo de sus derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana.

Igualmente, la aplicación de mayores controles migratorios y políticas de interceptación hace que se opte, en la mayoría de los casos, por el anonimato y la permanencia irregular, y así, a diferencia de lo que fue en el pasado, hoy se puede hablar de "refugiados de facto", porque la mayoría o no quieren ser reconocidos por los Estados o están siendo devueltos.

Por otra parte, si bien es cierto que en el caso de los refugiados el derecho al trabajo está consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ese instrumento internacional que establece los derechos mínimos para esta categoría migratoria lamentablemente no se refiere a los solicitantes de asilo. En ese sentido, una interpretación simplista podría llegar a decir que, en el caso de los solicitantes de asilo y de los migrantes, no existen derechos laborales. Tal interpretación no solamente es contraria al espíritu de la letra de los instrumentos internacionales, sino que además equivale a un abierto retroceso con respecto al carácter progresivo de los derechos humanos.

En consecuencia, los parámetros de protección que se establezcan a través de esta solicitud de opinión consultiva, pueden ser aplicables, por analogía, a la protección de los derechos laborales de los solicitantes de asilo.

La condición migratoria "constituye y debe constituir una causal prohibida para la discriminación en nuestro Continente, con base en la Declaración Americana, así como [en] la Convención Americana sobre Derechos Humanos". El principio de no discriminación está consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha ampliado las causales de no discriminación, sobre la base del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se ha establecido que cualquier diferenciación debe ser razonable, objetiva y dirigida a alcanzar un propósito legítimo. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido la causal de discriminación por "otro estatus", lo cual sería equivalente a "otra condición", es decir, que se podría dar una discriminación bajo otras causales no enunciadas explícitamente en dicho Pacto.

La anterior línea de interpretación resulta relevante para esta opinión consultiva, porque la Declaración Americana establece que puede haber discriminación por "otra" distinción además de la raza, el sexo, el idioma y el credo. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este tratado prohíbe cualquier discriminación de derechos y libertades, estableciendo doce causales, entre las cuales se mencionan el origen nacional y "cualquier otra condición social".

En razón de que el principio de no discriminación es una regla básica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de conformidad con lo establecido por los órganos de supervisión de los tratados internacionales de las Naciones Unidas, se debe llegar a la conclusión de que "las causales de no discriminación contempladas en los instrumentos interamericanos son igualmente indicativ[a]s, enunciativ[a]s y nunca exhaustiv[a]s o taxativ[a]s, en tanto desvirtuaría el objeto y el propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es el respeto de los derechos y libertades fundamentales en nuestro continente".

En particular, sobre la base de la condición especial de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, de los refugiados y de los migrantes, puede válidamente deducirse que de conformidad con la Declaración Americana y la Convención Americana, cualquier otra condición social o "*any other factor*" sería motivo suficiente para señalar que existe una prohibición específica de no discriminación en nuestro continente.

Es necesario señalar que en el caso de América la referida vulnerabilidad de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, ha sido explícitamente reconocida en la Convención De Belém Do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la cual se establece que "para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrá[n] especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada".

En razón de las anteriores consideraciones, se debe concluir que dentro de las discriminaciones prohibidas se encuentra "cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en cualquier causal como la nacionalidad" y que tenga como ob-

jeto anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales, en igualdad de condiciones.

Asimismo, las garantías legales judiciales contempladas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana son igualmente aplicables cuando se decida una situación que afecte los derechos del solicitante de asilo y del refugiado, pero también son normas que deben orientar la protección de los migrantes en el continente.

Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos con el apoyo de su Secretaría Técnica (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)

En sus intervenciones escritas y orales, indicó que:

En cuanto a la primera pregunta (*supra* párr. 4):

Es necesario reconocer la distinción entre el derecho humano a no ser sometido a tratamientos discriminatorios (ni en la formulación de la ley ni en su aplicación) y la obligación de los Estados de no realizar discriminación alguna en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción.

El principio de igualdad tiene una doble dimensión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos; y b) el derecho de toda persona de ser tratada igual que las demás frente a la ley. La importancia de esta doble dimensión no es solamente su reconocimiento en un texto constitucional, sino también que el Estado realice todas las acciones pertinentes para lograr, en la práctica, que los obstáculos para la igualdad entre las personas sean removidos, según el artículo 1 de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Estado no sólo debe abstenerse de generar discriminaciones *de jure*, sino que también debe remover los factores que generan discriminaciones *de facto*, tanto con respecto a los derechos civiles y políticos como con relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

La respuesta a la primera pregunta alude a los derechos humanos de contenido laboral, regulados en un amplio conjunto normativo en el sistema interamericano, el cual posee dos niveles de reconocimiento: 1) el aplicable a los Estados miembros de la OEA que no son partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 2) el aplicable a aquellos

Estados miembros de la OEA que también son partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Estos dos niveles permiten advertir dos situaciones jurídicas distintas en relación con la protección de los derechos laborales: los Estados que pertenecen al primer grupo están obligados por los artículos 30, 34 y 45 de la Carta de la OEA y los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana; por su parte, los Estados partes en dicho Protocolo, además de estar obligados por las disposiciones anteriores, tienen obligaciones derivadas de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de aquél.

Para entender la expresión "legislación laboral" en la consulta de México, debe señalarse que en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OEA las obligaciones internacionales asumidas convencionalmente, "pueden ser catalogadas como legislación, es decir, como parte integrante de su derecho interno". Por ello, la expresión "legislación laboral" incluida en la primera pregunta del Estado solicitante, se refiere al derecho doméstico de los Estados. Las normas de derecho internacional anteriormente indicadas no admiten una interpretación o aplicación restrictiva o discriminatoria, mucho menos que se encuentre basada en un estatus migratorio específico. "La calidad regular o irregular, desde la perspectiva jurídica migratoria, no modula o afecta el alcance de la obligación de los Estados" de respeto y garantía de los derechos humanos. La legislación laboral doméstica incluye más derechos que los protegidos en las normas internacionales citadas. Los Estados tienen el derecho de ejercer un control sobre las consideraciones migratorias y adoptar medidas de protección de su seguridad nacional y orden público. Los Estados deben ejercer ese control con apego a los derechos humanos.

Una respuesta detallada a la primera pregunta de México requeriría un análisis particular y específico de cada Estado. Sin embargo, puede decirse que los derechos laborales, como derechos humanos, corresponden a todas las personas y son exigibles en el marco de las relaciones laborales. En consecuencia, la capacidad de desempeño de una actividad productiva depende exclusivamente de la capacidad y formación profesional, y en ningún caso se encuentra vinculada a la condición migratoria de las personas.

Las causas que originan la migración, particularmente la irregular, son diferentes de las circunstancias de persecución que originan la existencia de refugiados, quienes están protegidos por el Derecho de los Refugiados. La migración irregular está asociada a condiciones socioeconómicas de vida, a la búsqueda de mejores oportunidades y medios de subsistencia que los que tiene la persona en su Estado de origen. En la práctica, elevados niveles de migrantes irregulares incrementa la oferta de trabajo y afecta la valoración de éste. En razón de que la persona migrante en situación irregular no desea ser descubierta por las autoridades estatales, renuncia de hecho a acudir a los tribunales, lo que favorece que se cometan contra ella violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral.

Una persona que ingresa a otro Estado y entabla relaciones laborales, independientemente de su situación migratoria, "activa sus derechos humanos" en ese contexto, así como también se "activan" las obligaciones del Estado receptor contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana (si se trata de un Estado miembro de la OEA) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (si el Estado es también parte en éste). Esa "activación" de derechos implica que una medida del Estado orientada a generar una privación en el goce y ejercicio de los derechos humanos laborales con base en la calidad migratoria de la persona, "conduciría a un tratamiento diferenciado que generaría arbitrariedad, consecuentemente una discriminación".

En consecuencia, considera que la respuesta a la primera pregunta de México es que: los Estados miembros de la OEA y los Estados partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "se encuentran imposibilitados para realizar un trato perjudicial distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales", entendiendo por éstos, tanto los contenidos en los artículos 30, 34.g) y 45 de la Carta de la OEA; en los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana; y en los artículos 6, 7, 8 y 9 de dicho Protocolo, así como también los que adicionalmente reconozca la legislación doméstica de los Estados, tomando como

base para tal trato distinto la condición migratoria de dichos trabajadores. Tales derechos humanos se gozan a partir del establecimiento de una relación laboral, la cual no depende de la condición migratoria.

En cuanto a la segunda pregunta (*supra* párr. 4):

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos no se originan en el artículo 1.1 de la Convención Americana o en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino en la naturaleza de los derechos humanos y la dignidad humana, la cual no depende de ninguna calificación sustentada en algún acto positivo del Estado. Por ello, la exigibilidad de estas obligaciones no depende de la adhesión o ratificación que un Estado haga a la Convención Americana; de ello depende únicamente su justiciabilidad ante los órganos del sistema interamericano. En tal sentido, las obligaciones de respeto y garantía no son obligaciones condicionales pues se derivan de la dignidad humana.

En consecuencia, considera que la respuesta a la primera parte de la segunda pregunta es que las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos en general, y en especial el derecho humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, no pueden ser interpretadas en el sentido de condicionar el contenido de tales obligaciones a la situación migratoria regular de una persona en el territorio de un Estado. La condición migratoria no es condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos humanos contenidos en los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 1 y 24 de la Convención Americana.

La segunda parte de la segunda pregunta se debe responder tomando en consideración el derecho humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, respecto del cual existe una obligación de los Estados de respeto y garantía. De esta forma, un Estado no puede privar a un trabajador de uno o más de sus derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición migratoria irregular, pues de hacerlo tal Estado estaría incumpliendo su obligación de garantizar tales derechos, toda vez que el acto de privación le pueda ser atribuido conforme al derecho internacional.

En cuanto a tercera pregunta (*supra* párr. 4):

El deber de respeto y garantía de los derechos humanos es una obligación cuya fuente es el derecho internacional, por lo que ninguna normativa interna puede ser opuesta para pretender justificar el incumplimiento de dicha obligación, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta obligación genérica es exigible respecto de todos los derechos humanos.

A pesar de la práctica generalizada de la mayoría de los Estados, la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno no la determina este último. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en aplicación del principio *pro homine*, otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen de la obligación que se trate. Por ello, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene validez en cuanto sea congruente con los derechos humanos de las personas.

La respuesta a la tercera pregunta es que ningún Estado se encuentra autorizado para realizar una interpretación de los derechos humanos originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado que producirá será la reducción del estándar de reconocimiento de tales derechos. Una interpretación de esa índole carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar una interpretación de los derechos humanos, originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado de tal interpretación conducirá a preferir la opción que presente el estándar de reconocimiento más amplio.

En cuanto a la cuarta pregunta (*supra* párr. 4):

No existe un catálogo cerrado que indique cuáles son las normas de *jus cogens*, pues no hay aparentemente criterios que permitan identificarlas. Son los tribunales los que determinarán si una norma puede ser considerada como *jus cogens*, "para efectos de invalidar un tratado". Estas normas son límites a la voluntad de los Estados, por lo que forman un orden público internacional, con lo que se convierten en normas de exigibilidad *erga omnes*. Las normas de derechos humanos son, por su trascenden-

cia, normas de *jus cogens* y, en consecuencia, fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional. Los derechos humanos deben ser respetados de forma igualitaria, puesto que se derivan de la dignidad humana y, por lo tanto, conllevan la necesidad que el reconocimiento y protección de los mismos se realice sobre la base de la prohibición de discriminación y la exigencia de igualdad ante la ley.

La respuesta a la primera parte de la cuarta pregunta es que, habida cuenta del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser considerados como normas de *ius cogens*. Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de *jus cogens* se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la conformidad con aquéllas.

Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que "los derechos humanos forman un *corpus iuris* unitario, inescindible, interrelacionado e interdependiente".

La respuesta a la segunda parte de la cuarta pregunta es que el efecto jurídico que produce el reconocimiento del principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, como normas de *jus cogens*, respecto de los Estados americanos, es la pérdida de validez y eficacia jurídica de los actos del Estado que contradigan tal principio y derecho.

Jorge A. Bustamante, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional

En sus intervenciones escritas y orales, indicó que:

El marco jurídico para evaluar las condiciones en las que se encuentran actualmente los migrantes mexicanos, tanto en su propio país, como en los Estados Unidos de América como Estado receptor de casi la totalidad de los migrantes internacionales mexicanos, se debe considerar en dos contextos analíticos diferentes: el contexto internacional, derivado de la naturaleza inter-

Autónoma de México (UNAM)

nacional de la migración (análisis del Estado receptor de la inmigración y de la relación de los migrantes con el Estado y con la sociedad de acogida); y el contexto nacional (análisis de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su Estado de origen).

La condición de vulnerabilidad que incide sobre los derechos humanos de los migrantes internacionales tiene un carácter estructural, derivado de la definición que hacen la mayoría de los Estados nacionales en sus constituciones, de quiénes son nacionales y quiénes son extranjeros. La mayor parte de los Estados estatuyen cierta supremacía de los nacionales *vis à vis* los extranjeros, por lo que la condición estructural de vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos es igual a la desigualdad social entre éstos y los nacionales del Estado receptor.

La vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su contexto nacional se deriva de la asociación de naturaleza ideológica que hacen los individuos de la sociedad civil de su Estado de origen, entre la definición social de migrante y otra condición socialmente subvaluada (mujer, niño-niña, indígena, minusválido, membresía religiosa, etc.) u otra condición a la que la sociedad del Estado de origen le asigna una condición de inferioridad, frente al resto de los no-migrantes de esa sociedad. Tal asociación tiene una dimensión ideológica y un contexto histórico que es distinto para cada Estado, así como es distinto el grado en que se les asigna a los migrantes tal condición de inferioridad.

Hay una dimensión objetiva de la vulnerabilidad, según la cual a mayor distancia del migrante respecto de su hogar mayor será su vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos. Si bien este enunciado puede ser válido para todos los migrantes, lo es en mayor medida para el contexto nacional de los migrantes internos, que para el contexto internacional de la migración.

Hay una asimetría de poder que se transforma en un contexto de relaciones sociales entre nacionales y extranjeros-migrantes, que es sancionada por el Estado mediante el establecimiento de accesos diferenciales para unos y otros a los recursos públicos; de ahí surge un marco jurídico de relaciones sociales que entra en contradicción con la noción más amplia de derechos humanos.

En esa asimetría de poder es más probable que el extranjero acabe en una posición de subordinación frente al nacional. De ahí

surge una condición de vulnerabilidad estructural de los extranjeros.

La posición de subordinación impuesta sobre los extranjeros/migrantes es algo que el Estado receptor "confirma". Aquí, la vulnerabilidad se ve virtualmente completada por el papel del Estado, ya sea por acción o por omisión, pero siempre en el contexto de ese tratamiento diferencial que el Estado receptor otorga a los nacionales frente a los extranjeros.

Las asimetrías de poder entre los Estados de origen y los Estados receptores de las migraciones internacionales, claramente reflejadas en la escasa lista de Estados receptores que han ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

"[L]a integración de los migrantes/extranjeros como iguales a los nacionales ante la ley y el Estado, significa un empoderamiento o habilitación jurídica de los extranjeros/migrantes, cuya consecuencia sería la desaparición de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos". Ese "empoderamiento" es concomitante a la preeminencia de los derechos humanos como ley interna en el Estado receptor, a partir de la cual los extranjeros/migrantes pueden defenderse por si mismos de la discriminación y del abuso a sus derechos humanos, al adquirir condiciones de igualdad con los nacionales ante la ley y el Estado.

La muerte de cerca de dos mil migrantes mexicanos y de algunos centroamericanos es la evidencia más contundente de que los Estados Unidos de América han violado y siguen violando los derechos humanos con el mantenimiento de la llamada "operación guardián". Esta tesis se refuerza con el hecho de que, en un reporte de la Oficina de la Contraloría del Congreso de los Estados Unidos de América, se reconoce expresamente la asociación que existe entre la "operación guardián" y las muertes de los migrantes. El Estado tiene la responsabilidad de reparar el daño causado por aquellas acciones de las cuales es responsable por su diseño, mantenimiento y continuidad, mediante el pago correspondiente a los deudos por la pérdida de la vida de un miembro productivo de su familia. "Es muy extraño que el gobierno de México no haya presentado reclamación alguna" en la que se establezca la relación entre: el diseño, el mantenimiento de la puesta en práctica y la continuidad de la "operación guardián"; y

la responsabilidad del Estado que se deriva de dichos actos de gobierno.

Un obstáculo para que México pudiera formular la referida reclamación a los Estados Unidos de América por la responsabilidad de las muertes de mexicanos migrantes en la frontera de este último, es la ausencia de reconocimiento expreso de parte de México de su co-responsabilidad en esas muertes, derivada del hecho de que ha habido una política económica que ha contribuido de manera causal a la migración de mexicanos en busca de empleo en los Estados Unidos de América. Este fenómeno migratorio es el resultado de una interacción de factores ubicados en ambos lados de la frontera, es decir, entre una demanda de la fuerza laboral de los migrantes que se origina en los Estados Unidos de América y una oferta de fuerza laboral que se origina en México. La relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral, genera la "responsabilidad de Estado" respecto de la migración y, por ende, de una co-responsabilidad de México en las muertes de migrantes en la frontera de los Estados Unidos de América.

Este reconocimiento de responsabilidad por México debería concebirse como uno de los elementos de la negociación bilateral para un acuerdo sobre trabajadores migrantes entre ambos gobiernos. En ese contexto podría negociarse un reconocimiento expreso de México de la co-responsabilidad por las muertes de los migrantes, así como la co-participación en el pago de las indemnizaciones por la reparación del daño derivado de esas muertes, al mismo tiempo que los Estados Unidos de América aceptara la suspensión de la "operación guardián".

III
COMPETENCIA

48. Esta solicitud de opinión consultiva fue sometida a la Corte por México, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la Convención, el cual establece que:

> [l]os Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

49. La facultad antes mencionada se ha ejercido con cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos en el Reglamento de la Corte: formulación precisa de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita; presentación de las consideraciones que originan la consulta; señalamiento del nombre y dirección del Agente (artículo 59 del Reglamento), y la indicación de las normas internacionales diferentes a las de la Convención Americana que también se solicita interpretar (artículo 60.1 del Reglamento).

50. El cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el Tribunal esté obligado a responderla. En este orden de ideas, la Corte debe tener presente consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales y que se relacionan con los límites genéricos que el Tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva[1]. Dichas consideraciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

51. La consulta somete a la consideración de la Corte cuatro preguntas que hacen referencia a la "[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la

---

[1] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 31; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No.15, párr. 31; y *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 13.

obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

52. Específicamente, las preguntas formuladas por México son las siguientes:

> En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos …],
>
> 1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?
>
> 2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?
>
> 2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?
>
> Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

53. De la lectura de estas preguntas se desprende que el Estado solicitante requiere una interpretación de la Convención Americana, así como de otros tratados y declaraciones internacionales. La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales distintas a la Convención Americana. Principalmente, ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" es amplio y no restrictivo. Es decir,

> […] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto princi-

> pal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.[2]

54. En este sentido, el Tribunal estableció que puede "abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano",[3] aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protecciónn,[4] y que

> [n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.[5]

55. Por lo tanto, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por México y que solicitan la interpretación de la Declaración Americana, de la Convención Americana, de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos todos que protegen derechos humanos y que son aplicables a los Estados americanos.

---

[2] *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte*, *supra* nota 1, punto decisivo primero.

[3] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 22; y *cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 36; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 21; y *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, supra* nota 1, párr. 21.

[4] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párrs. 71 y 109; y *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, supra* nota 1, párr. 38.

[5] *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, supra* nota 1, párr. 48. Además, véase, párrs. 14, 31, 37, 40 y 41.

56. En lo que respecta a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tribunal en otra opinión señaló, al referirse a la Declaración Americana, que:

> […] el artículo 64.1 de la Convención Americana [lo] autoriza [...] para, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.[6]

Además, en esa misma oportunidad, el Tribunal indicó que "no se puede interpretar y aplicar la Carta de la [OEA] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración [Americana]".[7]

57. Lo anterior significa que la Corte tiene competencia para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Carta de la OEA, teniendo en cuenta la relación de dicha Carta con el sistema interamericano de protección de derechos humanos, concretamente en el marco de la Declaración Americana, la Convención Americana, u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

58. Ahora, si la Corte circunscribiese su pronunciamiento a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana, sería difícil desvincular la presente Opinión Consultiva de un pronunciamiento específico sobre la legislación y prácticas de los Estados que no han ratificado la Convención

---

[6] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párr. 36; y *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; punto decisivo único y *cfr.* párr.44.

[7] *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra* nota 6, párr. 43.

en relación con las preguntas planteadas. Esta circunstancia, a juicio de la Corte, limitaría el objeto del procedimiento consultivo, el cual, como ya se dijo, "está destinado [...] a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos".[8]

59. Además, si la opinión alcanzara sólo a Estados Miembros de la OEA que son Partes de la Convención Americana, el Tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta.

60. Por estas razones, la Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos.

61. Siguiendo su práctica en materia consultiva, la Corte debe determinar si la emisión de la consulta podría "conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención".[9]

62. Varios son los parámetros que pueden ser utilizados por el Tribunal al hacer este examen. Uno de ellos, coincidente con gran parte de la juris-

---

[8] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 36, párr. 40; *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; párr. 22.

[9] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 31; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 43; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra* nota 1, párr. 31; y *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, supra* nota 1, punto decisivo segundo.

prudencia internacional en esta materia,[10] se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un caso contencioso.[11] Sin embargo, posteriormente esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.[12]

63. En el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva.[13] La Corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa. En la Opinión Consultiva OC-15/97 sobre *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* señaló que

---

[10] *Cfr. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177, para 29-36; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 27-41; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12; Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, (19, 20); e I.C.J.: Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 65 (71, 72).*

[11] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 45; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra* nota 1, párrs. 37 y 40.

[12] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 45; y *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párr. 28.

[13] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 33; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 47; y *cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, supra* nota 3, párr. 23.

> [l]a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es "*la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*". El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.
>
> […] Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los "Estados Miembros", los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.[14]

64. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, la cual constituye "un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales" referentes a derechos humanos[15] y de

---

[14] *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra* nota 1, párrs. 25 y 26.

[15] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 64; y *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, supra* nota 1, párr. 37 y 39.

ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.[16]

65. La Corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos.[17] Además, estos últimos permiten a esta Corte mostrar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal.[18] La Corte, al abordar el respectivo tema, actúa en su condición de Tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella.

66. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte estima que debe examinar los asuntos planteados en la solicitud que ahora se analiza y emitir la correspondiente Opinión.

---

[16] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 64; y *cfr. Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra* nota 12, párr. 20.

[17] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 49; y *cfr. Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16.

[18] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra* nota 1, párr. 49; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra* nota 1, párr. 32.

IV
ESTRUCTURA DE LA OPINIÓN

67. Es inherente a las facultades de esta Corte, la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. Para ello, el Tribunal toma en cuenta las cuestiones básicas que subyacen a las interrogantes planteadas en la solicitud de opinión y las analiza para llegar a conclusiones generales que puedan proyectarse, a su vez, sobre los puntos específicos mencionados en la propia solicitud y sobre otros temas conexos con aquéllos.[19] En la especie, la Corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar en la presente Opinión. Una vez establecido este marco conceptual, el Tribunal procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el orden que estime más adecuado, en atención a la coherencia que debe guardar la Opinión. De conformidad con la facultad, inherente a todo Tribunal, de dar a sus pronunciamientos la estructura lógica que estime más adecuada a los intereses de la justicia,[20] la Corte considerará las interrogantes planteadas de la siguiente manera:

a) Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas no. 2.1 y 4);
b) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta no. 2.1);
c) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas no. 2.2 y 1); y
d) Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta no. 3).

---

[19] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 37.

[20] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párr. 66.

68. La Corte pasa a considerar, en la secuencia ya señalada, cada uno de los puntos mencionados.

V
GLOSARIO

69. Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

Emigrar o migrar. Dejar un estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Emigrante. Persona que deja un estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Inmigrar. Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.

Inmigrante. Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.

Migrante. Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.

Estautos migratorio. Situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.

Trabajador. Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.

Trabajador migrante. Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional.[21]

---

[21] *Cfr.* O.I.T., Convenio No. 97 sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) de 1949 y Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, el cual define en su artículo 11 al trabajador migrante como "toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; e incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante."

Trabajador migrante documentado o en situación regular. Persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.[22]

Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular. Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad.[23]

Estado de origen. Estado del cual es nacional el trabajador migrante.[24]

Estado de empleo o Estado receptor. Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada.[25]

---

[22] *Cfr.* O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que los trabajadores migratorios y sus familiares "[s]erán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte".

[23] *Cfr.* O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que "[s]erán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo".

[24] *Cfr.* O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.a) señala que "[p]or 'Estado de origen' se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate".

[25] *Cfr.* O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.b) señala que "[p]or 'Estado de empleo' se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso".

VI
OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

70. En relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, las siguientes normas son invocadas en la consulta:

a) Artículo 1 de la Convención Americana, el cual señala que:
   1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
   2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

b) Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:
   1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
   2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
   3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
      a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
      b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del

Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

71. En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, las normas mencionadas en la consulta son:

a) Artículos 3.l y 17 de la Carta de la OEA, los cuales señalan que:

Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

b) Artículo 24 de la Convención Americana, que determina que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

c) Artículo II de la Declaración Americana, el cual manifiesta que:

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

d) Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

e) Artículo 2.1 de la Declaración Universal, el cual señala que:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos

72. A continuación, la Corte considera pertinente hacer referencia a la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, que es de suma importancia, para luego proceder a analizar el principio de igualdad y no discriminación.

73. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.

74. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales.[26]

75. En lo que atañe a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa indicada por México en las preguntas de la solicitud de opinión consultiva que se analizan en este acápite, los órganos de supervisión de dichos instrumentos se han pronunciado sobre la mencionada obligación.

76. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

---

[26] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículo 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2).

> [e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.
>
> Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.
>
> Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.[27]

77. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que:

> En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Es-

---

[27] *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y *cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178.

> tado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.[28]

78. En el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que

> [e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[29]

79. Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha observado que:

> […] en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. […]

---

[28] *Caso "Cinco Pensionistas", supra* nota 27, párr. 164; y *cfr. Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213; y *cfr. también* "*principe allant de soi*"; *Échange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.

[29] *Cfr. Caso "Cinco Pensionistas", supra* nota 27, párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros, supra* nota 27, párr. 180; y *Caso Cantoral Benavides.* Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto.[30]

80. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

> La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art. 14) y el texto en inglés del artículo 1 (art. 1) ("debe asegurar", "*shall secure*"), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados.[31]

81. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

Principio de Igualdad y No Discriminación

82. Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este Tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación.

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos

---

[30] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

[31] *Eur. Court H.R., Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239.*

de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (*supra* párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio".[32]

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.[33] El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

---

[32] *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

[33] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I. 15; I. 19; I. 27; I.30; II. B.1, artículos 19 a 24; II. B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

> [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[34]

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".[35] En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".[36] Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de

---

[34] *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párr. 45; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *supra* nota 32, párr. 55.

[35] *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *supra* nota 32 , párr. 56.

[36] *Cfr. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Jugdment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Jugdment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.*

hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.[37] Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:

> "Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art. 14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art. 14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo."
>
> "En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias

[37] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 46.

> sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención".[38]

91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que:

> [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[39]

92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

> […] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[40]

93. Además, el mencionado Comité indicó que:

---

[38] *Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968*, para. 10.

[39] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 32, párr. 57.

[40] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

> […] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia.[41]

94. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que:

> [l]os Estados Partes deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" […]. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. […]
>
> Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art. 25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros. No obstante, la experiencia del Comité en el examen de los informes demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto. […]
>
> El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda. […]
>
> Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto.[42]

---

[41] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 8.

[42] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.

95. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido,[43] en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste

> [s]ignifica que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.

96. Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

Carácter fundamental del Principio de Igualdad y No Discriminación

97. La Corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*.

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviniente*, al señalar que "[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.[44]

---

[43] African Commission of Human and Peoples´ Rights, Communication No: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.

[44] *Cfr. I.C.T.Y., Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the*

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende de "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".[45] El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p.595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.

[45] *Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párr. 45; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 32, párr. 55.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens.*

Efectos del Principio de Igualdad y No Discriminación

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el de-

ber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

> […] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de

> la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.[46]

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (*supra* párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

VII
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LOS MIGRANTES

111. Una vez establecidos el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los

---

[46] *Caso "Cinco Pensionistas", supra* nota 27, párr. 136; y *cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra* nota 27, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 136 y 137; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia, supra* nota 17, párr. 24.

Estados de respetar y garantizar este principio, el Tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.

112. Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre "Protección de los migrantes", según la cual se debe tener presente "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular".[47] La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación "por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes

[47] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.

del mundo".[48] Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró

> la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección […].[49]

115. La Corte es consciente de que, según lo observó también la Asamblea General de las Naciones Unidas, "entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, ha[n] contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional".[50]

116. En relación con lo anteriormente señalado, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, se indicó que:

> Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados.[51]

---

[48] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.

[49] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.

[50] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre "Migración internacional y desarrollo" de 1 de febrero de 2000.

[51] Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

117. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes.[52]

118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al res-

---

[52] *Cfr.* Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33-35.

pecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que

> […] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional.[53]

120. Al abordar el principio de la igualdad y no discriminación, se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado, en su Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.[54]

121. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, este

---

[53] *African Commission of Human and Peoples´ Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Aficaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, para. 20.*

[54] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párr. 115.

Tribunal ha opinado,[55] en la referida Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que

> […] para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

y que:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

---

[55] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párr. 117 y 119; y *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra* nota 1, párrs. 97 y 115; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 28, párr. 146.

122. La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

123. Tal como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier […] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.[56]

124. Asimismo, la Corte ha indicado[57] que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".[58] Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

125. Además, es importante establecer, como ya lo ha hecho la Corte, que "[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".[59]

126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias admi-

---

[56] *Caso Baena Ricardo y* otros, *supra* nota 27, párr. 124; y *cfr. Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 46, párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia, supra* nota 17, párr. 27.

[57] *Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 46, párr. 103; *Caso Baena Ricardo y* otros, *supra* nota 27, párr. 125; y *Caso del Tribunal Constitucional, supra* nota 56, párr. 70.

[58] *Cfr.* Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[59] *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, supra* nota 27, párr. 127.

nistrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.

127. Habiendo la Corte establecido lo que es aplicable a todos los migrantes, pasa a analizar, a continuación, los derechos de los trabajadores migrantes, en particular los indocumentados.

VIII
DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS

128. Como ya se ha señalado en el glosario (*supra* párr. 69), trabajador migrante es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Esta definición está consagrada en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 2.1).

129. Los trabajadores migrantes documentados o en situación regular son los que "han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo[60] de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte".[61] Los trabajadores indocumentados o en situación irregular son los que no cumplen con las condiciones que sí reúnen los trabajadores documentados, es decir, no cuentan con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales.

---

[60] ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 6.b), según el cual el Estado de empleo es "el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada [...]".

[61] ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 5.a).

130. A continuación el Tribunal procederá a pronunciarse sobre los trabajadores migrantes indocumentados y sus derechos.

131. Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consideró "la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo".

132. Hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes "no han sido debidamente reconocidos en todas partes"[62] e incluso los trabajadores indocumentados "son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y […] para determinadas empresas[, lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal".[63]

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, pues-

---

[62] ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, Preámbulo.

[63] ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, Preámbulo.

to que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros.

138. Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante.

139. En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos hu-

manos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.

140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

141. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros (*erga omnes*), habiendo señalado que:

> Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[64]

---

[64] *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172; y *cfr. Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrs. 181, 182 y 187.

142. Asimismo, este Tribunal ha ordenado, a través de medidas provisionales, la protección de miembros de comunidades y de personas que les prestan servicios, por actos de amenazas de muerte y daños a su integridad personal presuntamente causados por el Estado y terceros.[65] Además, en otra oportunidad ordenó la protección de las personas privadas de libertad en una cárcel, ante las muertes y amenazas que ocurrían en el interior de la misma, muchas de las cuales presuntamente fueron perpetradas por los propios reclusos.[66]

143. La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la aplicabilidad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a las relaciones inter-individuales, cuando declaró que el Estado había violado dicho Convenio por haber impuesto una restricción a la libertad de asociación, que establecía que la pertenencia a determinados sindicatos era condición necesaria para que los peticionarios en el caso pudieran continuar siendo empleados de una empresa, puesto que la restricción impuesta no era "necesaria en una sociedad democrática".[67] En otro caso, la Corte Europea consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 de dicho Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar) es esencialmente la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de autoridades públicas, el Estado debe abstenerse de realizar tales interferencias; además de este deber de abstención, existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar, que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada inclusive en las relaciones entre individuos. En este último caso, dicho Tribunal encontró que el Estado había violado el derecho a la vida privada y familiar de una joven mentalmente discapacitada que había sido agredida sexualmente, por cuanto no pudo

---

[65] *Cfr. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó,* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002. Serie E No. 3; y *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó,* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 6 de marzo de 2003.

[66] *Caso de la Cárcel de Urso Branco,* Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002.

[67] *Eur. Court H.R., Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, paras. 48 to 65.*

iniciarse proceso penal alguno contra el agresor debido a un vacío en la legislación penal.[68]

144. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, ha considerado que el derecho a la libertad y a la seguridad personales, consagrado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone al Estado la obligación de tomar las medidas adecuadas para asegurar la protección de un individuo amenazado de muerte; es decir, que una interpretación de dicho artículo que autorizara a los Estados partes a ignorar las amenazas que pesen contra la vida de personas bajo su jurisdicción, aunque no hayan sido detenidas o arrestadas por agentes estatales, privaría a las garantías previstas en el Pacto de toda eficacia.[69] Además, dicho Comité consideró que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los miembros de minorías contra las agresiones de particulares. A su vez, en sus "Comentarios" Generales Nos. 18 y 20 sobre la "no discriminación" y el artículo 7 del referido Pacto, el Comité ha señalado que los Estados partes deben sancionar la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos por funcionarios públicos, otras personas que actúen en nombre del Estado y particulares; así como también deben "adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto".

145. Adicionalmente, en una decisión relativa a la obligación de investigar los actos de discriminación racial y violencia contra personas de otro color u origen étnico cometidos por particulares, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que "cuando se han realizado amenazas de violencia racial, especialmente cuando han sido realizadas en público y por un grupo, el Estado debe investigar tales amenazas con la debida diligencia".[70]

---

[68] *Eur. Court H.R., Case of X and Y v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, para. 23.*

[69] *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos. Delgado Páez c. Colombia. Decisión de 12 de julio de 1990. No. 195/85, párr. 5.5.

[70] *Cfr. U.N., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Communication No. 4/1991, L.K. v. The Netherlands, paras. 6.3 and 6.6*; y también *cfr., inter. alia,* Convención

146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su

---

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.

150. En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas recurren al Poder Judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc. Estos trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte.

151. En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.

152. El Estado es entonces responsable por si mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación.

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconoz-

can y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

154. Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

155. La Corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas; en la legislación laboral; en los convenios colectivos; en los convenios-ley; en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.

156. Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.

157. En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

158. Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

159. En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto

no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, éste último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador.

160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

IX
OBLIGACIONES ESTATALES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

161. A continuación, la Corte hará referencia a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias únicamente a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

162. En esta sección de la presente Opinión Consultiva, se considerará si es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias, y ello se hará a la luz de las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones oponibles *erga omnes*.

163. La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.

164. Al respecto, la Declaración y el Programa de Acción de Durban adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia[71] instaron a todos los Estados a que "[r]evisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos". Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre "El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia" se "pid[ió] a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes".

165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.

167. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el

---

[71] *Cfr.* Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párrs. 38 y 30.b), respectivamente.

desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.[72] En relación con esto, este Tribunal ha señalado que:

> En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.[73]

168. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (*supra* párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

169. Considerando que la presente Opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea

---

[72] *Cfr. Caso "Cinco Pensionistas"*, *supra* nota 27, párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros, supra* nota 27, párr. 180; y *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 29, párr. 178.

[73] Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 164; y cfr. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 179; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136; y cfr. también "principe allant de soi"; Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.

acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.

170. Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.

171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no solo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.

172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discrimina-

ción a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

X
OPINIÓN

173. Por las razones expuestas,

LA CORTE,
DECIDE

por unanimidad,

Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens.*

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

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los tra-

bajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

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

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Los Jueces Cançado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes y Abreu Burelli hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan esta Opinión Consultiva.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 17 de septiembre de 2003.

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Sergio García Ramírez Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman Alirio Abreu Burelli

Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

VOTOS RAZONADO
Y CONCURRENTES

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ
A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constituye, a mi juicio, un significativo aporte a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hace cuatro años, la Corte Interamericana emitió la histórica Opinión Consultiva Número 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), verdaderamente pionera, que ha servido de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia.[1] El día de hoy, en la misma línea de razonamiento orientado a las necesidades e imperativos de la protección de la persona humana, y al final de un procedimiento consultivo que ha generado la mayor movilización de toda su historia,[2] la Corte Interamericana adopta otra Opinión Consultiva, de gran tras-

---

[1] La Corte Interamericana, mediante su referida Opinión Consultiva Número 16, emitida al final de un procedimiento consultivo que generó amplia movilización (con ocho Estados intervinientes, además de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de diversas Organizaciones No Gubernamentales e individuos), fue efectivamente el primer tribunal internacional en advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte en dicha Convención, sino también de los seres humanos afectados.

[2] Además de un considerable volumen de escritos, dicho procedimiento contó con dos audiencias públicas, la primera realizada en la sede de la Corte Interamericana en San José de Costa Rica, en febrero de 2003, y la segunda realizada por primera vez en su historia fuera de su sede, en Santiago de Chile, en junio de 2003. El procedimiento contó con la participación de doce Estados acreditados (entre los cuales estaban cinco Estados intervinientes en las audiencias públicas), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una agencia de Naciones Unidas (el

cendencia y nuevamente pionera, sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, tornándose el primer tribunal internacional a pronunciarse sobre esta materia como tema central.

2. Aún más significativo es el hecho de que la materia tratada en la presente Opinión Consultiva, solicitada por México y adoptada por la Corte por unanimidad, es de interés directo de amplios segmentos de la población en distintas latitudes —en realidad, de millones de seres humanos—,[3] y constituye en nuestros días una preocupación legítima de toda la comunidad internacional, y —yo no me eximiría de agregar— de la humanidad como un todo. Dada la trascendental importancia de los puntos examinados por la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva, me veo en la obligación de dejar constancia, como fundamento jurídico de mi posición sobre la materia, las reflexiones que me permito desarrollar en este Voto Concurrente, particularmente en relación con los aspectos que me parecen merecer atención especial.

3. Dichos aspectos corresponden a los que me permito así denominar: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los migrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el rol de los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido y el alcance del *jus cogens*; e i) la emergencia,

---

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR), y nueve entidades de la sociedad civil y de la Academia de diversos países de la región, además del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

[3] Según la Organización Internacional para las Migraciones (O.I.M.), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo más que duplicó, elevándose de 75 millones a 175 millones de personas; y las proyecciones para el futuro son en el sentido de que este total aumentará aún mucho más en los próximos años; I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; y cf. también, en general, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Publs., 2000, pp. 26-33.

el contenido y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). Paso a presentar mis reflexiones sobre cada uno de estos aspectos.

I. La *Civitas Maxima Gentium* y la Universalidad del Género Humano

4. La consideración de una cuestión como la de la cual se ocupa la presente Opinión Consultiva no puede hacer abstracción de las enseñanzas de los llamados fundadores del Derecho Internacional, en cuyo pensamiento se encuentran reflexiones de notable actualidad, y de importancia para la solución jurídica inclusive de problemas contemporáneos. Francisco de Vitoria, por ejemplo, en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del *Estado de Derecho*, sostuvo, en sus aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos —tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.[4] En la concepción de Vitoria, el gran maestro de Salamanca, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad;[5] la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes, con los mismos principios de justicia aplicándose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman.[6]

---

[4] Cf. Francisco de Vitoria, *Reelecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (15), pp. 30-39; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, W. de Gruyter, 2000, pp. 189-190.

[5] Cf., en particular, Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), *in*: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

[6] A. A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 y 172.

5. En la visión de Francisco Suárez (autor del tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal.[7] Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo, y el derecho atendía a las necesidades de reglamentación de todos los pueblos y seres humanos. Tanto Suárez como Vitoria formularon las bases de los deberes internacionales de los Estados *vis-à-vis* inclusive los extranjeros, en el marco del principio general de la libertad de circulación y de las comunicaciones, a la luz de la *universalidad del género humano*.[8] La sociabilidad y solidaridad humanas estaban presentes en toda la construcción doctrinal y la contribución de los teólogos españoles a la formación del derecho de gentes.

6. A su vez, la concepción del *jus gentium* de Hugo Grotius —cuya obra, sobre todo el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), se sitúa en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina— estuvo siempre atenta al rol de la sociedad civil. Para Grotius, el Estado no es un fin en si mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad".[9] En el pensamiento grociano, toda norma jurídica —sea de derecho interno o de derecho de gentes— crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del siglo XVII, admite así la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado.[10]

---

[7] Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

[8] Cf. *ibid*., pp. 40-46, y cf. pp. 5-6 y 11-12.

[9] P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 y 203. Los sujetos tienen derechos *vis-à-vis* el Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común); así, en la visión de Grotius, la razón de Estado tiene límites, y la concepción absoluta de ésta última tornase aplicable en las relaciones tanto internacionales como internas del Estado. *Ibid*., pp. 219-220 y 217.

[10] *Ibid*., pp. 243 y 221. Hay, pues, que tener siempre presente el verdadero legado de la tradición grociana del derecho internacional. La comunidad internacional no puede pretender ba-

7. Según la visión grociana, el ser humano y su bien estar ocupan posición central en el sistema de las relaciones internacionales; los patrones de justicia aplícanse *vis-à-vis* tanto los Estados como los individuos.[11] Para Grotius, el derecho natural deriva de la razón humana, es un "dictado de la recta razón", e impone límites a la "conducta irrestricta de los gobernantes de los Estados".[12] Están los Estados sometidos al Derecho, y el Derecho Internacional tiene "un fundamento objetivo, independiente y por encima de la voluntad de los Estados".[13] Las consideraciones de justicia permean así las reglas de derecho y fomentan su evolución.[14]

8. Aún antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sostuvo, a finales del siglo XVI, que es el Derecho que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal.[15] Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez, defendió "el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón".[16] De su parte, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación en el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección.[17]

---

sarse en la *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante la necesidad histórica de regular las relaciones de los Estados emergentes, sustentaba Grotius que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas, y no a la "razón de Estado", la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional: esta última no puede prescindir del Derecho. (Cf., al respecto, el estudio clásico de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53).

[11] Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 y 21-31.

[12] E. Jiménez de Aréchaga, "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", *in Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 608 y 612-613.

[13] *Ibid*., p. 617.

[14] *Ibid*., pp. 619-621.

[15] A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

[16] *Ibid*., p. 26.

[17] César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas maxima*, concepto que

9. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal,[18] vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la "voluntad" de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos.[19] Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos.[20] Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

10. El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional.[21] Pero este avance viene acompañado de nuevas necesidades de protección, a requerir nuevas respuestas por parte del propio *corpus juris* de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando la necesidad de "realismo", pretendió sustituir por una "sociedad de naciones" (concepto menos avanzado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para una crítica a ese retroceso (incapaz de fundamentar el principio de *obligación* en el derecho internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

[18] C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; y cf. también René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

[19] P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (9), pp. 36-37.

[20] *Ibid*., p. 37.

[21] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

11. Para hacer frente a estos problemas, entiendo que se debe presente el valioso legado de los fundadores del Derecho Internacional. Ya en la época de la elaboración y divulgación de las obras clásicas de F. Vitoria y F. Suárez (*supra*), el *jus gentium* se había liberado de sus orígenes de derecho privado (del derecho romano), para aplicarse universalmente a todos los seres humanos: la *societas gentium* era expresión de la unidad fundamental del género humano, formando una verdadera *societas ac communicatio*, por cuanto ningún Estado era autosuficiente.[22] El nuevo *jus gentium*, así concebido inclusive para atender a las necesidades humanas, abrió camino para la concepción de un derecho internacional universal.[23]

12. Pasó a prevalecer la creencia —expresada en la obra de H. Grotius— de que era posible captar el contenido de ese derecho por medio de la razón: el derecho natural, del cual derivaba el derecho de gentes, era un dictado de la razón.[24] En el marco de la nueva concepción universalista se afirmó, a partir de F. Vitoria, el *jus communicationis*, erigiendo la libertad de movimiento y de intercambio comercial como uno de los pilares de la propia comunidad internacional.[25] Los controles de ingreso de extranjeros sólo se manifestaron en una época histórica más bien reciente (cf. párr. 35, *infra*), a la par de los grandes flujos migratorios y del desarrollo del derecho de los refugiados y desplazados.[26]

---

[22] P. Guggenheim, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 21-22.

[23] J. Moreau-Reibel, "Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 506-510.

[24] G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almquist & Wiksell, 1986, p. 17.

[25] *Ibid.*, pp. 19-23, y cf. pp. 79-81.

[26] Cf. *ibid.*, pp. 160-161 y 174-175.

II. LAS DISPARIDADES DEL MUNDO DICHO "GLOBALIZADO", LOS DESPLAZAMIENTOS FORZADOS Y LA VULNERABILIDAD DE LOS MIGRANTES

13. Hoy día, en una era de grandes migraciones, se constata lamentablemente una distancia cada vez mayor del ideal universalista de la *societas gentium* de los fundadores del Derecho Internacional. Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa,[27] se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal.[28]

14. Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrean traumas: sufrimiento del abandono del hogar (a veces con separación o desagregación familiar), pérdida de la profesión y de bienes personales, arbitrariedades y humillaciones impuestas por autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, pérdida del idioma materno y de las raíces culturales, choque cultural y sentimiento permanente de injusticia.[29] La llamada "globalización" de la economía se ha hecho acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del

---

[27] Los desplazamientos forzados en los años noventa (después del llamado fin de la guerra fría) abarcaron cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

[28] N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151-252, y cf. p. 260; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

[29] Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo XX, "estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir"; S. Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41; y cf. también las ponderaciones de H. Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

agravamiento) de las disparidades al interior de las naciones y en las relaciones entre ellas, constatándose, v.g., un contraste marcante entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países buscados por los migrantes.

15. Los migrantes —particularmente los indocumentados—, como lo señala la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva Número 18 (párrs. 112-113 y 131-132), se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad, ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), de la explotación laboral, del propio desempleo y la perpetuación en la pobreza (también en el país receptor).[30] La "falta administrativa" de la indocumentación ha sido "criminalizada" en sociedades intolerantes y represivas, agravando aún más los problemas sociales de que padecen. El drama de los refugiados y los migrantes indocumentados sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados.[31] En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de todos estos traumas.

16. En tiempos de la así-llamada "globalización" (el neologismo disimulado y falso que está de moda en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo for-

---

[30] H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61, 66 y 111, y cf. pp. 48 y 82-85.

[31] J. Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio", *Memoria del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado,* San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001, pp. 37-72.

zado y esclavo), en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales.[32]

17. Como circunstancias agravantes, el Estado abdica de su ineludible función social, y entrega irresponsablemente al "mercado" los servicios públicos esenciales (educación y salud, entre otros), transformándolos en mercadorías a las cuales el acceso se torna cada vez más difícil para la mayoría de los individuos. Estos últimos pasan a ser vistos como meros agentes de producción económica,[33] en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas. Verifícase hoy, además, a la par de un recrudecimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo[34] (cf. *infra*, párrs. 36-42). Todos estos peligrosos desarrollos apuntan hacia un nuevo mundo vacío de valores, que se adhiere, sin mayor reflexión, a un modelo insostenible.

18. En el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, Resolución del 18.08.2000) señalé que, en este umbral del siglo XXI, "el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuida a los capitales y bienes —a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores" (párr. 4). Con el desarraigo —proseguí—, uno pierde sus medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de de-

---

[32] Cf., e.g., M. Lengellé-Tardy, *L'esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 8-13, 21-32 y 73-98.

[33] Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnocrática, que trata el individuo como simple agente de producción material; cf., v.g., *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968, pp. 141-143 y 163-165.

[34] Cf., e.g., F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. de Bruxelles, 1995, pp. 17-353; Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-171; A.A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 2a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2003, pp. 23-123.

sarrollar un *proyecto de vida*: "es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días" (párr. 6).

19. Y, sobre este primer aspecto del problema, concluí que "el problema del desarraigo debe ser considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema —si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas. Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes" (párr. 7). Acrecenté mi entendimiento en el sentido de que "la cuestión del desarraigo debe ser tratada no a la luz de la soberanía estatal, sino más bien como problema de dimensión verdaderamente *global* que es (requiriendo una concertación a nivel universal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección" (párr. 10).

20. A pesar de ser el desarraigo "un problema que afecta a toda la *comunidad internacional*" —continué advirtiendo—,

> "sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin parecer darse cuenta de que el modelo westphaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus propios criterios de ordenamiento interno. [...] El Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración, y en particular de los procedimientos de deportaciones y expulsiones" (párrs. 11-12).

III. La Reacción de la *Conciencia Jurídica Universal* (*Opinio Juris Communis*)

21. Sobre este último punto, cabe recordar que, en 1986, la *International Law Association* adoptó (en su 62a. sesión, en Seoul), por consenso, la Decla-

ración de Principios del Derecho Internacional sobre Expulsión Masiva, en la cual, *inter alia*, expresó su "profunda preocupación" con "la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías", inclusive los trabajadores migrantes (preámbulo). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como "piedra angular de la protección de los refugiados", se aplica, aunque no hayan sido éstos admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de "alerta inmediato" (*early warning*-principio 19).[35] Cuatro años después, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990) vino a prohibir medidas de expulsión colectiva, y a determinar que cada caso de expulsión debería ser "examinado y decidido individualmente", conforme a la ley (artículo 22).

22. Cabe, además, subrayar que el denominador común del ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX[36] ha sido precisamente la atención especial dedicada a las *condiciones de vida* de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección, los cuales incluyen ciertamente los migrantes indocumentados), de ahí resultando el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo.[37] En la presente Opinión Consultiva Número 18, la Cor-

---

[35] La referida Declaración llegó a vincular la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de "crimen internacional" (principio 9).

[36]. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhagen, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Istanbul, 1996. A estas se siguieron, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998; y la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, 2001.

[37] A.A. Cançado Trindade, "Desarrollo Humano y Derechos Humanos en la Agenda Internacional del Siglo XXI", *in Memoria - Foro Desarrollo Humano y Derechos Humanos* (Agosto de 2000), San José de Costa Rica, PNUD/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 25-42.

te Interamericana ha tomado en cuenta los documentos finales de dos de aquellas Conferencias (párrs. 116 y 164), a saber, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994), y la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001).

23. Los documentos finales de las recientes Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas (realizadas en el período de 1992 hasta 2001) reflejan la reacción de la conciencia jurídica universal contra los atentados y afrentas a la dignidad de la persona humana en todo el mundo. En realidad, el referido ciclo de Conferencias Mundiales ha consolidado el reconocimiento de "la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con las violaciones de derechos humanos en todas partes y en cualquier momento".[38] Tal como me permití señalar en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva Número 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999),

> "las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección" (párrs. 3-4).

24. En seguida, en el referido Voto Concurrente en la Opinión Consultiva Número 16, dejé constancia del reconocimiento, en nuestros días, de la necesidad de restituir al ser humano la posición central, "como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*" (párr. 12), y acrecenté:

> "Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fun-

[38] A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 413, y cf. p. 88.

damentos y de la validad del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno" (párr. 14).

25. En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes indocumentados en búsqueda de la sobrevivencia, han en definitiva despertado la *conciencia jurídica universal* para la apremiante necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la *conciencia jurídica universal* para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo.[39] También en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, de 25 de noviembre de 2000), me permití insistir en el punto; en mi Voto Razonado, reafirmé que

> "[...] la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris communis*) [...] constituye, en mi entender, la fuente *material* por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual" (párr. 16, y cf. párr. 28).

26. A partir de ahí, urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central[40] y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. La existencia

---

[39] Tal como enfaticé en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

[40] Trátase de una verdadera reconstrucción; hace más de medio siglo, Maurice Bourquin advertía que "ni au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique. [...] L'être humain [...] y occupe une place de plus en plus considérable"; M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *in La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 53-54.

de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu, fue el punto de partida, v.g., de las reflexiones de Jacques Maritain, para quien el verdadero progreso significaba la *ascensión de la conciencia*, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia.[41] La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión *internacional* a la *universal*, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos *valores* fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho ha contribuido a la formación de la *opinio juris communis*[42] en las últimas décadas del siglo XX, que cabe seguir desarrollando en nuestros días para hacer frente a las nuevas necesidades de protección del ser humano.

27. A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional de este inicio del siglo XXI encuéntrase, pues, demasiado distante de los ideales de los fundadores del derecho de gentes (*supra*), no hay que capitular ante esta realidad, sino más bien enfrentarla. Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, quienes propugnaron por una *civitas maxima* regida por el derecho de gentes, el nuevo *jus gentium* por ellos reconstruido. Pero aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, o sea, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) cuanto a los seres humanos (el derecho *de gentes*), de conformidad con ciertos patrones universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social. Hay, pues, que empeñarse en un verdadero *retorno a*

---

[41] J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69. Se imponía la liberación de las servidumbres materiales, para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana (*ibid*., pp. 50 y 105-108). Al afirmar que "la persona humana transciende el Estado", por cuanto tiene "un destino superior al tiempo", agregó que "cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal [...]" (*ibid*., pp. 79-82, y cf. p. 104).

[42] Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

los orígenes del derecho de gentes, mediante el cual se impulsará el actual proceso histórico de *humanización* del Derecho Internacional.

28. Si es cierto que el drama de los numerosos refugiados, desplazados y migrantes indocumentados presenta hoy un enorme desafío a la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones de sus derechos fundamentales son hoy inmediatas y contundentes, en razón precisamente del despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias. La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo (cf. *infra*) constituyen, a mi modo de ver, una manifestación inequívoca de este despertar de la conciencia jurídica universal.

29. En el curso del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la presente Opinión Consultiva, el Estado solicitante, México, destacó con pertinencia la importancia de la llamada *cláusula Martens* como elemento de interpretación del derecho (sobre todo humanitario), que podría inclusive amparar los migrantes. Al respecto, creo ser posible ir aún más allá: al menos una corriente de la doctrina jurídica contemporánea ha llegado a caracterizar la cláusula Martens como *fuente* del propio derecho internacional general;[43] y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*.[44] La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla —como lo he afirmado en obra reciente— como expresión de la *razón de humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado* (*raison d'État*).[45]

---

[43] F. Münch, "Le rôle du droit spontané", *in Pensamiento Jurídico y Sociedad International - Libro-Homenaje al Profesor Dr. A. Truyol Serra*, tomo II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836.

[44] S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 438 y 440.

[45] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (21), tomo III, p. 509, y cf. pp. 497-509.

30. Uno de los aportes significativos de la presente Opinión Consultiva Número 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* reside en su determinación del amplio alcance del debido proceso legal (párr. 124). En su anterior Opinión Consultiva Número 16 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, la Corte Interamericana subrayó la evolución histórica del debido proceso legal en el sentido de su expansión *ratione materiae* (párrs. 117 y 119), mientras que, en la presente Opinión Consultiva Número 18, examina dicha expansión *ratione personae*, y determina que "el derecho al debido proceso debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo migrante, independientemente de su status migratorio" (párr. 122). La acertada conclusión de la Corte, en el sentido de que "el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna" (punto resolutivo número 7), atiende efectivamente a las exigencias y los imperativos del bien común.

IV. La construcción del derecho individual subjetivo al asilo

31. La propia noción del bien común debe ser considerada no en relación con un medio social *in abstracto*, sino con la totalidad de los seres humanos que lo componen, independientemente del estatuto político o migratorio de cada uno. Los derechos humanos transcienden en mucho los llamados "derechos de la ciudadanía", "concedidos" por el Estado. El bien común, como lo sostenía con acierto Jacques Maritain, se erige en la propia *persona humana* (más que en individuos o ciudadanos), y el concepto de personalidad abarca la dimensión más profunda del ser o del espíritu.[46] El bien común es "común" porque se proyecta y se refleja en las *personas humanas*.[47] Si se requiriera de determinados individuos que capitulasen frente

---

[46] J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 [reprint], pp. 29-30, 40 y 105.

[47] *Ibid*., pp. 49, 76 y 103-104. Cualquier entendimiento en contrario muy probablemente llevaría a abusos (propios del autoritarismo y de los regímenes represivos) y violaciones de los derechos humanos; *ibid*., p. 50, y cf. pp. 95-97.

al todo social, que se despojasen de los derechos que le son inherentes (en razón, v.g., de su estatuto político o migratorio), que confiasen su destino enteramente al todo social artificial, en tales circunstancias la noción misma de bien común desaparecería por completo.[48]

32. A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de *inmigrar*, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal.[49] Al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional, el *derecho de gentes*. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes "ilegales".

33. Por otro lado, también hay los Estados que han buscado soluciones para el problema. El hecho de que 12 Estados acreditados participaran del procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana que precedió la adopción de la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* es sintomático del propósito común de la búsqueda de dichas soluciones. Del análisis de los argumentos presentados, en el transcurso del mencionado procedimiento, por México, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica y Canadá, se desprende, de modo alentador, como denominador común, el reconocimiento de que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones, a la luz del principio de la igualdad y no-discriminación, independientemente de que tales personas sean nacionales o extranjeras.

---

[48] Cf. *ibid*., pp. 92-93.

[49] A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados, op. cit. infra* n. (105), pp. 15-16 y 18.

34. Además, en el mismo procedimiento ante la Corte Interamericana atinente a la presente Opinión Consultiva, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), al enfatizar la situación de vulnerabilidad de los migrantes, se refirió al nexo existente entre migración y asilo, y agregó con lucidez que la naturaleza y complejidad de los desplazamientos contemporáneos dificultan establecer una clara línea de distinción entre refugiados y migrantes. Esta situación, involucrando millones de seres humanos,[50] revela una nueva dimensión de la protección del ser humano en determinadas circunstancias, y subraya la importancia capital del principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, al cual me referiré más adelante (cf. párrs. 58-63, *infra*).

35. Trátase, en realidad, de un gran desafío a la salvaguardia de los derechos de la persona humana en nuestros días, en este inicio del siglo XXI. Al respecto, no hay que pasar desapercibido que, como ya señalado, el *jus communicationis* y la libertad de movimiento, propugnados desde los siglos XVI y XVII, perduraron por mucho tiempo, y sólo en una época histórica más bien reciente pasaron a manifestarse restricciones a ellos (cf. párr. 9, *supra*). En efecto, sólo en la segunda mitad del siglo XIX, cuando la *inmigración* penetró en definitiva en la esfera del derecho *interno*, pasó a sufrir restricciones sucesivas y sistemáticas.[51] De ahí la importancia creciente de la prevalencia de determinados derechos, como el derecho de acceso a la justicia (el derecho a la justicia *lato sensu*), el derecho a la vida privada y familiar (comprendiendo la unidad familiar), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes; es este un tema que trasciende a la dimensión puramente estatal o interestatal,[52] y que tiene que ser abordado a la luz de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados.

---

[50] Cf. notas (3) y (27), *supra*.

[51] F. Rigaux, "L'immigration: droit international et droits fondamentaux", *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 693-696.

[52] *Ibid*., pp. 707-708, 710-713, 717-720 y 722.

36. Tampoco hay que pasar desapercibida, en el presente contexto, la doctrina más lúcida que llevó, en el pasado, a la configuración del estatuto del asilo territorial. En efecto, la *historia juris* del instituto del asilo ha sido marcada por la tensión entre su caracterización como una facultad discrecionaria del Estado, o entonces como un derecho individual subjetivo. No es mi propósito entrar a examinar a fondo este instituto en el presente Voto Concurrente, sino más bien referirme a un aspecto pertinente a la materia objeto de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. En los últimos años, con las crecientes restricciones en el uso por los Estados de la autoatribuida facultad de control migratorio, es la primera corriente que parece *de facto* imponerse,[53] en detrimento de la tesis del derecho individual subjetivo.

37. Recuérdese que la malograda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, realizada en Ginebra en 1977, no consiguió obtener un consenso universal en cuanto al asilo como derecho individual, y, desde entonces, el unilateralismo estatal se tornó sinónimo de la precariedad del asilo.[54] Las medidas "proteccionistas" de los Estados industrializados (en relación con flujos migratorios "indeseables") se han alejado de la mejor doctrina jurídica y generado distorsiones en la práctica relativa al instituto del asilo.[55]

38. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reaccionado para responder a las nuevas necesidades de protección. Y es per-

---

[53] En esta, como en otras areas del ordenamiento jurídico internacional, ha persistido una tensión latente y recurrente entre la vigencia de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados y la insistencia de éstos en seguir buscando por si mismos la satisfacción de sus propios intereses, tales como por ellos percibidos. Cf., v.g., J.-G. Kim y J.M. Howell, *Conflict of International Obligations and State Interests*, The Hague, Nijhoff, 1972, pp. 68 y 112.

[54] Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, *op. cit. supra* n. (34), pp. 107 y 140. - Sobre la malograda Conferencia sobre Asilo Territorial de 1977, cf. el relato "Diplomatic Conference on Territorial Asylum", 18 *Review of the International Commission of Jurists* (June 1977) pp. 19-24; y cf. P. Weis, "The Present State of International Law on Territorial Asylum", 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de Droit international* (1975) pp. 71-96.

[55] F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, *op. cit. supra* n. (34), pp. 306-317, 324-330 y 335-339.

fectamente posible que estemos testimoniando los primordios de formación de un verdadero *derecho humano a la asistencia humanitaria*.[56] Estamos ante dos enfoques distintos del ordenamiento jurídico internacional, uno centrado en el Estado, el otro (que firmemente sostengo) centrado en la persona humana. Estaría en conformidad con este último la caracterización del derecho de asilo como un derecho individual subjetivo. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contiene, en efecto, elementos que pueden conllevar a la construcción (o quizás reconstrucción) de un verdadero derecho individual al asilo.[57]

39. Hay que tener presente que el instituto del asilo es mucho más amplio que el sentido atribuido al asilo en el ámbito del Derecho de los Refugiados (i.e., equiparado al refugio). Además, el instituto del asilo (género al cual pertenece la especie del asilo territorial, en particular) antecede históricamente en mucho tiempo el propio *corpus juris* del Derecho de los Refugiados. El *aggiornamento* y una comprensión más integral del asilo territorial —que podrían realizarse a partir del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, podrían venir en socorro de los trabajadores migrantes indocumentados, poniendo fin a su clandestinidad y vulnerabilidad. Para esto, tendría que venir (o volver) a ser reconocido precisamente como un derecho individual subjetivo,[58] y no como una facultad discrecional del Estado.

---

[56] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, Medidas Provisionales de Protección del 06.03.2003, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 6.

[57] Cf., v.g., Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22(7); Convención de la OUA (de 1969) Rigiendo Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, artículo II(1) y (2).

[58] En el mismo año de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, mientras se discutía en el seno del *Institut de Droit International* si el asilo era un derecho del Estado o del individuo (cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1948) pp. 199-201 y 204-205), frente a las incertidumbres manifestadas G. Scelle comentó que "el asilo se tornó una cuestión de *ordre public* universal" (*ibid*., p. 202). Dos años después, el tema volvió a ser discutido en el mismo *Institut* (en los debates de 07-08.09.1950): con base en el impacto de los derechos humanos en el Derecho Internacional (cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1950)-II, p. 228), se planteó la posibilidad del establecimiento *de lege ferenda* de una obligación de los Estados de conceder asilo. A pesar de una cierta oposición a la idea, afortunadamente

40. De igual modo, en cuanto a los refugiados, se les "reconoce", y no se "otorga", su estatuto; no se trata de una simple "concesión" de los Estados. Sin embargo, la terminología hoy día comúnmente empleada es un reflejo de los retrocesos que lamentable2mente testimoniamos. Por ejemplo, hay términos, como "protección temporaria", que parecen implicar una relativización de la protección integral otorgada en el pasado. Otros términos (v.g., "refugiados en órbita", "desplazados en tránsito", "safe havens", "convención plus") parecen revestirse de un cierto grado de surrealismo, mostrándose francamente abiertos a todo tipo de interpretación (inclusive la retrógrada), en lugar de atenerse a lo esencialmente jurídico y a las conquistas del derecho en el pasado. Es quizás sintomático de nuestros días que se tenga que invocar las conquistas del pasado para frenar retrocesos aún mayores en el presente y en el futuro. En este momento —de sombras, más que de luz— que vivimos, hay al menos que preservar los avances logrados por generaciones pasadas para evitar un mal mayor.

41. No hay que olvidarse, pues, que ha habido manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*.[59] Esta postura muéstrase conforme al pensamiento de los fundadores del Derecho Internacional: mientras Francisco de Vitoria sostenía el *jus communicationis*, Francisco Suárez, en la misma línea de pensamiento, visualizaba un "derecho natural subjetivo", propio del *jus gentium*, en un sentido comparable al utilizado en nuestros días[60] en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. Naturalmente no faltarán los "realistas" que objetarán que el derecho individual subjetivo del asilo es una utopía. A ellos yo replicaría que la alternativa a la utopía es la desesperación. Hace más de tres décadas (y la si-

---

no faltaron aquellos juristas que respaldaron el establecimiento de dicha obligación estatal, o al menos la tomaron en serio; cf. *ibid*., pp. 204 y 221 (F. Castberg), p. 200 (H. Lauterpacht), pp. 204-205 (P. Guggenheim), y p. 225 (A. de La Pradelle).

[59] G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, *op. cit. supra* n. (24), pp. 143-144, 146, 149 y 172-173.

[60] *Ibid*., p. 23.

tuación de los millones de desarraigados sólo se ha agravado desde entonces) L. Legaz y Lacambra advertía que

> La existencia de "pueblos proletarios" significa un contrasentido si se afirma la idea de una comunidad internacional; y, sobre todo, constituye una injusticia cuando ya hay pueblos que han alcanzado una fase de máximo desarrollo y nivel económico, social y cultural, que contrasta duramente con la situación de miseria de tantos otros. [...Hay una] obligación de la comunidad internacional hacia sus miembros más indigentes y necesitados que, en esa dimensión, encarnan también la idea de la humanidad como sujeto de Derecho.
>
> Se patentiza, pues, en la evolución del Derecho un sentido humano-humanista y humanitario [...]: deja de ser un orden coactivo del Estado y se incorpora más y más a unas formas de vida social abiertas a la creciente comunicación entre todos los hombres [...]. Todo eso, y sólo eso, es lo que da sentido a la personalización y subjetivación jurídica de la humanidad.[61]

43. En su biografía de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), Stefan Zweig, uno de los más lúcidos escritores del siglo XX, destacó, en el precioso legado del gran humanista, la tolerancia, para poner fin, sin violencia, a los conflictos que dividen los seres humanos y los pueblos. Erasmo, pacifista y defensor de la libertad de conciencia, identificaba en la intolerancia el mal hereditario de la sociedad humana, que había que erradicar. Aunque el ideal de Erasmo no se haya realizado hasta la fecha, no por eso estaba desprovisto de valor. En las palabras penetrantes de S. Zweig,

> Una idea que no llega a verse encarnada es, por ello, invencible, ya que no puede probarse su falsedad; lo necesario, aunque se dilate su realización, no por eso es menos necesario; muy a la inversa, sólo los ideales que no se han gastado y comprometido por la realización continúan actuando en cada generación como elemento de impulso moral. Sólo las ideas que no han sido cumplidas retornan eternamente. [...] Lo que Erasmo, este anciano desengañado, y, sin embargo, no excesivamente desengañado, nos dejó como herencia [...]

---

[61] L. Legaz y Lacambra, "La Humanidad, Sujeto de Derecho", *in Estudios de Derecho Internacional Público y Privado - Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, tomo II, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 558-559.

> no era otra cosa sino el renovado y soñado antiquísimo deseo de todas las religiones y mitos de una futura y continuada humanización de la humanidad y de un triunfo de la razón [...]. Y aunque los cautos y fríos calculadores puedan volver a demostrar siempre la falta de porvenir del erasmismo, y aunque la realidad parezca darles cada vez la razón, siempre serán necesarios aquellos espíritus que señalan lo que liga entre sí a los pueblos más allá de lo que los separa y que renuevan fielmente, en el corazón de la humanidad, la idea de una edad futura de más elevado sentimiento humano.[62]

V. La posición y el rol de los principios generales del derecho

44. Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín *principium*) que, evocando las causas primeras, fuentes o orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho.

45. Los principios generales del derecho ingresaron en la cultura jurídica, con raíces históricas que remontan, v.g., al derecho romano, y pasaron a vincularse con la propia concepción del Estado democrático de Derecho, sobre todo a partir de la influencia del pensamiento iluminista. A pesar de la aparente indiferencia con que fueron tratados por el positivismo jurídico (siempre buscando demostrar un "reconocimiento" de dichos principios en el orden jurídico positivo), y a pesar de la menor atención a ellos dispen-

---

[62] S. Zweig, *Triunfo y Tragedia de Erasmo de Rotterdam*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Juventud, 1986, pp. 205-207; S. Zweig, *Érasme - Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Grasset, 2002 (reed.), pp. 183-185.

sada por la doctrina jurídica apresurada y reduccionista de nuestros días, sin embargo nunca podremos de ellos prescindir.

46. De los *prima principia* emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntranse así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. Al contrario de los que intentan —a mi juicio en vano— minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el "orden jurídico" simplemente no se realiza, y deja de existir como tal.

47. La identificación de los principios básicos ha acompañado *pari passu* la emergencia y consolidación de todos los dominios del Derecho, y todas sus ramas (derecho civil, procesal civil, penal, procesal penal, administrativo, constitucional, y así por delante). Es así con el Derecho Internacional Público,[63] con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario,[64] con el Derecho Internacional de los Refugiados,[65] con el Derecho Penal Internacional.[66] Por más circunscrito o especializado que sea un régimen jurídico, ahí se encuentran sus princi-

---

[63] E.g., principio de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, principio de la solución pacífica de las controversias internacionales, principio de la no-intervención en las relaciones interestatales, principio de la igualdad jurídica de los Estados, principio de la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, principio de la cooperación internacional. Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 91-140.

[64] Principio de humanidad, principio de la proporcionalidad, principio de distinción (entre combatientes y población civil), principio según el cual la elección de métodos o medios de combate no es ilimitada, principio que exige evitar sufrimientos innecesarios o males superfluos.

[65] Principio del *non-refoulement*, principio de humanidad.

[66] Principio de la legalidad (*nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*), principio de la responsabilidad penal individual, principio de la presunción de la inocencia, principio de la no-retroactividad, principio del juicio justo.

pios básicos, como, v.g., en el Derecho Ambiental Internacional,[67] en el Derecho del Mar,[68] en el Derecho del Espacio Exterior,[69] entre otros tantos. Como señalado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el procedimiento atinente a la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha buscado identificar los "principios y derechos fundamentales en el trabajo", mediante Declaración adoptada en junio de 1998.

48. Algunos de los principios básicos son propios de determinadas áreas del Derecho, otros permean todas las áreas. La normativa jurídica (nacional o internacional) opera movida por los principios, algunos de ellos rigiendo las propias relaciones entre los seres humanos y el poder público (como los principios de la justicia natural, del Estado del Derecho, de los derechos de la defensa, del derecho al juez natural, de la independencia de la justicia, de la igualdad de todos ante la ley, de la separación de los poderes, entre otros). Los principios alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad. De ahí el continuo y eterno "renacimiento" del derecho natural, el cual jamás ha desaparecido.

49. No más se trata de un retorno al derecho natural clásico, sino más bien de la afirmación o restauración de un patrón de justicia, anunciado por los principios generales del derecho, mediante el cual se evalúa el derecho positivo.[70] Al sostener que la *opinio juris* está por encima de la voluntad estatal, F. Castberg ha ponderado con acierto que

---

[67] V.g., principio de la precaución o la debida diligencia, principio de la prevención, principio de la responsabilidad común pero diferenciada, principio de la equidad intergeneracional, principio del poluidor pagador.

[68] V.g., principio del patrimonio común de la humanidad (fondos oceánicos), principio de los usos pacíficos del mar, principio de la igualdad de derechos (en la alta mar), principio de la solución pacífica de las controversias, principios de la libertad de navegación y del paso inocente, principios de la equidistancia y de las circunstancias especiales (delimitación de espacios marítimos).

[69] V.g., principio de la no-apropriación, principio de los usos y fines pacíficos, principio de la repartición de los beneficios de la exploración espacial.

[70] C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 y 207; y cf., en general, v.g., Y.R. Simon, *The Tradition of Natural*

> the experiences of our own age, with its repellent cruelties and injustice under cover of positive law, have in fact confirmed the conviction that something —even though it is only certain fundamental norms— must be objectively valid. This may consist of principles which appear to be valid for every human community at any time [...]. The law can and should itself move forward in the direction of greater expedience and justice, and to a higher level of humanity.[71]

Este "eterno retorno" del jusnaturalismo ha sido, así, reconocido por los propios jusinternacionalistas,[72] contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación del primado, en el orden de los valores, de las obligaciones en materia de derechos humanos, *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo.[73] Lo que es cierto es que no hay Derecho sin principios, los cuales informan y conforman las normas y reglas jurídicas.

50. En la medida en que se forma un nuevo *corpus juris*, hay que atender a la apremiante necesidad de identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe este operar con base en sus principios fundamentales, pues

---

Law - A Philosopher's Reflections (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Library, 1972 [reprint], pp. 13-203.

[71] F. Castberg, "Natural Law and Human Rights", 1 *Revue des droits de l'homme / Human Rights Journal* (1968) p. 37, y cf. pp. 21-22. [Traducción: "las experiencias de nuestra época, con sus crueldades e injusticia repelentes encubiertas por el derecho positivo, han realmente confirmado la convicción de que algo —aunque sean solamente ciertas normas fundamentales— debe ser objetivamente válido. Esto puede consistir en principios que parecen ser válidos para toda comunidad humana en cualquier tiempo [...]. El derecho puede y debería moverse adelante hacia mayor agilidad y justicia, y hacia un más alto nivel de humanidad"].

[72] Cf., e.g., L. Le Fur, "La théorie du droit naturel du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399; A. Truyol y Serra, "Théorie du Droit international public - Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4a. ed. rev., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 69 y 105; J. Puente Egido, "Natural Law", *in Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/ Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

[73] J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. Madrid (2000) p. 75.

de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico.[74]

51. Los principios generales del derecho han contribuido a la formación de normativas de protección del ser humano. El recurso a dichos principios se ha dado, en el plano normativo, como respuesta a nuevas necesidades de protección del ser humano. Nadie osaría negar su relevancia, v.g., en la formación histórica del Derecho Internacional de los Refugiados, o más recientemente, en la emergencia, en los últimos años, de la normativa internacional atinente a los desplazados (internos).[75] Nadie osaría negar su incidencia —para citar otro ejemplo— en el régimen jurídico aplicable a los extranjeros. Al respecto, se ha sugerido que ciertos principios generales del derecho se aplican específica o predominantemente a los extranjeros, v.g., el principio de la unidad de la familia, y el principio de la prohibición de la extradición siempre y cuando presente ésta riesgos de violaciones de los derechos humanos.[76]

VI. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO *SUBSTRATUM* DEL PROPIO ORDENAMIENTO JURÍDICO

52. Los principios generales del derecho han así inspirado no sólo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio pro-

---

[74] G. Abi-Saab, "Cours général de Droit international public", 207 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 378: "soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n'y a pas de système de tout".

[75] Cf. W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 6-74; y cf. F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 1-148.

[76] C. Pierucci, "Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers", 10 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (1999) n. 37, pp. 8, 12, 15, 17, 21, 24 y 29-30. Entre dichos principios, aplicables a los extranjeros, hay los consagrados inicialmente en el plano internacional (v.g., en el marco del derecho de la extradición, y del derecho de asilo o refugio) que se han proyectado en el plano del derecho interno; cf. *ibid*., pp. 7-32, esp. pp. 8, 15-21 y 30-32.

ceso legiferante de su elaboración. Reflejan ellos la *opinio juris*, la cual, a su vez, se encuentra en la base de la formación del Derecho,[77] y es decisiva para la configuración del *jus cogens*[78] (cf. *infra*). Dichos principios marcan presencia en los planos tanto nacional como internacional. Si, en el marco de este último, se ha insistido, en el capítulo de las "fuentes" (formales) del derecho internacional en los principios generales "reconocidos" *in foro domestico*, esto se debió a un afán de proceder con seguridad jurídica,[79] pues dichos principios se encuentran presentes en todo y cualquier sistema jurídico (cf. *supra*), a niveles nacional o internacional. En suma, en todo sistema jurídico (de derecho interno o internacional) los principios generales marcan presencia, asegurando su coherencia y revelando su dimensión axiológica. Cuando uno se aleja de los principios, se incurre en distorsiones, y violaciones graves del orden jurídico incluso positivo.

53. Hay principios generales del derecho que se figuran verdaderamente *fundamentales*, a punto de se identificaren con los propios fundamentos del sistema jurídico.[80] Dichos principios fundamentales revelan los valores y fines últimos del ordenamiento jurídico internacional, lo guían y lo protegen de las incongruencias de la práctica de los Estados, y atienden a las necesidades de la comunidad internacional.[81] Dichos principios, como expresión de la "idea de justicia", tienen un alcance universal; no emanan

---

[77] Sobre el amplio alcance de la *opinio juris* en la formación del Derecho Internacional contemporáneo, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de Suas 'Fontes' ", 29 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (2002) pp. 54-57, y cf. pp. 51-65.

[78] B. Simma, "International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis", 4 *Collected Courses of the Academy of European Law* - Florence (1993)-II, pp. 226-229.

[79] *Ibid*., p. 224.

[80] G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 192-193; F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", *in Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 57-59.

[81] M. Koskenniemi, "General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law", *in Sources of International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 360-365, 377, 381, 387, 390 y 395-398.

de la "voluntad" de los Estados, pero son dotados de un carácter objetivo que los imponen a la observancia de todos los Estados.[82] De ese modo —como lo señala lúcidamente A. Favre—, ellos aseguran la unidad del Derecho, a partir de la idea de la justicia, en beneficio de toda la humanidad.[83]

54. Es evidente que estos principios de derecho no dependen de la "voluntad", ni del "acuerdo", ni del consentimiento, de los sujetos de derecho; siendo los derechos fundamentales de la persona humana el "fundamento necesario de todo orden jurídico", que no conoce fronteras, el ser humano es titular de derechos inalienables, que independen de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.[84] En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un ejemplo de principios generales de derecho de reside en el *principio de la dignidad del ser humano*; otro reside en el de *inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano*. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana se ha referido expresamente a ambos principios (párr. 157).

55. Además, en su *jurisprudence constante*, la Corte Interamericana, al interpretar y aplicar la Convención Americana, ha asimismo recurrido siempre a los principios generales del derecho.[85] Entre estos principios, los que se

---

[82] A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens", *in Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-374, y cf. p. 369.

[83] *Ibid*., pp. 375-376, y cf. p. 379.

[84] *Ibid*., pp. 376-380, 383, 386 y 389-390.

[85] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), párr. 156; CtIADH, caso *Cantos versus Argentina* (Exc. Prel., Sentencia del 07.09.2001), párr. 37; CtIADH, caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá* (Sentencia del 02.02.2001), párr. 98; CtIADH, caso *Neira Alegría versus Perú* (Exc. Prel., Sentencia del 11.12.1991), párr. 29; CtIADH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (Sentencia del 29.07.1988), párr. 184; y cf. también CtIADH, Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), párrs. 66 y 87; CtIADH, Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), párrs. 58, 113 y 128; CtIADH, Opinión Consultiva n. 14, sobre la *Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (del 09.12.1994), párr. 35.

revisten de carácter verdaderamente fundamental, a los cuales aquí me refiero, en realidad forman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, revelando el *derecho al Derecho* de que son titulares todos los seres humanos,[86] independientemente de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia. Y no podría ser de otro modo, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden sólo a los que el derecho positivo estatal considera ciudadanos, no amparando, pues, a los migrantes indocumentados. Como proclamó con vehemencia, en un raro momento de iluminismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 1),

> Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

56. La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del Derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia.[87] El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

57. No puede haber dudas en cuanto al alcance de los referidos principios fundamentales, y, si por ventura existieran dudas, es función del jurista aclararlas y no perpetuarlas, para que el Derecho realice su función primordial de impartir justicia.[88] Es aquí que el ineluctable recurso a los principios

---

[86] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n. (21), tomo III, pp. 524-525.

[87] B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

[88] M. Chemillier-Gendreau, "Principe d'égalité et libertés fondamentales en Droit international", *in Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* (eds. E. Yakpo y T. Boumedra), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 659-669.

generales del Derecho puede ayudar a disipar cualquier duda que se pueda plantear en cuanto al alcance de los derechos individuales. Es cierto que las normas son las jurídicamente obligatorias, pero cuando ellas se apartan de los principios, su aplicación conlleva a lesiones de los derechos individuales y a graves injusticias (v.g., la discriminación *de jure*).

58. En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que conforman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del *jus cogens*, del derecho imperativo (cf. *infra*). En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el *jus cogens*) como identificado con los principios generales del derecho de orden material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión.[89] Tales principios son indispensables (el *jus necessarium*), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una "idea de justicia objetiva" (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional.[90]

VII. El principio de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

59. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su *corpus juris*, es precisamente el principio de la igualdad y la no-discriminación. Dicho principio, consagrado, como recuerda la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva (párr. 86), en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, asume especial importancia en relación con la protección de los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores migrantes indocumentados en particular. A la par del elemento constitutivo de la igualdad —esencial al propio Estado de Derecho—,[91] el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos ins-

[89] R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 98.
[90] *Ibid*., pp. 104-105 y 110-112.
[91] G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

trumentos internacionales,[92] asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados.[93] La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.

60. Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,[94] e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario.[95] Al fin y al cabo, la normativa del Derecho Internacional, "debe, por definición,

---

[92] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2 y 7; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2(1) y 26; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2-3; Convención Europea de Derechos Humanos, artículos 1(1) y 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1(1) y 24; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículos 2-3; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículos 1(1) y 7; además del *corpus juris* de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención de la OIT sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958), de la Convención de la UNESCO contra Discriminación en la Educación (1960), así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Basadas en la Religión o las Convicciones (1981).

[93] Cf., e.g., Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1(1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículo 7; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999), artículo 1(2); entre otras.

[94] A. Eide y T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n. 1), 1990, p. 4, y cf. pp. 1-44 (estudio reproducido *in* T. Opsahl, *Law and Equality - Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206). Y, para un estudio general, cf. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240.

[95] Y. Dinstein, "Discrimination and International Human Rights", 15 *Israel Yearbook on Human Rights* (1985) pp. 11 y 27.

ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional".[96] No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto, por cuanto ya se encuentra analizada en detalles en una de mis obras.[97] Me limito, pues, aquí a señalar en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general —al igual que la presente Opinión Consultiva Número 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168)—, en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.

61. Bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha efectivamente señalado el amplio alcance del artículo 26 del Pacto, que consagra el principio básico de la igualdad y no-discriminación: en su *comentario general número 18* (de 1989), el Comité sostuvo, sobre dicho principio, el entendimiento en el sentido de que el artículo 26 del Pacto consagra un "derecho autónomo", y la aplicación de aquel principio en él contenido no se limita a los derechos estipulados en el Pacto.[98] Esta postura avanzada del Comité de Derechos Humanos, sumada a la determinación por la Corte Europea de Derechos Humanos de una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso *Gaygusuz versus Austria* (1996), así como a los requisitos consagrados en la doctrina jurídica de que "distinciones" deben ser razonables y conformes con la justicia (para no incurrir en discriminaciones),

---

[96] H. Mosler, "To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?", *in International Law and the Grotian Heritage* (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, p. 184.

[97] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

[98] Párrafo 12 del *comentario general n. 18*; el Comité subrayó el carácter fundamental de dicho principio (párrs. 1 y 3); cf. texto reproducido *in*: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 1997, pp. 26-29.

han llevado a la sugerencia de la emergencia y evolución de un verdadero *derecho a la igualdad*.[99]

62. Pero a pesar de la búsqueda, por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de la identificación de bases ilegítimas de la discriminación, esto no me parece suficiente; hay que ir más allá, por cuanto difícilmente la discriminación ocurre con base en un único elemento (v.g., raza, origen nacional o social, religión, sexo, entre otros), siendo antes una mezcla compleja de varios de ellos (y incluso habiendo casos de discriminación *de jure*). Además, cuando las cláusulas de no-discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente pretenden con esto es eliminar *toda una estructura social discriminatoria*, teniendo en vista los distintos elementos componentes.[100]

63. Es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., *inter alia*, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras).[101] En realidad, las causas de las migraciones forzadas (en búsqueda de sobrevivencia, de trabajo y de mejores condiciones de vida —cf. *supra*) no son fundamentalmente distintas de las del desplazamiento poblacional, y no es mera casualidad que el principio básico de la igualdad y no-discriminación ocupe una posición central en el documento adoptado por Naciones Unidas en 1998 conteniendo los *Principios*

---

[99] Cf. A.H.E. Morawa, "The Evolving Human Right to Equality", 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001-2002) pp. 163, 168, 190 y 203.

[100] E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 129-130.

[101] D. Türk (special *rapporteur* of the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights-Final Report*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, de 03.07.1992, p. 48, y cf. p. 55; y cf. también, v.g., T. Clark y J. Niessen, "Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America; The Promise, the Practice and Some Remaining Issues", 14 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1996) pp. 245-275.

Básicos sobre Desplazamiento Interno (*Guiding Principles on Internal Displacement*).[102]

64. La idea básica de todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden los derechos que les son inherentes como seres humanos en razón del desplazamiento, y están protegidos por la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.[103] En la misma línea de razonamiento, la idea básica subyacente a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990) es en el sentido de que todos los trabajadores calificados como migrantes bajo sus disposiciones deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica; de ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la no-discriminación.[104] En suma, los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de los derechos humanos fundamentales, que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no).[105] En conclusión sobre este punto, al principio fundamental de la igualdad y no-discriminación está reservada, desde la Declaración Universal de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

VIII. EMERGENCIA, CONTENIDO Y ALCANCE DEL *JUS COGENS*

65. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha signi-

---

[102] Cf. ONU, documento E/CN.4/1998/L.98, del 14.04.1998, p. 5; cf. los principios 1(1), 4(1), 22 y 24(1). El principio 3(2), a su vez, afirma el derecho de los desplazados internos a la *asistencia humanitaria*.

[103] R. Cohen y F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

[104] Tal como enunciado en su artículo 7.

[105] A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Ciudad de Guatemala, OIM/IIDH (Cuadernos de Trabajo sobre Migración n. 5), 2001, pp. 13 y 18.

ficativamente reconocido que el referido principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, en la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, "ha ingresado en el dominio del *jus cogens*"; sobre dicho principio, que "permea todo ordenamiento jurídico" —ha agregado acertadamente la Corte—, "descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional" (párr. 101, y cf. puntos resolutivos núms. 2 y 4). La Corte, además, no se ha eximido de referirse a la evolución del concepto de *jus cogens*, transcendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional (párrs. 98-99). En respaldo a este importante pronunciamiento de la Corte me permito agregar algunas reflexiones.

66. La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *jus cogens* se incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.[106] La Convención consagró el concepto de *jus cogens*, sin con esto adoptar la tesis —defendida en el pasado por A. McNair—[107] de que un tratado podría generar un régimen de carácter objetivo *erga omnes* en derogación del

[106] Más de tres décadas antes, la expresión "*jus cogens*" fue utilizada por el Juez Schücking, en su célebre Voto Razonado en el caso *Oscar Chinn* (Reino Unido *versus* Bélgica); Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie A/B, n. 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. Un año después, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Alfred Verdross también utilizó la expresión "*jus cogens*", y se refirió al mencionado Voto Razonado del Juez Schücking; cf. A. Verdross, "Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale", 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 206 y 243.

[107] Cf. A.D. McNair, "Treaties Producing Effects 'Erga Omnes'", *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

principio clásico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt.*[108] El concepto parece haber sido reconocido por la Convención de Viena de 1969 como un todo; si ésta dejó de adoptar la noción de tratados estableciendo "regímenes jurídicos de carácter objetivo", por otro lado consagró el concepto de *jus cogens*,[109] i.e., de normas imperativas del derecho internacional general.[110] La consagración del *jus cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada.[111]

---

[108] S. Rosenne, "Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties", *Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, y O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; y cf. Ph. Cahier, "Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers", 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 589-736. - Durante los *travaux préparatoires* de la Convención efectuados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la noción de "community interest" se hizo presente: primeramente utilizada por J.-M. Yepes en 1950, la idea pasó después a aparecer en el 1er. informe de J.L. Brierly (el primer relator sobre la materia), en el 1er. informe de H. Lauterpacht (el segundo relator), ausentándose de los informes de G. Fitzmaurice (el tercer relator), para enfin resurgir en el 2º informe de H. Waldock (el cuarto y último relator sobre el tema); S. Rosenne, *op. cit. supra*, pp. 212-219.

[109] Para un histórico del concepto, remontando al antiguo derecho romano, pero resurgiendo principalmente a partir del siglo XIX, cf. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 y 97-108.

[110] El término, como tal, apareció por primera vez en el 3er. informe de G. Fitzmaurice, y volvió después a surgir en el 2º informe de H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit. supra* n. (98), pp. 104-105 y 108. - En los trabajos preparatorios - los debates de 1963 y 1966 de la VI Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se señaló la necesidad del establecimiento de criterios para la determinación de las reglas de Direito Internacional que pudieran constituir *jus cogens*. Cf. I.M. Sinclair, "Vienna Conference on the Law of Treaties", 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124-129, y cf. pp. 129-131.

[111] Cf., e.g., Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1ss.; Ch. de Visscher "Positivisme et *jus cogens*", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, "Réflexions sur le *jus cogens*", 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, "*Jus dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, "La liberté de traiter des États et le *jus cogens*", 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [*Z.f.a.o.R.u.V.*] (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law", 27 y

67. Transcurrida una década y media, el concepto de *jus cogens* volvió a ser consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986); en mi intervención en la Conferencia de Naciones Unidas que la adoptó, me permití advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del Derecho Internacional,[112] la cual se mostrara incapaz de explicar siquiera la formación de reglas del derecho internacional general y la incidencia en el proceso de formación y evolución del Derecho Internacional contemporáneo de elementos independientes del libre arbitrio de los Estados.[113] Con la consagración del *jus cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), el próximo paso consistió en determinar su incidencia más allá del derecho de los tratados.

68. De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas *imperativas* del Derecho Internacional el no se limitar éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico.[114] Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el

---

29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 y 1969) pp. 520-532 y 28-38, respectivamente; H. Mosler, "*Ius cogens* im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, "Contribution à l'étude du *jus cogens* en Droit international", *Recueil d'etudes de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, "Ius cogens im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; L. Alexidze, "Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law", *in ibid*., pp. 227-268; y otras fuentes citadas en las notas (109), (115), (123), (124), (125) y (131).

112 Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, tomo I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervención de A.A. Cançado Trindade).

113 A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Ginebra (1981) pp. 201-240.

114 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*..., *op. cit. supra* n. (97), tomo II, pp. 415-416.

derecho internacional general.[115] Además, el *jus cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.

69. La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales *inderogables*. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la *terra nova* del *jus cogens* internacional.[116] En el caso *A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160).[117] Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos (párr. 153). Tal prohibición absoluta de la tortura —agregó el Tribunal—, impone a los Estados obligaciones *erga omnes* (párr. 151); la naturaleza de *jus cogens* de esta prohibición la torna "uno de los estándares más fundamentales de la comunidad interna-

---

[115] Para la extensión del *jus cogens* a todos los actos jurídicos posibles, cf., v.g., E. Suy, "The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law", *in Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Grecia, 03-08.04.1966), Genève, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

[116] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (97), tomo II, p. 415.

[117] Agregó el Tribunal que dicha prohibición era tan absoluta que incidía no solamente sobre violaciones actuales sino también potenciales (sobre todo a partir de la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido*, 1989), impidiendo así la expulsión, el retorno o la extradición de una persona a otro Estado en que pueda incurrir en el riesgo de ser sometida a tortura; *ibid*., párrs. 144 y 148. - Al respecto, sobre la práctica bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, cf. F. Pocar, "Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione", *in Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione - Atti del Convegno di Ferrara (1999) per Salutare G. Battaglini* (ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 2003, pp. 89-90.

cional", incorporando "un valor absoluto del cual nadie debe desviarse" (párr. 154).

70. El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. Entre los pasajes de dichos Artículos y sus comentarios que se refieren expresamente al *jus cogens*, hay uno en que se afirma que "various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties".[118] En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios *fundamentos* de un derecho internacional verdaderamente universal.

71. A la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva*[119] (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio,[120] de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas —prácticas éstas que representan crímenes de lesa-

---

[118] J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, y cf. pp. 246 y 127-128.

[119] En su Opinión Consultiva del 21.06.1971 sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió efectivamente a una situación que caracterizó como "ilegal *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1971) p. 56, párr. 126.

[120] En su Sentencia del 11 de julio de 1996, en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los derechos y obligaciones consagrados en aquella Convención eran "derechos y deberes *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1996) p. 616, párr. 31.

humanidad—, condenadas por la conciencia jurídica universal,[121] a la par de la aplicación de tratados. Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella Convención eran reconocidamente "obligatorios para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional".[122]

72. Así como, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, se reconoció el principio básico del *non-refoulement* como siendo del *jus cogens*,[123] en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoció igualmente el carácter de *jus cogens* del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación (cf. *supra*). La ilegalidad objetiva no se limita a los actos y prácticas anteriormente mencionados. Como el *jus cogens* no es una categoría cerrada (*supra*), entiendo que nadie tampoco osaría negar que el trabajo esclavo, y la denegación persistente de las más elementares garantías del debido proceso legal igualmente afrentan la conciencia jurídica universal, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *jus cogens*. Esto es particularmente significativo para la salvaguardia de los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección (cf. *infra*). Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos.

73. Las manifestaciones del *jus cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de Derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *jus dispositivum*, y no pueden ser considerados

---

[121] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25, y cf. párrs. 23-24.

[122] CIJ, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

[123] Cf. J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558.

como simplemente "negociables";[124] todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían.[125]

IX. Emergencia y alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección: sus dimensiones horizontal y vertical

74. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, "acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares" (párr. 110, y cf. punto resolutivo número 5).[126] También sobre este particular me permito presentar algunas reflexiones, en respaldo a lo determinado por la Corte Interamericana. Es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del *jus cogens* efectivamente acarrean obligaciones *erga omnes*.

75. En conocido *obiter dictum* en su sentencia en el caso de la *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), la Corte Internacional de Justicia precisó

---

[124] J.A. Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el 'Jus Cogens' Internacional", *in Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 581-590. - Sobre la posibilidad de la incidencia del *jus cogens* en la propia elaboración de proyectos de instrumentos internacionales, cf. discusión *in* G.M. Danilenko, "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making", 2 *European Journal of International Law* (1991) pp. 48-49 y 59-65.

[125] A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 20-21, 222-223 y 226, y cf. p. 140; y cf. también R.St.J. Macdonald, "Fundamental Norms in Contemporary International Law", 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 y 148.

[126] Y cf. también párr. 146.

que hay ciertas obligaciones internacionales *erga omnes*, obligaciones de un Estado *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo, que son del interés de todos los Estados; "tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la prohibición de actos de agresión, y de genocidio, y también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección *ingresaron en el corpus del Derecho Internacional general* [...]; otros son atribuidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi-universal".[127] Las prohibiciones citadas en este *obiter dictum* no son exhaustivas: a ellas se agregan nuevas prohibiciones, como las citadas en los párrafos 71-72 del presente Voto Concurrente, precisamente por no ser el *jus cogens* una categoría cerrada (*supra*).

76. En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*) y de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo). El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga o'mnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

77. A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde *dos dimensiones, una horizontal y otra vertical*, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal,

---

[127] CIJ, Sentencia del 05 de febrero de 1970, *ICJ Reports* (1970) p. 32, párrs. 33-34 (énfasis acrecentado). - La misma Corte tuvo una oportunidad única de desarrollar estas consideraciones años después, en el caso del *Timor Oriental*, pero la desperdició: en la Sentencia del 30.06.1995, en que reafirmó la existencia de las obligaciones *erga omnes* (en relación con el derecho de autodeterminación de los pueblos), sin embargo relacionó dichas obligaciones con algo que es su antítesis, el consentimiento de un Estado tercero (Indonesia); desde una perspectiva bilateralista y voluntarista, dejó así, desafortunadamente, de extraer las consecuencias de la existencia de dichas obligaciones *erga omnes*; cf. CIJ, caso del *Timor Oriental* (Portugal *versus* Australia), *ICJ Reports* (1995) pp. 90-106.

son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo.[128] En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones interindividuales).

78. Para la conformación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares.[129]

79. A su vez, las obligaciones *erga omnes partes*, en su dimensión horizontal, encuentran expresión también en el artículo 45 de la Convención Americana, que prevé la vía (todavía no utilizada en la práctica en el sistema interamericano de derechos humanos), de reclamaciones o peticiones interestatales. Esta vía —como lo señalé en mi Voto Concurrente (párr. 3) en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisionales de Protección del 18.06.2002)—, constituye no sólo un mecanismo *par excellence* de acción de garantía colectiva, sino también un verdadero embrión de *actio*

---

[128] CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 26, y cf. párrs. 27-30.

[129] Cf., al respecto, en general, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), *in*: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

popularis en el Derecho Internacional, en el marco de la Convención Americana. De todos modos, estas dimensiones tanto horizontal como vertical revelan el amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección.

80. La consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana representa, en realidad, la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio Derecho Internacional buscó gradualmente liberarse o consagrar el concepto de *jus cogens*.[130] Por definición, todas las normas del *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*.

81. Hay que dar seguimiento a los esfuerzos de mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano,[131] movido sobre todo por la *opinio juris* como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.[132] Mediante este desarrollo conceptual se avanzará en la supe-

---

[130] Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

[131] Sobre la relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, cf.: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 135, 201-202 y 213; Y. Dinstein, "The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239; J. Juste Ruiz, "Las Obligaciones `*Erga Omnes*' en Derecho Internacional Público", *in Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 228.

[132] CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Serie C, n. 36, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 28; CtIADH, caso *Blake versus*

ración de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de una verdadera *ordre public* internacional basada en el respeto y observancia de los derechos humanos. Dicho desarrollo contribuirá, así, a una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana.

82. Como me permití señalar en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Excepciones Preliminares, 2000, párrs. 13-14) y en mis Votos Concurrentes en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisionales de Protección, 18.06.2002, párrs. 2-9) y en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (Medidas Provisionales de Protección, 06.03.2003, párrs. 4-6), en un plano más circunscrito, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene mecanismos para aplicación de las obligaciones convencionales de protección *erga omnes partes*. Esto se reviste de particular relevancia en los planos tanto conceptual como operativo. La obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, tiene un carácter *erga omnes*.[133]

83. A mi juicio, no hay que minimizar las obligaciones *erga omnes partes*, tampoco en el plano conceptual, por cuanto, mediante el ejercicio de la garantía colectiva, tales obligaciones pueden servir de guía, o mostrar el camino, para la consagración, en el futuro, de las obligaciones *erga omnes lato sensu*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Y, en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes partes* bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (v.g., en las relaciones laborales).

Guatemala (Reparaciones), Sentencia del 22.01.1999, Serie C, n. 48, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 40.

[133] Cf., en este sentido, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), *in*: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

84. Con esto se puede asegurar prontamente un mínimo de protección convencional, por ejemplo, a los trabajadores migrantes indocumentados, en sus relaciones no sólo con el poder público sino también con otros individuos, en particular sus empleadores. Se puede, así, sostener que los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes*. En última instancia, el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa, y para poner fin a la misma. El Estado tiene el deber de asegurar la prevalencia del principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, que, como lo establece con acierto la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, es un principio del *jus cogens* (párr. 101, y punto resolutivo número 4). El haber aclarado este punto básico constituye una valiosa contribución de la presente Opinión Consultiva Número 18 de la Corte.

85. El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana *erga omnes*, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (v.g., los empleadores), en las relaciones inter-individuales. El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por ser éste un principio de derecho internacional general, y del *jus cogens*, que transciende así el dominio del derecho de los tratados.

X. EPÍLOGO

86. El hecho de que los conceptos tanto del *jus cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integran el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección,

buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos. Sólo así rescataremos la visión universalista de los fundadores del *derecho de gentes*, y nos aproximaremos de la plenitud de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y, de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del presente dominio de protección de la persona humana, así como, en última instancia, del propio Derecho Internacional como un todo.

87. No es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su "voluntad", inclusive en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cual es el Derecho. En la presente Opinión Consultiva Número 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, con firmeza y claridad, cual es el Derecho. Este último no emana de la insondable "voluntad" de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no exenta de ambigüedades y contradicciones), sino más bien de la *opinio juris communis* de todos los sujetos del Derecho Internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia.

88. El hecho de que, a pesar de todos los sufrimientos de las generaciones pasadas, persistan en nuestros días nuevas formas de explotación del hombre por el hombre —tales como la explotación de la fuerza laboral de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo, en medio del aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales, del desarraigo y la disgregación familiar—, no significa que "falta reglamentación" o que el Derecho no exista; significa, más bien, que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales están los migrantes indocumentados en todo el mundo. Al erigirse contra estas violaciones generalizadas de los derechos de los migrantes indocumentados, que afrentan la conciencia jurídica de la humanidad, la

presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria *humanización* del Derecho Internacional.

89. Al hacerlo, la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y unidad del género humano, que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso histórico de formación del derecho de gentes. Al rescatar, en la presente Opinión Consultiva, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional, la Corte Interamericana contribuye para la construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales se encuentra el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* e instrumentado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

VOTO RAZONADO CONCURRENTE DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ A LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, SOBRE "CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS" DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003 EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. La Corte Interamericana emite la *Opinión Consultiva OC-18/03*, el 17 de septiembre del 2003, bajo el epígrafe "*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*". De esta manera abarca un amplio panorama: la situación de los migrantes indocumentados en general, es decir, de las personas que dejan un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él, pero no cuentan con la autorización para ello del Estado en el que pretenden residir, caracterización que se desprende del "Glosario" que figura en el Capítulo V de esta *Opinión Consultiva* (párr. 69). En esa situación se hallan muchas personas, independientemente del propósito que anime su traslado, de las condiciones en que se encuentren y de la actividad que desarrollen o quieran desarrollar.

2. Una categoría específica dentro de aquel género es la que corresponde a los *trabajadores* migrantes indocumentados, esto es, a las personas que no disponen de autorización para ingresar y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, conforme a las leyes de ese Estado y a los acuerdos internacionales en los que éste sea parte, y que, sin embargo, realizan esa actividad, como ha entendido la Convención internacional sobre la protección de todos los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, y se reconoce en el "Glosario" citado en el párrafo anterior. Sobre estos últimos, trabajadores de la ciudad y del campo, versa principalmente —aunque no exclusivamente— la solicitud planteada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se requiere examinar los derechos que asisten a los millones de seres humanos, mujeres y hombres, que se han desplazado o

se desplazan en el mundo entero —y dentro de ese mundo, en los países americanos—, movidos por diversos factores e impulsados por una misma expectativa: ganarse la vida, como se suele decir, más allá del país en el que nacieron.

3. Por sí misma, esta cuestión reviste la mayor importancia y ha merecido, en consecuencia, referencias destacadas en la solicitud de opinión y en las expresiones de los Estados y los particulares que intervinieron —éstos como *amici curiae*— en el proceso de la consulta. Esta materia destaca igualmente en las respuestas de la Corte Interamericana, que también podrían agruparse bajo otro epígrafe especifico que destaque el universo que preocupa al solicitante y a los participantes y ocupa al tribunal interamericano: "*Condición jurídica y derechos de los* ***trabajadores*** *migrantes indocumentados*".

4. El tema al que se refiere esta *Opinión Consultiva* reviste importancia fundamental en nuestro tiempo. La creciente relación entre los pueblos, el proceso de mundialización que se proyecta sobre diversos ámbitos y las heterogéneas condiciones de las economías nacionales, regionales y global, han determinado la aparición y el crecimiento de corrientes migratorias que poseen características particulares y demandan soluciones racionales. En una resolución sobre "*Migración internacional y desarrollo*" (A/RES/54/212, de 1 de febrero de 2000) —que se menciona en la *OC-18*—, la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que "entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de amplios segmentos de la población de la economía mundial, ha contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional".

5. En una publicación reciente se recuerda que "la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar nuevas oportunidades o escapar de la pobrezas", sin ignorar otros motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. Al "final del siglo XX había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el 3 por ciento de la pobla-

ción mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente un 60 por ciento de los migrantes internacionales, o sea unos 40 millones, están en países desarrollados" (Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana*, Nueva York, 2003, p. 45).

6. Las nuevas corrientes migratorias, que constituyen el punto de referencia para la *Opinión Consultiva OC-18/2003*, reflejan las condiciones de la economía en los países de origen y destino de los migrantes. En éstos operan factores de atracción que reclaman el aporte de la mano de obra de esos trabajadores, que concurren a la creación de riqueza y contribuyen de manera muy significativa —como han reconocido los analistas de estos procesos— al bienestar y desarrollo de los países receptores. Un análisis de esta materia por la OIT —que se invoca en la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)— menciona, con respecto a un universo de 152 países, que entre 1970 y 1990 el número de los clasificados como grandes receptores de inmigrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el de los considerados grandes emisores bajo el mismo concepto se elevó de 29 a 55. Las condiciones en que se producen algunos de estos procesos y los resultados que tienen implican, de hecho, una especie de subsidio a las economías más desarrolladas, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes que prestan sus servicios en aquéllas y para las familiares que residen en los lugares de procedencia.

7. Estos procesos no pueden —o mejor: no deben— sustraerse a la observancia escrupulosa de los derechos humanos de los migrantes. Ésta es la tesis central sostenida en la *Opinión Consultiva OC-18/2003* y proyectada en las diversas áreas de interés que ésta abarca, una tesis que corresponde al criterio rector del Derecho nacional e internacional contemporáneo, en sus mejores expresiones, a la doctrina y la práctica del Estado de Derecho en una sociedad democrática y a los principios que gobiernan el Derecho internacional de los derechos humanos y la aplicación de sus normas por parte de los Estados integrantes de la comunidad jurídica y las correspondientes jurisdicciones internacionales.

8. Evidentemente, no es posible reducir un fenómeno de esta naturaleza a una cuestión de policía fronteriza, ni abarcarlo desde la simple perspectiva de

la legalidad o ilegalidad, regularidad o irregularidad, de la estancia de extranjeros en determinado territorio. Esta óptica no permite entender y normar en forma racional y constructiva la oferta de trabajo lícito y creativo y la demanda que mantiene en operación los procesos económicos, con beneficio para quienes prestan sus servicios y para quienes los contratan. El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas.

9. Quienes forman parte de esas corrientes migratorias se hallan sujetos, con gran frecuencia, a condiciones de grave desvalimiento, derivadas de su extrañeza social, económica y cultural con respecto al país en el que trabajan, y de la carencia de instrumentos para preservar sus derechos. En estas circunstancias constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas en sus relaciones laborales con respecto a los empleadores que utilizan sus servicios y a las autoridades del país en el que se encuentran. Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural. Su vertiente cultural, de carácter endógeno, se asocia —como sostiene el escrito de *amicus curiae* presentado por un académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México— a "condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes".

10. Son bien conocidos los abundantes casos de agresión de migrantes indocumentados por parte de servidores públicos, que incumplen o desvían el ejercicio de sus atribuciones, y por la mano de particulares, que aprovechan la situación de desventaja en la que se encuentran los migrantes indocumentados para someterlos a maltrato o hacerlos víctimas de delitos. Entre éstos figuran hechos de sangre y atropellos de diversas características, que regularmente quedan impunes o son sancionados con medidas leves que no guardan proporción alguna con la gravedad de los ilícitos

cometidos. En una resolución sobre "*Protección de los migrantes*" (A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000) —mencionada en la *Opinión Consultiva*—, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su preocupación por "las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo".

11. La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando aquéllos carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país, y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores "indocumentados", "en situación irregular" o, peor todavía, "ilegales". Lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una "etiqueta" que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos. Ese sector queda bajo un rótulo expresivo: es una "categoría sospechosa", como indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el escrito de otro *amicus curiae* se alude a "categoría sospechada"—, concepto elaborado a partir de la jurisprudencia europea y del derecho comparado. Se trata, en fin, de "personas bajo sospecha", con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite.

12. No mencionaré aquí con detalle —pero es preciso tener en cuenta— las características del trato que se suele dar a los trabajadores indocumentados. En éste figuran abusos y atropellos de diversa naturaleza en los centros de trabajo, pero también fuera de ellos, a través de las condiciones de inseguridad que los agobian, el trato reciben y otros aspectos, muy diversos, de su vida personal y familiar, incluso los más íntimos y delicados. Los relatos puntuales de esta situación, hechos por observadores de diversos países a propósito del estado de cosas que prevalece en distintos Continentes, ilustran ampliamente sobre esta materia.

13. Ésta es la situación en la que viven, trabajan y padecen millones de personas en muchos países del mundo, entre ellos algunos que han figurado, históricamente, en la línea avanzada de los derechos humanos y la demo-

cracia. Así, cuando se alude al problema de los trabajadores migrantes indocumentados, tema central de la *OC-18/2003*, se hace referencia a un gran número de seres humanos localizados en diversos países, como se advierte a través de las aportaciones estadísticas de quienes acudieron, como representantes de Estados o *amici curiae*, al proceso de reflexión que condujo a esta *Opinión Consultiva*.

14. La *OC-18/2003* se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Esto corresponde, por lo demás, a la idea radical de los derechos fundamentales en los términos expresados por las declaraciones nacionales a partir del siglo XVIII y los instrumentos internacionales más destacados en el siglo XX. Ese reconocimiento, que se funda en la dignidad humana y trasciende todas las fronteras políticas, constituye el dato moral, jurídico y político más relevante en la etapa actual del orden jurídico. Las violaciones cometidas en aquella centuria y en la que ahora se inicia no reducen el estatuto contemporáneo del ser humano, producto de una larga y azarosa evolución, ni suprimen la exigibilidad de los derechos humanos frente a todos los Estados. Por el contrario, refuerzan una preocupación compartida por innumerables personas y ponen de manifiesto la necesidad de sostener la batalla por asegurar a todos el más amplio goce y ejercicio de aquellos derechos. No sobra decir que ésta es la filosofía que anima a las grandes organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en los términos de sus cartas constitutivas, y compromete, por lo tanto, a los Estados que forman parte de ellas y han aceptado su ideario y los compromisos que éste representa.

15. En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Ésta trae consigo, primero implícitamente, luego en forma explícita que ya puebla numerosos documentos —como se indica en la presente *Opinión Consultiva*— el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos. Aquella convicción profunda constituye la fuente de las luchas históricas del ser humano contra diversas formas de opresión —luchas que han culminado en la consagra-

ción de sucesivos conjuntos de derechos fundamentales— y son el cimiento sobre el que se construye el orden jurídico moderno.

16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *jus cogens*, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones *erga omnes*.

17. Esa idea, que se afirma en la *OC-18/2003*, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que "habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, deben ser consideradas como normas de *jus cogens*, y en ese sentido se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de (las) normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados". En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica.

18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan —para formar, por ejemplo, una relación de trabajo— el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye —o conoce perfectamente— que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su

contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.

19. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección —y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la *Opinión Consultiva OC-16/99*, el concepto de debido proceso— que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo —dice el tratadista español—, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.

20. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como "santuarios de infracciones": se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es —bajo el mismo título de reproche— proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un

trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su *status* migratorio.

21. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado —y hoy mismo se observa— en múltiples casos, por los más diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros.

22. La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue, es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y deberes *erga omnes*, como se dijo. En algunos casos hay avances estimables, aunque todavía insuficientes —así, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que no alcanza, empero, a dominar la realidad y convertirse en unánime experiencia—, y queda mucho por recorrer en otros, como sucede en el ámbito de las relaciones laborales, cuando en él concurren trabajadores nacionales y extranjeros.

23. La *OC-18/2003* desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara

el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas —citado en el escrito de *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— ha puntualizado que "(t)todas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica". Añade: "(u)n principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del inmigrante en situación irregular. Tampoco suprime la obligación de un Estado Miembro (en un instrumento internacional) de protegerlos". Sin embargo, no siempre se reconoce esto. Sucede, en cambio, como se dijo en la intervención de *amicus curiae* del representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que cuando se cataloga a unas personas como migrantes, "lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos".

24. La presente *Opinión Consultiva* no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Desde luego, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.

25. En función de lo anterior, no sería admisible, por ejemplo, que se privara al indocumentado, por el hecho de serlo, de las libertades de pensamien-

to y opinión. Tampoco lo es sancionar el incumplimiento de disposiciones migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en éstos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, completamente ajenos a la infracción migratoria. Proceder de otra manera significaría, como sucede en efecto, desposeer a una persona, aduciendo faltas administrativas, del producto de un trabajo ya realizado: una expropiación, *lato sensu*, de aquello que obtuvo el operario con su trabajo, mediante acuerdo de voluntades con un tercero, y que ya produjo cierto beneficio a éste, que se transformaría en lucro indebido si se excluye la contraprestación —en sus diversas expresiones— por el trabajo realizado.

26. Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en lo que corresponde a estos extremos del *jus cogens*, aquéllos deben desarrollar, como se sostiene en la *OC-18/2003*, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza —es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado— la efectiva vigencia —no sólo la consagración nominal— de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de *jus cogens* en esta materia, que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales.

27. La *OC-18/2003* examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Éstos pertenecen a la categoría de los derechos denominados “económicos, sociales y culturales”, que algunos tratadistas califican como derechos de “segunda generación”. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de éstos, tomando en cuenta

su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados "civiles y políticos". Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificiosamente si quedara excluida alguna de ellas.

28. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos.

29. Los derechos humanos de los trabajadores, esto es, los derechos fundamentales de carácter laboral, derivan de dos fuentes, que operan en forma concertada: a) primero, la condición humana del titular, que excluye, como ya se dijo, desigualdades inadmisibles y discriminaciones; y b) segundo, la relación de trabajo que se establece entre el titular de esos derechos y la persona jurídica, individual o colectiva, a la que prestará, presta o ha prestado sus servicios, relación que surge del hecho mismo de prestar, disponerse a prestar o haber prestado un servicio, independientemente de que aquélla se encuentre formalizada a través de un contrato, que no existe en un gran número de casos —la mayoría, probablemente—, aunque sí exista —y esto es lo que verdaderamente importa— el hecho determinante de la relación laboral, que es al mismo tiempo fuente de derechos y obligaciones.

30. Hay que acentuar esas consideraciones en lo que respecta a todos los individuos que realizan actividades a cambio de cierta remuneración, pero principalmente —por tratarse de la materia que se analiza en la *OC-18/2003*— en la hipótesis de quienes tienen la calidad de trabajadores conforme a la caracterización que sobre esta categoría suele proporcionar el Derecho del trabajo: prestadores de servicios en forma dependiente y subordinada, que integran el más amplio contingente del grupo vulnerable a causa de su condición migratoria, principalmente cuando se trata de migrantes indocumentados.

31. En diversos instrumentos internacionales —además de los textos nacionales más avanzados— se formulan listas o relaciones de derechos laborales que deben ser reconocidos y garantizados. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (86a., Reunión, Ginebra, 1998).

32. Éstos y otros instrumentos concurren a establecer los estándares internacionales en materia de derechos laborales, invocados en esta *Opinión Consultiva* y aplicables al derecho y a las prácticas que, conforme a éste, se presenten en los Estados. Tales estándares son el producto de una constante y acreditada evolución, expresan la opinión compartida por los miembros de la comunidad jurídica internacional y poseen, por lo tanto, el doble valor que le asignan esta circunstancia y la naturaleza propia de los instrumentos en los que aquéllos se inscriben.

33. Hay ciertos derechos, mencionados en la parte considerativa de la *OC-18/2003*, que poseen especial importancia en cuanto son los más generalmente recogidos en las normas nacionales e internacionales, a menudo constituyen condiciones o factores de otros derechos laborales y por sus propias características determinan el marco general para la prestación del trabajo y la protección y el bienestar de quienes lo realizan. En la correspondien-

te relación —que no es exhaustiva— figuran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de discriminaciones en la prestación laboral, la abolición del trabajo infantil, la protección de las mujeres trabajadoras y los derechos correspondientes al salario, la jornada laboral, el descanso y las vacaciones, la higiene y seguridad en el trabajo, la asociación sindical, la negociación colectiva.

34. En el "*Programa de Acción*" emitido por la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación social, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (Durban, 2001) se instó a los Estados a asegurar la plena igualdad de los migrantes ante la ley, "incluida la legislación laboral", y a que "eliminen los obstáculos, según proceda, a: la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales; el acceso a los tribunales judiciales y administrativas para platear quejas; el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia, y el trabajo en condiciones seguras y saludables" (*Programa*, párr. 28). También se les instó a adoptar "todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los sueldos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural" (*Programa*, párr. 30, g).

35. La mención de estos derechos en la *Opinión Consultiva OC-18* no sirve al propósito de establecer cierta organización jerárquica de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un conjunto que pudiera constituir el "núcleo duro" y otro que pudiera poseer otro carácter, de alguna manera secundario o prescindible. Sólo se trata de poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación.

36. La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.

37. A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza —entre ellas, obviamente, las laborales— y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

38. El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la *OC-18/2003*, entraña, por una parte, la mayor igualdad —equilibrio, "igualdad de armas"— entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue —en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo— cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los

elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.

39. Estas precisiones por parte de la *OC-18/2003* tienen especial relevancia. Efectivamente, los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares, que lamentablemente no son ajenas a la más frecuente experiencia de los migrantes indocumentados. De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial —acceso a la justicia— culmina en la privación de múltiples derechos. Conviene puntualizar que incluso en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias —así, la deportación o la expulsión—, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral.

40. La *Opinión Consultiva* a la que concurro con este *Voto razonado* aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas —que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas— conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos. Entre esas políticas figuran las relativas a los procesos poblacionales, que incluyen las cuestiones migratorias, además de las concernientes al manejo de la economía, el empleo de la mano de obra, el fomento de ciertas actividades productivas, la protección de sectores específicos de la agricultura, la industria, el comercio y los servicios, etcétera.

41. Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna, generados por los grandes movimientos insurgentes y revolucionarios de Estados Unidos y Francia en el último tercio del siglo XVIII. Si éste es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.

42. Sobre estas bases, la *Opinión Consultiva OC-18/2003* remite a varios acuerdos —que se sustentan, hay que creerlo, en convicciones profundas— de la comunidad internacional a propósito de las políticas migratorias, tema de la consulta planteada por los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido figuran la "*Declaración*" y el "*Programa de Acción*" emanados de la Conferencia de Durban, y la *Resolución* sobre estos mismos temas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados por la Corte Interamericana en la presente *Opinión Consultiva*. En el documento citado en primer término se puntualizó el derecho de los Estados a adoptar sus propias políticas de migración, e igualmente se afirmó "que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de derechos humanos" (*Declaración*, párr. 47).

43. Sería ilusorio creer que la opinión de un órgano jurisdiccional —apoyado, sin embargo, en las convicciones y las decisiones de Estados que representan, en este Continente, a centenares de millones de personas— y las co-

rrientes de progreso con justicia que animan a muchos hombres y mujeres de buena voluntad podrían invertir, en el corto plazo, tendencias antiguas que tienen su raíz en hondos prejuicios y cuantiosos intereses. Sin embargo, estas fuerzas, concertadas, pueden hacer su parte en el esfuerzo humano por mover montañas. Recorrerlo y culminarlo exige adoptar —como se dijo en Durban— estrategias, políticas, programas y medidas que competen a la "responsabilidad de todos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil a nivel nacional, regional e internacional" (*Declaración*, párr. 122). En esta empresa, la *OC-18/2003* cumple su propia misión. Lo hace, como corresponde a este tribunal, desde la perspectiva que le compete: jurídica, a partir de los principios germinales y radicales del sistema internacional de los derechos humanos.

Sergio García Ramírez
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

VOTO CONCURRENTE
DEL JUEZ HERNÁN
SALGADO PESANTES

La presente Opinión Consultiva, solicitada por el Estado de México y enriquecida con los criterios de otros Estados y con el aporte intelectual de las organizaciones no gubernamentales, permitió realizar numerosas reflexiones, de las cuales quiero retomar algunas como apoyo a los criterios expuestos.

1. Dentro de la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos la igualdad y la no discriminación son derechos sobre los cuales, a manera de plataforma, se construyen otros, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyos contenidos no pueden prescindir de aquéllos. Cosa similar sucede con la libertad.

2. Inseparable de la igualdad, está la no discriminación que determina el alcance de la primera. Al momento actual de la evolución de los derechos humanos, pienso que la igualdad y la no discriminación son dos derechos de contenido autónomo que tienen vida propia dentro de ese marco de interrelación indivisible.

3. Es sabido que la igualdad reconociendo la diversidad de los seres humanos acepta y propicia determinadas distinciones siempre que tiendan a fortalecer, no a impedir, el goce y el ejercicio de todos los derechos, incluida la misma igualdad. Estas distinciones, en consecuencia, no afectan el derecho a no ser discriminado. Tampoco restringen el concepto de igualdad.

4. En el marco de la presente Opinión, esta Corte ha diferenciado el término distinción de la discriminación (párrafo 84) y ha señalado sus elementos caracterizadores, sobre los cuales quiero insistir.

5. El concepto de distinción se refiere al trato diferente del que se aplica de modo general, es decir, se singulariza una situación concreta con fundamento en determinadas razones. Para que la distinción no se convierta en discriminación debe cumplir con las siguientes exigencias, establecidas por la doctrina y la jurisprudencia de los derechos humanos.

6. Que persiga un fin legítimo y que tengan carácter objetivo, en el sentido de que haya una diferencia sustancial y no meramente formal, pues como señaló esta Corte la distinción de trato debe estar fundada en "*supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma*".[1]

7. Además, esa diferencia debe ser relevante, poseer una importancia suficiente para justificar un trato distinto, y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil. Por ejemplo, no basta la diferencia varón-mujer para imponer un trato distinto en el trabajo, pero sí lo es el hecho del embarazo y de la maternidad.

8. Debe haber proporcionalidad entre la diferencia fáctica y la jurídica, entre los medios escogidos y los fines; la desproporción entre el contenido del trato diferente y la finalidad propuesta lleva a la discriminación. Por ejemplo, para mantener una política laboral se dispone que al trabajador indocumentado se le despoje de sus derechos fundamentales.

9. Junto a la proporcionalidad suele señalarse la idoneidad o adecuación, referida a las consecuencias jurídicas que se quieren alcanzar con el trato

[1] Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 57.

diferenciado y tomando en cuenta las condiciones concretas y actuales en que se va a aplicar la distinción.

10. Pero hay un común denominador frente a los anteriores, que afina el contenido y alcance de los otros elementos, y es la razonabilidad. El empleo de estos elementos permite detectar la presencia de la discriminación en una "categoría sospechosa", dada en el presente caso, por los migrantes trabajadores indocumentados.

11. Los migrantes trabajadores indocumentados tienen —como todo ser humano— los derechos de igualdad ante la ley y de no ser discriminados.

12. La igualdad ante la ley significa que deben ser tratados de la misma manera que los migrantes documentados y que los nacionales, ante la ley del país receptor. La prohibición de trabajar tiene que ser considerada en este contexto. La condición de trabajador indocumentado no puede convertirse jamás en fundamento para que no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades.

13. Tales situaciones demuestran fehacientemente la existencia de una serie de tratamientos discriminatorios que buscan fundarse en la distinción documentados e indocumentados.

14. Como se expresa en la Opinión Consultiva, esta diferencia de trato no tiene justificación, no es necesaria ni proporcional, sus efectos no son razonables; contradice el fin mayor del Estado de respetar y garantizar los derechos de toda persona que, por razones laborales con documentos o sin ellos, se encuentre bajo su jurisdicción.

15. Hay que tener presente que las graves violaciones de derechos, como sucede con los trabajadores migrantes indocumentados, terminan afectando seriamente el derecho a la vida. En este sentido, la Corte Interamericana manifestó que la vida comprende, "*no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho*

a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna".[2]

16. Vale destacar que la obligación de respetar y garantizar la igualdad y la no discriminación (tanto como los demás derechos) que consagra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —con sus tratados y jurisprudencia— es también una obligación irrenunciable en el orden interno de los Estados constitucionales y democráticos.

17. En mi criterio, un punto de particular importancia en esta Opinión Consultiva es la de establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros, en una concepción horizontal. Estos aspectos, como se sabe, han sido ampliamente desarrollados por la doctrina alemana (*Drittwirkung*) y recogidos por el constitucionalismo de nuestra época.

18. La obligación de respetar los derechos humanos no es sólo del Estado, es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos.

19. Los destinatarios de los derechos humanos —además del Estado (ámbito público)— son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares. Para los fines de esta Opinión, nos limitamos básicamente al mundo del trabajo donde se ha establecido que se violan los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

20. Los derechos laborales, en su conjunto, adquieren una real dimensión en las relaciones entre particulares, por tanto es frente a terceros que deben tener una eficacia vinculante. Con esta finalidad, todo Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas para impedir estas violaciones, los instrumentos procesales deben ser efectivos y ágiles.

---

[2] Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros).* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

21. En el plano de la responsabilidad internacional, toda violación de derechos que realicen los particulares serán imputables al Estado en el caso de no haber tomado medidas eficaces para prevenir tal violación o por tolerarla o por permitir la impunidad para sus autores.

22. Lo dicho significa que los instrumentos internacionales de derechos humanos también producen efectos vinculantes frente a terceros. Y, la responsabilidad de los particulares incide en la del Estado y lo comprometen.

He participado en esta Opinión Consultiva, al igual que mis colegas, consciente de la importancia que ésta tiene para todos los países de nuestro Continente.

Hernán Salgado Pesantes
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ ALIRIO ABREU BURELLI

Al unir mi voto al de los demás jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la emisión de la presente Opinión Consultiva, me permito hacer, separadamente, las siguientes consideraciones:

I

La Corte, en esta oportunidad, ha precisado el alcance de las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad, al establecer que el principio de igualdad y no discriminación, que es fundamental para la salvaguardia de esos derechos, pertenece al *ius cogens*.[1]

Esta precisión conduce a la Corte a declarar, igualmente, que los Estados, sean o no partes de un determinado tratado internacional, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación y que esa obligación tiene efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente

[1] Afirmar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al dominio del *ius cogens*, tiene, según la Corte Europea de Derechos Humanos varios efectos jurídicos: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *ius cogens*; en caso de conflicto, tendría primacía la norma de *ius cogens* frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que contradiga la norma imperativa. (Tomado de los argumentos de las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.)

a terceros y particulares. Deben, por tanto, los Estados, respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sea cual fuere su estatus migratorio, y, al mismo tiempo, deben impedir que empleadores privados violen los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o que la relación laboral vulnere los estándares mínimos internacionales. Para que sea efectiva la tutela de los derechos laborales de los migrantes indocumentados es necesario que se garantice a éstos el acceso a la justicia y el debido proceso legal.[2]

La observancia por el Estado del principio de la igualdad y no discriminación y el derecho a un debido proceso legal, no puede estar subordinada a objetivos de sus políticas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Al dar mi voto a favor de la adopción de esta Opinión, estoy consciente de su especial trascendencia, al procurar dar respuestas jurídicas, en el orden internacional, al grave problema de la violación de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. No obstante su naturaleza no contenciosa, las Opiniones Consultivas, en general, por su fuerza moral, y por el principio de buena fe en que se fundamentan los tratados internacionales que las autorizan, tienen efectos innegables tanto en la actividad legislativa y administrativa de los Estados, como en la interpretación y aplicación, por los jueces, de las leyes y de los tratados sobre derechos humanos.

---

[2] En la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que "para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional".

II

En esta Opinión la Corte se ha pronunciado sobre los derechos que deben ser reconocidos y aplicados por los Estados a los trabajadores que, por distintas circunstancias, emigran de sus países en procura de bienestar económico, y que al no tener estatus migratorio legal, pueden ser víctimas de violaciones de sus derechos, entre otros, de sus derechos laborales, de sus derechos a la integridad, a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, el Estado solicitante de la Opinión de la Corte, se refiere al hecho concreto de que, casi seis millones de trabajadores mexicanos existen fuera del territorio nacional, de los cuales alrededor de dos millones y medio, son trabajadores migrantes indocumentados. Añade que "tan sólo en cinco meses, (del año 2002), México ha tenido que intervenir, a través de sus representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los trabajadores mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnizaciones por enfermedades adquiridas en los centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos".

Igualmente, el Juez Antônio Cançado Trindade, en un estudio sobre los flujos migratorios forzados, señala que "…los migrantes en búsqueda de trabajo y mejores condiciones de vida, totalizan hoy 80 millones de seres humanos… Las causas de las migraciones forzadas no son fundamentalmente distintas a las del desplazamiento poblacional. En un Informe Analítico sobre Desplazados Internos de 1992, el Secretario General de las Naciones Unidas identificó, entre las causas de las migraciones masivas involuntarias dentro de las fronteras estatales, los desastres naturales, los conflictos armados, la violencia generalizada, las violaciones sistemáticas de los derechos humanos".[3]

Otras causas de las migraciones masivas son, según el Juez Cançado Trindade, "los múltiples conflictos internos, de carácter étnico y religioso, reprimidos en el pasado pero desencadenados en los últimos años. A estos se suma el aumento de la pobreza crónica, la cual, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, solamente en América Latina afecta hoy día a más de 270 millones de personas…" Según un informe del Centro de Dere-

---

[3] Cançado Trindade, Antônio A. "*Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*". Publicación de Organización Internacional para las Migraciones y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Guatemala 2001, p. 11.

chos Humanos de las Naciones Unidas,[4] las causas de las migraciones contemporáneas en busca de trabajo son, fundamentalmente, la pobreza y la incapacidad para ganar o producir suficiente para la propia subsistencia o de la familia en el país de origen. Estas razones no sólo caracterizan la migración de Estados pobres a ricos; la pobreza alimenta también los movimientos de países en desarrollo hacia otros países donde las perspectivas de trabajo parecen, al menos desde la distancia, mejores. Existen otras razones —según el mencionado informe— que explican la salida al extranjero en busca de trabajo. La guerra, los conflictos civiles, la inseguridad o la persecución derivadas de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas son factores que contribuyen todos al flujo de trabajadores migrantes.

III

Limitada a un ámbito estrictamente jurídico, fijado por los instrumentos convencionales, estatutario y reglamentario que rigen sus actuaciones, no puede la Corte, en ejercicio de su competencia, ir más allá de la interpretación y aplicación de normas de derecho en sus sentencias u opiniones consultivas. No es posible, sin embargo, impedir que el drama humano que subyace en el fondo de los procesos que conoce, quede reflejado en las actas y en la memoria de la Corte. No pocas veces las declaraciones de las víctimas, o de sus familiares, que acuden a este Tribunal en busca de justicia, han conmovido profundamente la sensibilidad de los jueces. La muerte arbitraria de niños, de jóvenes y, en general, de toda persona; la desaparición forzosa; la tortura; la privación ilegítima de la libertad, y otras violaciones de derechos humanos, puestos bajo el conocimiento y decisión de la Corte, no alcanzan a resolverse en conceptos puramente jurídicos, ni siquiera con los esfuerzos del Tribunal por tratar de reparar, más allá de las indemnizaciones patrimoniales, los daños sufridos por las víctimas. Sigue siendo un ideal —cuya realización depende de la formación de una nueva concepción colectiva sobre la justicia— que estas violaciones no vuelvan a repetirse nunca más y que, de ocurrir, sus autores sean severamente sancionados. En esta Opinión, expresada en términos jurídicos concretos —pero

[4] Citado por Antônio Cançado Trindade, *ob. cit*., p. 12.

también humanísticos—, y teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, la Corte ha precisado la conducta que éstos deben observar de respeto y garantía de los derechos de los migrantes indocumentados para evitar que sean víctimas de explotación o de discriminación en el goce y ejercicio de sus derechos laborales. Es un pronunciamiento de la Corte sobre la interpretación y aplicación de normas vigentes, de aceptación universal, por estar fundadas en principios de *ius cogens*, que obligan por igual a todos los Estados, pero contiene igualmente un llamado implícito a la justicia social y a la solidaridad humana.

IV

Particularmente —y por la posibilidad de hacerlo en este voto separado— considero que no puede soslayarse por consideraciones solamente jurídicas, la tragedia representada en cada caso de migración forzada, sea cual fuere su causa. Debe, por tanto, ser motivo de reflexión, la tragedia representada en toda persona que, contra su voluntad, abandona su país de origen, su hogar, sus padres, su mujer, sus hijos, sus recuerdos, para enfrentarse a una realidad generalmente hostil, y convertirse en un blanco para la explotación humana y laboral debido a su condición especialmente vulnerable. La comunidad internacional, además de tratar de reparar las consecuencias de las migraciones forzadas, a través de instrumentos de derecho internacional, de creación de tribunales, de políticas migratorias y de medidas administrativas o de cualquiera otra naturaleza, deberá igualmente preocuparse por indagar cuáles son las causas reales de las migraciones y procurar que la gente no se vea forzada a emigrar. Se encontrará así que, aparte de inevitables hechos naturales, en muchas ocasiones las migraciones son resultado del empobrecimiento de los países, causado por políticas económicas equivocadas, con exclusión de numerosos sectores de la población, a lo cual debe agregarse el hecho generalizado de la corrupción. Otros factores de distinta índole son las dictaduras o regímenes populistas; la extracción irracional, en los países pobres, de las materias primas para la industrialización foránea por empresas trasnacionales, y la explotación de los trabajadores, bajo la tolerancia o complicidad de los gobiernos; los enormes desequilibrios sociales y económicos y la iniquidad; la carencia de políticas educativas nacionales que abarquen a la totalidad de la población,

que garanticen la profesionalización y capacitación para el trabajo productivo; la excesiva publicidad que induce al consumismo y a la ilusión de bienestar en los países altamente desarrollados; la ausencia de una sincera cooperación internacional en los planes nacionales de desarrollo; las políticas de desarrollo macroeconómico, con prescindencia de la justicia social.

Frente a la magnitud de estos problemas se han formulado propuestas, entre otras, dirigidas a la construcción de un nuevo orden internacional basado en la justicia, y en el fortalecimiento de la democracia. En su libro "El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", el Juez Cançado Trindade considera que "…el fenómeno corriente del *empobrecimiento*, según recientes datos del PNUD y de la CEPAL, del crecimiento considerable de los contingentes de 'nuevos pobres' en tantos países latinoamericanos, revela la inobservancia, si no la violación generalizada de los derechos económicos, sociales y culturales. Determinados derechos, de carácter económico y social, como los derechos a no ser sometido a trabajo forzado y a discriminación en relación con el empleo y la ocupación, además de la libertad de asociación para fines sindicales, están íntimamente ligados a las llamadas libertades civiles… El Informe sobre el Desarrollo Humano de 1992 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala que 'la democracia y la libertad dependen de mucho más que de las urnas. La expansión de la democracia ha tenido como complemento un mayor reconocimiento de los derechos humanos'. En resumen, no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos… La democracia participativa, y en último análisis, el propio desarrollo humano, sólo son posibles en el marco de los derechos humanos… El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como 'la democracia de desarrollo': en esta última 'los derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades'. …La interrelación de los derechos humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional".[5]

---

[5] Cançado Trindade, Antônio A. "*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*", Editorial Jurídica de Chile, 2001.

En la Opinión Consultiva OC 9/87 de 6 de octubre de 1987, la Corte puntualizó, como lo había hecho en anteriores Opiniones (OC 5/85, OC /86, OC 8/87), que son consustanciales el Estado de Derecho, la Democracia y la libertad personal con el Sistema Interamericano y, en particular con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención y añadió: "En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido de función de los otros".

Es posible que la formación de una sociedad justa comience con el fortalecimiento de una democracia verdadera que garantice plenamente la dignidad del ser humano.

Alirio Abreu Burelli
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

ANEXOS

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

PREÁMBULO

Los Estados americanos signatarios de la presente Convención;

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos huma-

nos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I
DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I
ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1
Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2
Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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

CAPÍTULO II
DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3
Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4
Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5
Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6
Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7
Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8
Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9
Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10
Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11
Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o esos ataques.

Artículo 12
Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13
Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para

periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14
Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 15
Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16
Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 17
Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18
Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario

Artículo 19
Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20
Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21
Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22
Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Artículo 23
Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24
Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25
Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPÍULO III
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26
Desarrollo Progresivo

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

CAPÍTULO IV
SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 27
Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Per-

sonal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 28
Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29
Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30
Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31
Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPÍTULO V
DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32
Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II
MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VI
DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPÍTULO VII
LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1
Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados americanos.

Artículo 36

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de

dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2
Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3
Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisible toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;

b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4
Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPÍTULO VIII
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1
Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados partes en la Convención tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con

la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2
Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reco-

nozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año

anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3
Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPÍTULO IX
DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III
DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPÍTULO X
FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPÍTULO XI
DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1
Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infraescritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará “PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”, en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Aprobado mediante Resolución Núm. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1
Naturaleza y Régimen Jurídico

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

Artículo 2
Competencia y Funciones

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva:

1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.

2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

Artículo 3
Sede

1. La Corte tendrá su sede en San José, Costa Rica; sin embargo, podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo.

2. La sede de la Corte puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA.

CAPÍTULO II
COMPOSICIÓN DE LA CORTE

Artículo 4
Integración

1. La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos.

2. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.

Artículo 5
Mandato de los Jueces[1]

1. Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez. El juez electo para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará tal mandato.

---

[1] Texto de acuerdo a la reforma hecha al Estatuto por la Asamblea General de OEA, decimosegundo período ordinario de sesiones (Washington, D.C., noviembre de 1982), AG/RES. 625 (XII-0/82).

2. Los mandatos de los jueces se contarán a partir del primero de enero del año siguiente al de su elección y se extenderán hasta el 31 de diciembre del año en que se cumplan los mismos.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 6
Fecha de Elección de los Jueces

1. La elección de los jueces se hará, en lo posible, durante el período de sesiones de la Asamblea General de la OEA inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los jueces salientes.

2. Las vacantes en la Corte causadas por muerte, incapacidad permanente, renuncia o remoción de los jueces, serán llenadas, en lo posible, en el próximo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Sin embargo, la elección no será necesaria cuando la vacante se produzca dentro de los últimos seis meses del mandato del juez que le dé origen.

3. Si fuere necesario para preservar el quórum de la Corte, los Estados partes en la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, nombrarán uno o más jueces interinos, que servirán hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos.

Artículo 7
Candidatos

1. Los jueces son elegidos por los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA.

3. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos debe ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 8
Elección: Procedimiento Previo[2]

1. Seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, previa a la terminación del mandato para el cual fueron elegidos los jueces de la Corte, el Secretario General de la OEA pedirá por escrito a cada Estado parte en la Convención, presentar sus candidatos dentro de un plazo de noventa días.

2. El Secretario General de la OEA preparará una lista en orden alfabético de los candidatos presentados, y la comunicará a los Estados partes, de ser posible, por lo menos treinta días antes del próximo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

3. Cuando se trate de vacantes en la Corte, así como en casos de muerte o incapacidad permanente de un candidato, los plazos anteriores se reducirán prudencialmente, a juicio del Secretario General de la OEA.

Artículo 9
Votación

1. La elección de los jueces se realiza en votación secreta y por mayoría absoluta de los Estados partes en la Convención, de entre los candidatos a que se refiere el artículo 7 del presente Estatuto.

2. Entre los candidatos que obtengan la citada mayoría absoluta, se tendrán por electos los que reciban mayor número de votos. Si fueran necesarias varias votaciones, se eliminarán sucesivamente los candidatos que obtengan menor número de votos, conforme lo determinen los Estados partes.

Artículo 10
Jueces ad hoc

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados que sean partes en un caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del caso.

---

[2] Modificado mediante AG/RES. 1098 (XXI-91).

2. Si uno de los jueces llamados a conocer de un caso fuera de la nacionalidad de uno de los Estados que sean partes en el caso, otro Estado parte en el mismo caso podrá designar a una persona para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados partes en el mismo, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*. Si varios Estados tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes.

En caso de duda, la Corte decidirá.

4. Si el Estado con derecho a designar un juez *ad hoc* no lo hiciera dentro de los treinta días siguientes a la invitación escrita del Presidente de la Corte, se considerará que tal Estado renuncia al ejercicio de ese derecho.

5. Las disposiciones de los artículos 4, 11, 15, 16, 18, 19 y 20 del presente Estatuto, serán aplicables a los jueces *ad hoc*.

Artículo 11
Juramento

1. Al tomar posesión de su cargo, los jueces rendirán el siguiente juramento o declaración solemne: "Juro (o declaro solemnemente) que ejerceré mis funciones de juez con honradez, independencia e imparcialidad y que guardaré secreto de todas las deliberaciones".

2. El juramento será recibido por el Presidente de la Corte, en lo posible en presencia de los otros jueces.

CAPÍTULO III
ESTRUCTURA DE LA CORTE

Artículo 12
Presidencia

1. La Corte elige de entre sus miembros, a su Presidente y Vicepresidente, por dos años. Éstos podrán ser reelectos.

2. El Presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan a la Corte y preside sus sesiones.

3. El Vicepresidente sustituye al Presidente en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacante. En este último caso, la Corte elegirá un Vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato.

4. En caso de ausencia del Presidente y del Vicepresidente, sus funciones serán desempeñadas por los otros jueces en el orden de precedencia establecido en el artículo 13 del presente Estatuto.

Artículo 13
Precedencia

1. Los jueces titulares tendrán precedencia después del Presidente y del Vicepresidente, de acuerdo con su antigüedad en el cargo.

2. Cuando hubiera dos o más jueces de igual antigüedad, la precedencia será determinada por la mayor edad.

3. Los jueces *ad hoc* e interinos tendrán precedencia después de los titulares, en orden de edad. Sin embargo, si un juez *ad hoc* o interino hubiera servido previamente como juez titular, tendrá precedencia sobre los otros jueces *ad hoc* o interinos.

Artículo 14
Secretaría

1. La Secretaría de la Corte funcionará bajo la inmediata autoridad del Secretario, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte.

2. El Secretario será nombrado por la Corte. Será funcionario de confianza de la misma, de dedicación exclusiva, tendrá su oficina en la sede y deberá asistir a las reuniones que la Corte celebre fuera de la misma.

3. Habrá un Secretario Adjunto que auxiliará al Secretario en sus labores y lo sustituirá en sus ausencias temporales.

4. El personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General de la OEA, en consulta con el Secretario de la Corte.

CAPÍTULO IV
DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES

Artículo 15
Inmunidades y Privilegios

1. Los jueces gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus funciones gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus cargos.

2. No podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

3. La Corte en sí y su personal gozan de las inmunidades y privilegios previstos en el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos de 15 de mayo de 1949, con las equivalencias correspondientes, habida cuenta de la importancia e independencia de la Corte.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo se aplicarán a los Estados partes en la Convención. Se aplicarán también a aquellos otros Estados miembros de la OEA que las acepten expresamente, en general o para cada caso.

5. El régimen de inmunidades y privilegios de los jueces de la Corte y de su personal, podrá reglamentarse o complementarse mediante convenios multilaterales o bilaterales entre la Corte, la OEA y sus Estados miembros.

Artículo 16
Disponibilidad

1. Los jueces estarán a disposición de la Corte, y deberán trasladarse a la sede de ésta o al lugar en que realice sus sesiones, cuantas veces y por el tiempo que sean necesarios conforme al Reglamento.

2. El Presidente deberá prestar permanentemente sus servicios.

Artículo 17
Emolumentos

1. Los emolumentos del Presidente y de los jueces de la Corte se fijarán de acuerdo con las obligaciones e incompatibilidades que les imponen los artículos 16 y 18 y teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones.

2. Los jueces *ad hoc* devengarán los emolumentos que se establezcan reglamentariamente dentro de las disponibilidades presupuestarias de la Corte.

3. Los jueces percibirán, además, viáticos y gastos de viaje, cuando les corresponda.

Artículo 18
Incompatibilidades

1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes:

a) los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros;
b) los de funcionarios de organismos internacionales;
c) cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

2. La Corte decidirá los casos de duda sobre incompatibilidad. Si ésta no fuere subsanada, serán aplicables las disposiciones del artículo 73 de la Convención y 20.2 del presente Estatuto.

3. Las incompatibilidades únicamente causarán la cesación del cargo y de las responsabilidades correspondientes, pero no invalidarán los actos y resoluciones en que el juez afectado hubiera intervenido.

Artículo 19
Impedimento, Excusas e Inhabilitación

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.

2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá.

3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.

4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

Artículo 20
Responsabilidades y Régimen Disciplinario

1. Los jueces y el personal de la Corte deberán observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte. Responderán ante ésta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.

2. La potestad disciplinaria respecto de los jueces corresponderá a la Asamblea General de la OEA solamente a solicitud motivada de la Corte, integrada al efecto por los jueces restantes.

3. La potestad disciplinaria respecto del Secretario corresponde a la Corte, y respecto al resto del personal, al Secretario, con la aprobación del Presidente.

4. El régimen disciplinario será reglamentado por la Corte, sin perjuicio de las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA, en lo que fueren aplicables conforme al artículo 59 de la Convención.

Artículo 21
Renuncias e Incapacidad

1. La renuncia de un juez deberá ser presentada por escrito al Presidente de la Corte. La renuncia no será efectiva sino cuando haya sido aceptada por la Corte.

2. La incapacidad de un juez para el ejercicio de sus funciones será determinada por la Corte.

3. El Presidente de la Corte notificará la aceptación de la renuncia o la declaratoria de incapacidad al Secretario General de la OEA, para los efectos consiguientes.

CAPÍTULO V
FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Artículo 22
Sesiones

1. La Corte celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias.

2. Los períodos ordinarios de sesiones serán determinados reglamentariamente por la Corte.

3. Los períodos extraordinarios de sesiones serán convocados por el Presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces.

Artículo 23
Quórum

1. El quórum para las deliberaciones de la Corte será de cinco jueces.

2. Las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de los jueces presentes.

3. En caso de empate, el voto del Presidente decidirá.

Artículo 24
Audiencias, Deliberaciones y Decisiones

1. Las audiencias serán públicas, a menos que la Corte, en casos excepcionales, decida lo contrario.

2. La Corte deliberará en privado. Sus deliberaciones permanecerán secretas, a menos que la Corte decida lo contrario.

3. Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente.

Artículo 25
Reglamento y Normas de Procedimiento

1. La Corte dictará sus normas procesales.

2. Las normas procesales podrán delegar en el Presidente o en comisiones de la propia Corte, determinadas partes de la tramitación procesal, con excepción de las sentencias definitivas y de las opiniones consultivas. Los autos o resoluciones que no sean de mero trámite, dictadas por el Presidente o las comisiones de la Corte, serán siempre recurribles ante la Corte en pleno.

3. La Corte dictará también su Reglamento.

Artículo 26
Presupuesto y Régimen Financiero

1. La Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducir modificaciones.

2. La Corte administrará su presupuesto.

CAPÍTULO VI
RELACIONES CON ESTADOS Y ORGANISMOS

Artículo 27
Relaciones con el País Sede, con Estados y Organismos

1. Las relaciones de la Corte con el país sede serán reglamentadas mediante un acuerdo con sede. La sede de la Corte tendrá carácter internacional.

2. Las relaciones de la Corte con los Estados, con la OEA y sus organismos y con otros organismos internacionales gubernamentales relacionados con la promoción y defensa de los derechos humanos, serán reguladas mediante acuerdos especiales.

Artículo 28
Relaciones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparecerá y será tenida como parte ante la Corte, en todos los casos relativos a la función jurisdiccional de ésta, conforme al artículo 2.1 del presente Estatuto.

Artículo 29
Acuerdos de Cooperación

1. La Corte podrá celebrar acuerdos de cooperación con instituciones no lucrativas, tales como facultades de derecho, asociaciones o corporaciones de abogados, tribunales, academias e instituciones educativas o de investigación en disciplinas conexas, con el fin de obtener su colaboración y de fortalecer y promover los principios jurídicos e institucionales de la Convención en general y de la Corte en particular.

2. La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA una relación de esos acuerdos, así como de sus resultados.

Artículo 30
Informe a la Asamblea General de la OEA

La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

CAPÍTULO VII
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 31
Reformas al Estatuto

El presente Estatuto podrá ser modificado por la Asamblea General de la OEA, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la propia Corte.

Artículo 32
Vigencia

El presente Estatuto entrará en vigencia el primero de enero de 1980.

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000

Considerando:

Que la emisión, tanto de las sentencias como de las opiniones consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha requerido la evaluación constante de los procedimientos establecidos en su Reglamento.

Que es deber de la Corte adecuar las normas que rigen los procedimientos a una real y efectiva garantía de los derechos humanos.

Por Tanto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 60 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25.1 de su Estatuto

DICTA EL SIGUIENTE: REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 1
Objeto

1. El presente Reglamento tiene por objeto regular la organización y procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La Corte podrá dictar otros reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

3. A falta de disposición en este Reglamento o en caso de duda sobre su interpretación, la Corte decidirá.

Artículo 2
Definiciones

Para los efectos de este Reglamento:

1. el término "*Agente*" significa la persona designada por un Estado para representarlo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

2. el término "*Agente Alterno*" significa la persona designada por un Estado para asistir al Agente en el ejercicio de sus funciones y suplirlo en sus ausencias temporales;

3. la expresión "*Asamblea General*" significa la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos;

4. el término "*Comisión*" significa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

5. la expresión "*Comisión Permanente*" significa la Comisión Permanente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

6. la expresión "*Consejo Permanente*" significa el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos;

7. el término "*Convención*" significa la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);

8. el término "*Corte*" significa la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

9. el término "*Delegados*" significa las personas designadas por la Comisión para representarla ante la Corte;

10. la expresión "*denunciante original*" significa la persona, grupo de personas o entidad no gubernamental que haya introducido la denuncia original ante la Comisión, en los términos del artículo 44 de la Convención;

11. el término "*día*" se entenderá como día natural;

12. la expresión "*Estados Partes*" significa aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención;

13. la expresión "*Estados miembros*" significa aquellos Estados que son miembros de la Organización de los Estados Americanos;

14. el término "*Estatuto*" significa el Estatuto de la Corte aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 31 de octubre de 1979 (AG/RES 448 [IX-0/79]), con sus enmiendas;

15. el término "*familiares*" significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso;

16. la expresión "*Informe de la Comisión*" significa el informe previsto en el artículo 50 de la Convención;

17. el término "*Juez*" significa los jueces que integran la Corte en cada caso;

18. la expresión "*Juez Titular*" significa cualquier juez elegido de acuerdo con los artículos 53 y 54 de la Convención;

19. la expresión "*Juez Interino*" significa cualquier juez nombrado de acuerdo con los artículos 6. 3 y 19. 4 del Estatuto;

20. la expresión "*Juez* ad hoc" significa cualquier juez nombrado de acuerdo con el artículo 55 de la Convención;

21. el término "*mes*" se entenderá como mes calendario;

22. la sigla "*OEA*" significa la Organización de los Estados Americanos;

23. la expresión "*partes en el caso*" significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión;

24. el término "*Presidente*" significa el Presidente de la Corte;

25. el término "*Secretaría*" significa la Secretaría de la Corte;

26. el término "*Secretario*" significa el Secretario de la Corte;

27. la expresión "*Secretario Adjunto*" significa el Secretario Adjunto de la Corte;

28. la expresión "*Secretario General*" significa el Secretario General de la OEA;

29. el término "*Vicepresidente*" significa el Vicepresidente de la Corte;

30. la expresión "*presunta víctima*" significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención;

31. el término "*víctima*" significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte.

TÍTULO I
DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

CAPÍTULO I
DE LA PRESIDENCIA Y DE LA VICEPRESIDENCIA

Artículo 3
Elección del Presidente y del Vicepresidente

1. El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por la Corte, duran dos años en el ejercicio de sus cargos y podrán ser reelectos. Su período comienza el primer día de la primera sesión del año correspondiente. La elección tendrá lugar en el último período ordinario de sesiones que celebre la Corte el año anterior.

2. Las elecciones a que se refiere el presente artículo se efectuarán por votación secreta de los Jueces Titulares presentes y se proclamará electos a quienes obtengan cuatro o más votos.

Si no se alcanzaren esos votos, se procederá a una nueva votación para decidir por mayoría entre los dos jueces que hayan obtenido más votos. En caso de empate, éste se resolverá en favor del juez que tenga precedencia al tenor del artículo 13 del Estatuto.

Artículo 4
Atribuciones del Presidente

1. Son atribuciones del Presidente:

a) representar a la Corte;
b) presidir las sesiones de la Corte y someter a su consideración las materias que figuren en el orden del día;
c) dirigir y promover los trabajos de la Corte;
d) decidir las cuestiones de orden que se susciten en las sesiones de la Corte. Si algún juez lo solicitare, la cuestión de orden se someterá a la decisión de la mayoría;

e) rendir un informe semestral a la Corte, sobre las actuaciones que haya cumplido en ejercicio de la Presidencia durante ese período;
f) las demás que le correspondan conforme al Estatuto o al presente Reglamento, así como las que le fueren encomendadas por la Corte.

2. El Presidente puede delegar, para casos específicos, la representación a que se refiere el párrafo 1.a. de este artículo, en el Vicepresidente o en cualquiera de los jueces o, si fuera necesario, en el Secretario o en el Secretario Adjunto.

3. Si el Presidente es nacional de una de las partes en un caso sometido a la Corte o cuando por circunstancias excepcionales así lo considere conveniente, cederá el ejercicio de la Presidencia para ese caso. La misma regla se aplicará al Vicepresidente o a cualquier juez llamado a ejercer las funciones del Presidente.

Artículo 5
Atribuciones del Vicepresidente

1. El Vicepresidente suple las faltas temporales del Presidente y lo sustituye en caso de falta absoluta. En este último caso, la Corte elegirá un Vicepresidente para el resto del período. El mismo procedimiento se aplicará en todo otro caso de falta absoluta del Vicepresidente.

2. En caso de falta del Presidente y del Vicepresidente, sus funciones serán desempeñadas por los otros jueces en el orden de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto.

Artículo 6
Comisiones

1. La Comisión Permanente estará integrada por el Presidente, el Vicepresidente y los otros jueces que el Presidente considere conveniente de acuerdo con las necesidades de la Corte. La Comisión Permanente asiste al Presidente en el ejercicio de sus funciones.

2. La Corte podrá designar otras comisiones para asuntos específicos. En casos de urgencia, si la Corte no estuviere reunida, podrá hacerlo el Presidente.

3. Las comisiones se regirán por las disposiciones del presente Reglamento, en cuanto fueren aplicables.

CAPÍTULO II
DE LA SECRETARÍA

Artículo 7
Elección del Secretario

1. La Corte elegirá su Secretario. El Secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones.

2. El Secretario será elegido por un período de cinco años y podrá ser reelecto. Podrá ser removido en cualquier momento si así lo decidiese la Corte. Para elegir y remover al Secretario se requiere una mayoría, no menor de cuatro jueces, en votación secreta, observando el quórum de la Corte.

Artículo 8
Secretario Adjunto

1. El Secretario Adjunto será designado de conformidad con lo previsto por el Estatuto, a propuesta del Secretario de la Corte. Asistirá al Secretario en el ejercicio de sus funciones y suplirá sus faltas temporales.

2. En caso de que el Secretario y el Secretario Adjunto se encuentren imposibilitados de ejercer sus funciones, el Presidente podrá designar un Secretario interino.

Artículo 9
Juramento

1. El Secretario y el Secretario Adjunto prestarán, ante el Presidente, juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de sus funciones y sobre la reserva que están obligados a guardar a propósito de los hechos de los que tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones.

2. El personal de la Secretaría, aun si está llamado a desempeñar funciones interinas o transitorias, deberá prestar juramento o declaración solemne ante el Presidente al tomar posesión del cargo sobre el fiel cumplimiento de sus funciones y sobre la reserva que está obligado a guardar a propósito de los hechos de los que tenga conocimiento en ejercicio de sus funciones. Si el Presidente no estuviere presente en la sede de la Corte, el Secretario o el Secretario Adjunto tomará el juramento.

3. De toda juramentación se levantará un acta que firmarán el juramentado y quien haya tomado el juramento.

Artículo l0
Atribuciones del Secretario

Son atribuciones del Secretario:

a) notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte;
b) llevar las actas de las sesiones de la Corte;
c) asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede;
d) tramitar la correspondencia de la Corte;
e) dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones del Presidente;
f) preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte;
g) planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte;
h) ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por el Presidente;
i) las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento.

CAPÍTULO III
DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Artículo 11
Sesiones ordinarias

La Corte celebrará los períodos ordinarios de sesiones que sean necesarios durante el año para el cabal ejercicio de sus funciones, en las fechas que la Corte decida en su sesión ordinaria inmediatamente anterior. El Presidente, en consulta con la Corte, podrá modificar las fechas de esos períodos cuando así lo impongan circunstancias excepcionales.

Artículo 12
Sesiones extraordinarias

Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente por propia iniciativa o a solicitud de la mayoría de los jueces.

Artículo 13
Quórum

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 14
Audiencias, deliberaciones y decisiones

1. Las audiencias serán públicas y tendrán lugar en la sede de la Corte. Cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen, la Corte podrá celebrar audiencias privadas o fuera de su sede y decidirá quiénes podrán asistir a ellas. Aun en estos casos, se levantarán actas en los términos previstos por el artículo 42 de este Reglamento.

2. La Corte deliberará en privado y sus deliberaciones permanecerán secretas. En ellas sólo participarán los jueces, aunque podrán estar también presentes el Secretario y el Secretario Adjunto o quienes hagan sus veces, así como el per-

sonal de Secretaría requerido. Nadie más podrá ser admitido a no ser por decisión especial de la Corte y previo juramento o declaración solemne.

3. Toda cuestión que deba ser puesta a votación se formulará en términos precisos en uno de los idiomas de trabajo. El texto será traducido por la Secretaría a los otros idiomas de trabajo y se distribuirá antes de la votación, a petición de cualquiera de los jueces.

4. Las actas referentes a las deliberaciones de la Corte se limitarán a mencionar el objeto del debate y las decisiones aprobadas, así como los votos razonados, disidentes o concurrentes, y las declaraciones hechas para que consten en aquéllas.

Artículo 15
Decisiones y votaciones

1. El Presidente someterá los asuntos a votación punto por punto. El voto de cada juez será afirmativo o negativo, sin que puedan admitirse abstenciones.

2. Los votos se emitirán en el orden inverso al sistema de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto.

3. Las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación.

4. En caso de empate decidirá el voto del Presidente.

Artículo 16
Continuación de los jueces en sus funciones

1. Los jueces cuyo mandato se haya vencido continuarán conociendo de los casos de los que ya hubieren tomado conocimiento y se encuentren en estado de sentencia. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se proveerá a la sustitución del juez de que se trate por el juez que haya sido elegido en su lugar si fuere éste el caso, o por el juez que tenga precedencia entre los nuevos jueces elegidos en la oportunidad en que se venció el mandato del que debe ser sustituido.

2. Todo lo relativo a las reparaciones y costas, así como a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte, compete a los jueces que la inte-

gren en este estado del proceso, salvo que ya hubiere tenido lugar una audiencia pública y en tal caso conocerán los jueces que hubieren estado presentes en esa audiencia.
3. Todo lo relativo a las medidas provisionales compete a la Corte en funciones, integrada por Jueces Titulares.

Artículo 17
Jueces Interinos

Los Jueces Interinos tendrán los mismos derechos y atribuciones de los Jueces Titulares, salvo limitaciones expresamente establecidas.

Artículo 18
Jueces ad hoc

1. Cuando se presente un caso de los previstos en los artículos 55.2 y 55.3 de la Convención y 10.2 y 10.3 del Estatuto, el Presidente, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dichos artículos la posibilidad de designar un Juez *ad hoc* dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda.

2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, el Presidente les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un Juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, el Presidente escogerá por sorteo un Juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados.

3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.

4. El Secretario comunicará a las demás partes en el caso la designación de Jueces *ad hoc*.

5. El Juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado.

6. Los Jueces *ad hoc* percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los Jueces Titulares.

Artículo 19
Impedimentos, excusas e inhabilitación

1. Los impedimentos, las excusas y la inhabilitación de los jueces se regirán por lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto.

2. Los impedimentos y excusas deberán alegarse antes de la celebración de la primera audiencia pública del caso. Sin embargo, si la causal de impedimento o excusa ocurriere o fuere conocida posteriormente, dicha causal podrá hacerse valer ante la Corte en la primera oportunidad, para que ésta decida de inmediato.

3. Cuando por cualquier causa un juez no esté presente en alguna de las audiencias o en otros actos del proceso, la Corte podrá decidir su inhabilitación para continuar conociendo del caso habida cuenta de todas las circunstancias que, a su juicio, sean relevantes.

TÍTULO II
DEL PROCESO

CAPÍTULO I
REGLAS GENERALES

Artículo 20
Idiomas oficiales

1. Los idiomas oficiales de la Corte son los de la OEA, es decir, el español, el inglés, el portugués y el francés.

2. Los idiomas de trabajo serán los que acuerde la Corte cada año. Sin embargo, para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el de una de las partes, siempre que sea oficial.

3. Al iniciarse el examen de cada caso, se determinarán los idiomas de trabajo, salvo si han de continuarse empleando los mismos que la Corte utiliza-

ba previamente. La Corte podrá autorizar a cualquier persona que comparezca ante ella a expresarse en su propia lengua, si no conoce suficientemente los idiomas de trabajo, pero en tal supuesto adoptará esa declaración a los idiomas de trabajo. Dicho intérprete deberá prestar

a) juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones.
b) juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones.
c) juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

4. En todos los casos se dará fe del texto auténtico.

Artículo 21
Representación de los Estados

1. Los Estados que sean partes en un caso estarán representados por un Agente, quien a su vez podrá ser asistido por cualesquiera personas de su elección.

2. Cuando el Estado sustituya a su Agente tendrá que comunicarlo a la Corte y la sustitución tendrá efecto desde que sea notificada a la Corte en su sede.

3. Podrá acreditarse un Agente Alterno, quien asistirá al Agente en el ejercicio de sus funciones y lo suplirá en sus ausencias temporales.

4. Al acreditar a su Agente el Estado interesado deberá informar la dirección a la cual se tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes.

Artículo 22
Representación de la Comisión

La Comisión será representada por los Delegados que al efecto designe. Estos Delegados podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección.

Artículo 23
Participación de las presuntas víctimas

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Artículo 24
Cooperación de los Estados

1. Los Estados Partes en un caso tienen el deber de cooperar para que sean debidamente cumplidas todas aquellas notificaciones, comunicaciones o citaciones dirigidas a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así como el de facilitar ejecución de órdenes de comparecencia de personas residentes en su territorio o que se encuentren en el mismo.

2. La misma regla es aplicable respecto de toda diligencia que la Corte decida practicar u ordenar en el territorio del Estado Parte en el caso.

3. Cuando la ejecución de cualquiera de las diligencias a que se refieren los párrafos precedentes requiera de la cooperación de cualquier otro Estado, el Presidente se dirigirá al gobierno respectivo para solicitar las facilidades necesarias.

Artículo 25
Medidas provisionales

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.

3. La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente.

4. Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

5. La Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública sobre las medidas provisionales.

6. La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes

Artículo 26
Presentación de escritos

1. La demanda, su contestación y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envío por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días.

2. El Presidente puede, en consulta con la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado.

Artículo 27
Procedimiento por incomparecencia o falta de actuación

1. Cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización.

2. Cuando una parte se apersone tardíamente tomará el procedimiento en el estado en que se encuentre.

Artículo 28
Acumulación de casos y de autos

1. La Corte podrá, en cualquier estado de la causa, ordenar la acumulación de casos conexos entre sí cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa.

2. La Corte también podrá ordenar que las diligencias escritas u orales de varios casos, comprendida la presentación de testigos, se cumplan conjuntamente.

3. Previa consulta con los Agentes y los Delegados, el Presidente podrá ordenar que dos o más casos sean instruidos conjuntamente.

Artículo 29
Resoluciones

1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte.

2. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por el Presidente, salvo disposición en contrario. Toda decisión del Presidente, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte.

3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación.

Artículo 30
Publicación de las sentencias y de otras decisiones

1. La Corte ordenará la publicación de:

a) sus sentencias y otras decisiones, incluyendo los votos razonados, disidentes o concurrentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 55.2 del presente Reglamento;

b) las piezas del expediente, excepto las que sean consideradas irrelevantes o inconvenientes para este fin;
c) las actas de las audiencias;
d) todo documento que se considere conveniente.

2. Las sentencias se publicarán en los idiomas de trabajo del caso; los demás documentos se publicarán en su lengua original.

3. Los documentos depositados en la Secretaría de la Corte, concernientes a casos ya sentenciados, serán accesibles al público, salvo que la Corte haya resuelto otra cosa.

Artículo 31
Aplicación del artículo 63.1 de la Convención

La aplicación de ese precepto podrá ser invocada en cualquier etapa de la causa.

CAPÍTULO II
PROCEDIMIENTO ESCRITO

Artículo 32
Inicio del Proceso

La introducción de una causa de conformidad con el artículo 61.1 de la Convención, se hará ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda en los idiomas de trabajo. Presentada la demanda en uno solo de esos idiomas no se suspenderá el trámite reglamentario, pero la traducción al o a los otros deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes.

Artículo 33
Escrito de demanda

El escrito de la demanda expresará:

1. las pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas); las partes en el caso; la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del

procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección del denunciante original, así como el nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible.

2. los nombres de los Agentes o de los Delegados.

Junto con la demanda se acompañará el informe a que se refiere el artículo 50 de la Convención si es la Comisión la que la introduce.

Artículo 34
Examen preliminar de la demanda

Si en el examen preliminar de la demanda el Presidente observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días.

Artículo 35
Notificación de la demanda

1. El Secretario comunicará la demanda a:

a) el Presidente y los jueces de la Corte;
b) el Estado demandado;
c) la Comisión, si no es ella la demandante;
d) el denunciante original, si se conoce;
e) la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados si fuere el caso.

2. El Secretario informará sobre la presentación de la demanda a los otros Estados Partes, al Consejo Permanente de la OEA a través de su Presidente, y al Secretario General de la OEA.

3. Junto con la notificación, el Secretario solicitará que en el plazo de 30 días los Estados demandados designen al Agente respectivo y, a la Comisión, el

nombramiento de sus Delegados. Mientras los Delegados no hayan sido nombrados, la Comisión se tendrá por suficientemente representada por su Presidente para todos los efectos del caso.

4. Notificada la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo de 30 días para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.

Artículo 36
Excepciones preliminares

1. Las excepciones preliminares sólo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda.

2. Al oponer excepciones preliminares, se deberán exponer los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y los documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de los medios de prueba que el promovente pretende hacer valer.

3. La presentación de excepciones preliminares no suspende el procedimiento en cuanto al fondo ni los plazos ni los términos respectivos.

4. Las partes en el caso que deseen presentar alegatos escritos sobre las excepciones preliminares, podrán hacerlo dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la comunicación.

5. Cuando lo considere indispensable, la Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas.

6. La Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal.

Artículo 37
Contestación de la Demanda

1. El demandado contestará por escrito la demanda dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la misma y la contestación contendrá los mismos requisitos señalados en el artículo 33 de este Reglamento. Dicha contestación

será comunicada por el Secretario a las personas mencionadas en el artículo 35. 1 del mismo.

2. El demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

Artículo 38
Otros actos del procedimiento escrito

Contestada la demanda y antes de la apertura del procedimiento oral, las partes podrán solicitar al Presidente la celebración de otros actos del procedimiento escrito. En este caso, si el Presidente lo estima pertinente, fijará los plazos para la presentación de los documentos respectivos.

CAPÍTULO III
PROCEDIMIENTO ORAL

Artículo 39
Apertura

El Presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias.

Artículo 40
Dirección de los debates

1. El Presidente dirigirá los debates en las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas puedan intervenir y dispondrá las medidas que sean pertinentes para la mejor realización de las audiencias.

2. En cuanto al uso de la palabra por las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, se observará lo estipulado en el artículo 23 del presente Reglamento.

Artículo 41
Preguntas durante los debates

1. Los jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte.

2. Los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación del Presidente, por las personas a quienes se refieren los artículos 21, 22 y 23 de este Reglamento.

3. El Presidente estará facultado para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas.

Artículo 42
Actas de las audiencias

1. De cada audiencia se levantará un acta que expresará:

a) el nombre de los jueces presentes;
b) el nombre de las personas mencionadas en los artículos 2l, 22 y 23 de este Reglamento que hubieren estado presentes;
c) los nombres y datos personales de los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido;
d) las declaraciones hechas expresamente para que consten en acta por los Estados Partes, por la Comisión y por las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados;
e) las declaraciones hechas por los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido, así como las preguntas que se les formularen y sus respuestas;
f) el texto de las preguntas hechas por los jueces y las respuestas respectivas;
g) el texto de las decisiones que la Corte hubiere tomado durante la audiencia.

2. Los Agentes, Delegados, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, así como los testigos,

peritos y demás personas que hayan comparecido, recibirán copia de las partes pertinentes de la transcripción de la audiencia a fin de que, bajo el control del Secretario, puedan corregir los errores de transcripción. El Secretario fijará, según las instrucciones que reciba del Presidente, los plazos de que dispondrán para ese fin.

3. El acta será firmada por el Presidente y el Secretario, quien dará fe de su contenido.

4. Se enviará copia del acta a los Agentes, a los Delegados, a las víctimas y a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.

CAPÍTULO IV
DE LA PRUEBA

Artículo 43
Admisión

1. Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son ofrecidas en la demanda y en su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación.

2. Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas.

3. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a las partes contrarias el derecho de defensa.

4. En el caso de la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la admisión de pruebas se regirá además por lo dispuesto en los artículos 23, 35.4 y 36.5 del Reglamento.

Artículo 44
Diligencias probatorias de oficio

En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.

2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.

3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.

4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción.

Artículo 45
Gastos de la prueba

La parte que proponga una prueba cubrirá los gastos que ella ocasione.

Artículo 46
Citación de testigos y peritos

1. La Corte fijará la oportunidad para la presentación, a cargo de las partes, de los testigos y peritos que considere necesario escuchar, los cuales serán citados en la forma en que ésta considere idónea.

2. La citación indicará:

a) el nombre del testigo o perito;
b) los hechos sobre los cuales versará el interrogatorio o el objeto del peritaje.

Artículo 47
Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos

1. Después de verificada su identidad y antes de testificar, todo testigo prestará juramento o hará una declaración solemne en que afirmará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

2. Después de verificada su identidad y antes de desempeñar su oficio, todo perito prestará juramento o hará una declaración solemne en que afirmará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia.

3. El juramento o declaración a que se refiere este artículo se cumplirá ante la Corte o ante el Presidente u otro de los jueces que actúe por delegación de ella.

Artículo 48
Objeciones contra testigos

1. El testigo podrá ser objetado por cualesquiera de las partes antes de prestar declaración.

2. La Corte podrá, si lo estimare útil, oír a título informativo a una persona que estaría impedida para declarar como testigo.

3. El valor de las declaraciones y el de las objeciones de las partes sobre las mismas será apreciado por la Corte.

Artículo 49
Recusación de peritos

1. Las causales de impedimento para los jueces previstas en el artículo 19.1 del Estatuto serán aplicables a los peritos.

2. La recusación deberá proponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la designación del perito.

3. Si el perito recusado contradijere la causal invocada, la Corte decidirá. Sin embargo, no estando reunida la Corte, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, podrá ordenar que se evacue la prueba, dando de ello cuenta a la Corte, la cual resolverá en definitiva sobre el valor de ésta.

4. Cuando fuere necesario designar un nuevo perito, la Corte decidirá. Sin embargo, si existiere urgencia en evacuar la prueba, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, hará la designación, dando de ello cuenta a la Corte, la cual resolverá en definitiva sobre el valor de la prueba.

Artículo 50
Protección de testigos y peritos

Los Estados no podrán enjuiciar a los testigos ni a los peritos, ni ejercer represalias contra ellos o sus familiares, a causa de sus declaraciones o dictámenes rendidos ante la Corte.

Artículo 51
Incomparecencia o falsa deposición

La Corte pondrá en conocimiento de los Estados los casos en que las personas requeridas para comparecer o declarar no comparecieren o rehusaren deponer sin motivo legítimo o que, en el parecer de la misma Corte, hayan violado el juramento o la declaración solemne, para los fines previstos en la legislación nacional correspondiente.

CAPÍTULO V
TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Artículo 52
Sobreseimiento del caso

1. Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto.

2. Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este

supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

Artículo 53
Solución amistosa

Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto.

Artículo 54
Prosecución del examen del caso

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

CAPÍTULO VI
DE LAS SENTENCIAS

Artículo 55
Contenido de las sentencias

1. La sentencia contendrá:

a) El nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto;
b) la identificación de las partes y sus representantes;
c) una relación de los actos del procedimiento;
d) la determinación de los hechos;
e) las conclusiones de las partes;
f) los fundamentos de derecho;
g) la decisión sobre el caso;

h) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede;
i) el resultado de la votación;
j) la indicación sobre cuál de los textos hace fe.

2. Todo juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto razonado, concurrente o disidente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.

Artículo 56
Sentencia de reparaciones

1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.

2. Si la Corte fuere informada de que las partes en el caso han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

Artículo 57
Pronunciamiento y comunicación de la sentencia

1. Llegado el estado de sentencia, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia, la cual será notificada a las partes por la Secretaría.

2. Mientras no se haya notificado la sentencia a las partes, los textos, los razonamientos y las votaciones permanecerán en secreto.

3. Las sentencias serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación y por el Secretario. Sin embargo, será válida la sentencia firmada por la mayoría de los jueces y por el Secretario.

4. Los votos razonados, disidentes o concurrentes serán suscritos por los respectivos jueces que los sustenten y por el Secretario.

5. Las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y por el Secretario y sellada por éste.

6. Los originales de las sentencias quedarán depositados en los archivos de la Corte. El Secretario expedirá copias certificadas a los Estados Partes, a las partes en el caso, al Consejo Permanente a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite.

Artículo 58
Demanda de interpretación

1. La demanda de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

2. El Secretario comunicará la demanda de interpretación a las partes en el caso y les invitará a presentar las alegaciones escritas que estimen pertinentes dentro del plazo fijado por el Presidente.

3. Para el examen de la demanda de interpretación la Corte se reunirá, si es posible, con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se sustituirá al juez de que se trate según el artículo 16 de este Reglamento.

4. La demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.

5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia.

TÍTULO III
DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

Artículo 59
Interpretación de la Convención

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.

2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.
3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el párrafo anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Artículo 60
Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.
2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Artículo 61
Interpretación de leyes internas

1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar:

a) las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;
b) las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;
c) el nombre y la dirección del Agente del solicitante.

2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Artículo 62
Procedimiento

1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente de la OEA a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA y a los órganos de ésta a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. El Presidente fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.

3. El Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el Agente.

4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en el Presidente. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente.

Artículo 63
Aplicación analógica

La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del Título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles.

Artículo 64
Emisión y contenido de las opiniones consultivas

1. La emisión de las opiniones consultivas se regirá por lo dispuesto en el artículo 57 de este Reglamento.

2. La opinión consultiva contendrá:

a) el nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren emitido, del Secretario y del Secretario Adjunto;

b) las cuestiones sometidas a la Corte;
c) una relación de los actos del procedimiento;
d) los fundamentos de derecho;
e) la opinión de la Corte;
f) la indicación de cuál de los textos hace fe.

3. Todo juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto razonado, disidente o concurrente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicará lo dispuesto en el artículo 30 de este Reglamento.

4. Las opiniones consultivas podrán ser leídas en público.

TÍTULO IV
DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Artículo 65
Reformas al Reglamento

El presente Reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte y deroga, a partir de su entrada en vigor, las normas reglamentarias anteriores.

Artículo 66
Entrada en vigor

El presente Reglamento, cuyos textos en español e inglés son igualmente auténticos, entrará en vigor el 1 de junio de 2001.

Dado en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica el día 24 de noviembre de 2000.

Antônio A. Cançado Trindade

Máximo Pacheco Gómez Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman Alirio Abreu Burelli

Sergio García Ramírez Carlos Vicente de Roux

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en abril de 2004 en los talleres de OFFSET UNIVERSAL, S. A., Calle 2, núm. 113, Col. Granjas San Antonio, C. P. 09070, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.