

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA INTERAMERICANA Y EUROPEA

I. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *Evolución del derecho de extranjería en el derecho internacional*

Las bases del derecho internacional de extranjería las encontramos en las *Relectiones*, del dominico Francisco Vitoria. Resultan de especial relevancia para nuestro tema la *Relectio de potestate civili*, *Relectio de indis* y el *Relectio de temperantia*. En dichas obras Vitoria nos aporta la concepción de que la humanidad constituye una persona moral, que agrupa a todos los Estados, la cual está obligada a cumplir con las normas del derecho de gentes. En tal sentido, señala Vitoria que “el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierto modo es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes”.¹⁴⁸

Gómez Robledo, en su estudio *Fundadores del derecho internacional*, puntualiza que Vitoria ubica dentro de los títulos legítimos que podían justificar la presencia española en las nuevas tierras, el derecho de sociedad natural y comunicación (*ius naturalis societatis et communicationes*).¹⁴⁹ Al comentar la obra de Francisco Suárez, el citado autor destaca el hecho de que el jesuita acuñó el concepto de universalidad del género humano,

¹⁴⁸ Vitoria, Francisco, *Relectiones del Estado, de los indios y del derecho de guerra*, México, Porrúa, 1974, p. 31.

¹⁴⁹ Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 1989, p. 43.

al expresar que “el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano y que los Estados tienen la necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones como miembros de una sociedad universal”.¹⁵⁰ Para Suárez, el ámbito de aplicación personal del derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, al género humano como un todo; por lo tanto, sus normas regulaban además lo atinente a todos los pueblos y seres humanos.¹⁵¹

Antônio Augusto Cançado Trindade, al referirse a la obra de los fundadores del derecho internacional, señala:

Establecieron las bases de los deberes internacionales de los Estados inclusive con 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.¹⁵²

Por lo tanto, en la gestación de lo que hoy conocemos como derecho internacional se reconocía el derecho a emigrar, y en el lugar donde emigraban las personas gozaban de todos los derechos con la única limitante de no dañar a los nativos.

Al aludir a este derecho, Jacques Leclercq afirma:

... siendo los hombres iguales por naturaleza, siendo la sociedad para el hombre y no el hombre para la sociedad y consistiendo el fundamento de la sociedad en el consentimiento de los ciudadanos, cada individuo tiene en principio el derecho a elegir la sociedad de la que ha de formar parte. Pero con todos los derechos humanos, este derecho está limitado por las obligaciones y los derechos de los demás hombres.¹⁵³

Continúa Leclercq :

el derecho de emigrar abarca el derecho a marcharse del país de origen, el derecho a instalarse en otro país y el derecho del emigrado a convertirse en ciudadano del país en el que se establece. Cada uno de estos derechos

¹⁵⁰ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 149, p. 46.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC18/03, *cit.* nota 145, p. 206.

¹⁵³ Leclercq, Jacques, *El derecho y la sociedad*, Herder, 1965, p. 244.

se encuentra limitado por los derechos adquiridos con anterioridad y por los derechos de los demás hombres.¹⁵⁴

Por su parte, O'Connell,¹⁵⁵ al referirse al tema del derecho de ingresar a un Estado, en su obra de derecho internacional público, menciona que primero Wolff, seguido de Vattel, introdujeron la idea de la facultad del Estado, de controlar el ingreso de los extranjeros, aunque precisa que dichos internacionalistas únicamente lo justificaban por razones de seguridad, por cuanto quedaba prohibido el ejercicio arbitrario de la facultad de rehusar la entrada de los extranjeros.

El derecho internacional¹⁵⁶ establece escasos límites¹⁵⁷ en lo atinente a la regulación y al estatus de los extranjeros; por esa razón, los Estados son los que determinan las condiciones de ingreso, estancia, permanencia y salida de los mismos de su territorio.¹⁵⁸ Sin embargo, dichas facultades hoy se ven acotadas por acuerdos regionales de integración,¹⁵⁹ como en el caso de la Unión Europea y las normas internacionales de derechos humanos. De esta forma, el derecho internacional regula el derecho a salir de un país, pero no a entrar en el territorio de otro Estado del que no es nacional, lo que origina una discrecionalidad absoluta del Estado en la determinación de los requisitos de ingreso de un extranjero a su territorio.¹⁶⁰

Dentro de las limitaciones que deben considerarse en materia de derecho de extranjería establecidas por el derecho internacional se encuentran la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros y la expulsión individual, cuando es arbitraria de los que residen legalmente. Además, si el inmigrante es rechazado en frontera o permanece en el territorio de

¹⁵⁴ Leclercq, Jacques, *op. cit.*, nota 153, p. 247.

¹⁵⁵ O'Connell, D. P., *International Law*, vol. II, Nueva York, Oceana Publications, 1965, p. 753.

¹⁵⁶ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 2a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1957, p. 262.

¹⁵⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 420 y 421.

¹⁵⁸ Briely, J. L., *The Law of the Nations, An Introduction to International Law of Peace*, 69a. ed., Oxford, Edited by Sir Humphrey Waldock, Clarendon Press, 1963, pp. 276 y ss.

¹⁵⁹ Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 212 y 213.

¹⁶⁰ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 7a. ed., t. I, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 439 y ss.

un Estado en situación irregular, no se puede devolver si su vida o libertad están en peligro al país donde se pueden actualizar dichos riesgos.¹⁶¹

2. *El estándar mínimo de derechos de los extranjeros conforme al derecho internacional y la protección diplomática*

Las normas del derecho internacional que determinan las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros constituyen básicamente normas consuetudinarias;¹⁶² parten de los principios de trato mínimo internacional y nacional. Quizá el que presenta perfiles más problemáticos es el estándar mínimo, donde no existe un acuerdo generalizado sobre cuáles son los derechos que deben garantizarse a todo extranjero.¹⁶³

Dicho estándar obliga a los Estados a garantizar a los extranjeros de manera efectiva los derechos “a ser reconocido como sujeto de derecho, al respeto de los derechos adquiridos, a disfrutar los derechos esenciales relativos a la libertad, a la protección contra delitos que amenacen su vida, libertad, propiedad y honor y a acceder a los tribunales nacionales”.¹⁶⁴ Herdegen señala que “la violación de ese estándar presupone en general una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones civilizadas”.¹⁶⁵

¹⁶¹ Valle Gálvez, Alejandro del, *El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular y derecho*, en Valle Gálvez, Alejandro del y Acosta Sánchez, Miguel Ángel (eds.), Universidad de Cádiz y Cruz Roja Española, 2005, p. 140.

¹⁶² El primer esfuerzo por codificar la materia lo ubicamos en la Convención Panamericana de La Habana, de 1928, que trata de reunir en 9 artículos la condición jurídica de los extranjeros. Sobre el particular, *cf.* Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 2a. ed. trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1957, p. 263. El segundo intento de codificación lo encontramos en la Conferencia sobre Codificación de La Haya de 1930. Uno de los tres aspectos que se quiso recoger en un tratado fue precisamente el de la “Responsabilidad de los Estados por daños ocurridos en su territorio a los extranjeros o sus bienes”. La falta de acuerdos ocasionó que no se adoptara un proyecto de Convención. *Cf.* Leslie Briely, James, *The Basis of Obligation in International Law*, Selected and Edited by Sir Hersch Lauterpacht and C. H. M. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, pp. 217-220.

¹⁶³ Brownlie, Ian, *Principles of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 424 y ss.

¹⁶⁴ Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 156, p. 265.

¹⁶⁵ Herdegen, Mathias, *Derecho internacional público*, México, UNAM-Konrad Adenauer, 2005, p. 211.

Especial relevancia tiene para nuestro trabajo el derecho de acceso a la justicia de los extranjeros. Señala Brownlie¹⁶⁶ que una amplia gama de reclamaciones internacionales se originan precisamente por la denegación del acceso a la justicia. El debate en este tema se centra en el grado de protección o garantía. Por un lado, se define la denegación de justicia como cualquier obstrucción de acceso a los tribunales, una deficiencia manifiesta en asegurar la apropiada administración e impartición de justicia o un retraso injustificado en la solución de la controversia. En cambio, para los países latinoamericanos se cumple con la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia, con permitir el acceso a los tribunales.¹⁶⁷ Aunque existe un debate sobre el grado de protección o garantía, en ninguno de los dos extremos se coloca en tela de juicio el hecho de que ese derecho se debe garantizar a cualquier extranjero.

En caso de violaciones de los derechos que integran el estándar mínimo de derechos, el Estado de la nacionalidad de la persona afectada, una vez que haya agotado ésta los recursos internos, podrá iniciar una reclamación internacional a través de la acción de protección diplomática.¹⁶⁸ La facultad de reclamar los derechos de la persona que fueron violados corresponde al Estado del cual es nacional la misma.¹⁶⁹

En el caso *Avena* y otros *versus* Estados Unidos de América, el gobierno de México reclamó el incumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares, por la detención de 51 nacionales mexicanos que se encontraban pendientes de la aplicación de pena de muerte.¹⁷⁰ La acción de protección diplomática ejercida por el gobierno de México brindó un cambio de suma importancia al estándar mínimo de derechos de los extranjeros, al determinar el Tribunal Internacional de Justicia, que la obligación contenida en el artículo 36 constituye una obligación *erga*

¹⁶⁶ Brownlie, Ian, *Principles of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 429-431.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ González Campos, Julio *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 375-382.

¹⁶⁹ Briely, J. L., *The Law of the Nations, An Introduction to International Law of Peace*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, Edited by Sir Humphrey Waldock, 1963, pp. 279 y ss.

¹⁷⁰ International Court of Justice. Case Concerning *Avena* and Other Mexican Nationals (México vs. United States of America), 31 de marzo de 2004.

omnes,¹⁷¹ con lo cual todos los Estados de la comunidad internacional, a partir de esta sentencia, se encuentran obligados a garantizar de manera efectiva el derecho de notificación consular, previa o inmediata, a la detención de cualquier extranjero. Así, no sólo se suspendió la pena de muerte a 51 mexicanos, hasta en tanto se revisaran sus procesos, sino que también se incorporó el derecho de la notificación consular, regulado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al estándar mínimo de derechos.

A partir del reconocimiento de subjetividad jurídica internacional en materia de derechos humanos al individuo, surge la duda de la necesidad de mantener la acción de protección diplomática como mecanismo de exigibilidad de los derechos de los nacionales de un Estado, frente a los mecanismos de protección de los derechos humanos que otorgan acceso directo al individuo.¹⁷² Hoy es necesario mantener las dos vías, ya que algunos Estados no han ratificado los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y no todos los derechos humanos constituyen normas de *ius cogens*,¹⁷³ o en su caso generan obligaciones *erga omnes*.¹⁷⁴ Frente a tal situación, la única vía para la reclamación internacional de los derechos violados es la acción de protección diplomática.

3. Particularidades relevantes del derecho convencional general

A. *Acerca de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990*

La Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares se adoptó en 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003,

¹⁷¹ Cançado Trindade, Antônio, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, General Course on Public International Law, t. I, Hague Academy of International Law, Volume 316 (2005), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 347 y ss.

¹⁷² Leslie Briely, James, *The Basis of Obligation in International Law*, Selected and Edited by Sir Hersch Lauterpacht and C. H. M. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, pp. 217 y ss.

¹⁷³ Jørgensen, Nina H. B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 89.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 96 y ss.

después de la ratificación de Azerbaijón, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, México, Marruecos, Filipinas, Senegal, Sycheles, Sri Lanka, Tayikistán, Uganda y Uruguay.¹⁷⁵

Esta Convención crea un Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, compuesto por diez expertos. Los Estados parte deben presentar informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención.

El principio fundamental sobre el cual descansa la Convención es el de la no discriminación. Por tal motivo, señala el artículo 7o:

Los Estados Parte se comprometerán de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

La parte III de la Convención regula los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, derechos que se derivan de su dignidad personal, y que son independientes de su permanencia legal o ilegal en un país:

El derecho de libre circulación y residencia (artículo 8) a la vida (artículo 9), el derecho a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 10), a no ser sometido a esclavitud (artículo 11), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12), a la libertad de expresión (artículo 13), a la no-injerencia arbitraria en su vida privada y familiar (artículo 14), a no ser privado arbitrariamente

¹⁷⁵ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de la ratificación de 20 Estados. Firma de México: 22 de mayo de 1981; aprobación del Senado: 14 de diciembre de 1998; ratificación de México: 8 de mayo de 1999; entrada en vigor internacional: 1o. de julio de 2003; entrada en vigor para México: 10 de julio de 2003; publicación: *DOF*, 13 de agosto de 1999.

de sus bienes (artículo 15), a la libertad, y seguridad personales (artículo 16), a ser tratado conforme a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural (artículo 17), al libre acceso a tribunales y a cortes de justicia (artículo 18), a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (artículo 22), a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país (artículo 23), reconocimiento a su personalidad jurídica (artículo 24), los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento, nacionalidad y educación (artículos 29 y 30), respeto de su identidad cultural y a mantener vínculos culturales con sus Estados de origen (artículo 31), al terminar su permanencia en el Estado de empleo y transferir sus ingresos, ahorros y efectos personales (artículo 32) y a que le proporcionen información sobre sus derechos, requisitos de admisión, obligaciones legales y cualquier otra cuestión que permitan cumplir con las formalidades administrativas o de otra índole que establezca el Estado receptor (artículo 32).¹⁷⁶

Revisten especial importancia para nuestro trabajo los artículos 16 y 18, los cuales disponen, en las partes conducentes:

Artículo 16:

6. Los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos a causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

8. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión, tendrán derecho a incoar procedi-

¹⁷⁶ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de la ratificación de 20 Estados. Firma de México: 22 de mayo de 1981; aprobación del Senado: 14 de diciembre de 1998; ratificación de México: 8 de mayo de 1999; entrada en vigor internacional: 1o. de julio de 2003; entrada en vigor para México: 10 de julio de 2003; publicación: *DOF*, 13 de agosto de 1999.

mientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia gratuita si fuere necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.

9. Los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización.¹⁷⁷

Artículo 18:

...3. Durante el proceso todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito, tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informado sin demora, en un idioma que se comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si carecieran de medios suficientes para pagar,

h) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

i) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

j) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

¹⁷⁷ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de la ratificación de 20 Estados. Firma de México: 22 de mayo de 1981; aprobación del Senado: 14 de diciembre de 1998; ratificación de México: 8 de mayo de 1999; entrada en vigor internacional: 1o. de julio de 2003; entrada en vigor para México: 10 de julio de 2003; publicación: *DOF*, 13 de agosto de 1999.

La Convención para la Protección de todos los Derechos de los Trabajadores contempla además como obligaciones de los Estados partes, garantizar la obtención de una reparación efectiva a toda persona cuyos derechos hayan sido violados.¹⁷⁸ También dispone la obligación de los Estados, de ajustarse a los criterios de admisión de los trabajadores migratorios que establece la Convención.¹⁷⁹

Como otros instrumentos en materia de derechos humanos, precisa la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que en caso de que un trabajador migratorio tenga derecho a un trato más favorable en virtud de un tratado bilateral o multilateral vigente o en razón de una práctica de un Estado parte, se concederá al trabajador el trato más beneficioso.¹⁸⁰

Resulta fácil apreciar que la Convención no regula ningún derecho nuevo, se decide regular la materia del citado instrumento, en razón de la falta de reconocimiento de los Estados de varios derechos fundamentales, y dentro de ellos, del derecho de acceso a la justicia a los inmigrantes irregulares. Cabe recordar que al negarse dichos Estados a otorgar el mismo trato a los inmigrantes irregulares que a los regulares, se viola el estándar mínimo de derechos de los inmigrantes irregulares, al recibir un trato diferenciado o discriminatorio.¹⁸¹

En ese sentido, afirma Alfred Verdross:

¹⁷⁸ Artículo 83, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1o. de julio de 2003. Firma de México: 22 de mayo de 1981; aprobación del Senado: 14 de diciembre de 1998; ratificación de México: 8 de mayo de 1999; entrada en vigor internacional: 1o. de julio de 2003; entrada en vigor para México: 10 de julio de 2003; publicación: *DOF*, 13 de agosto de 1999.

¹⁷⁹ Artículo 79: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1o. de julio de 2003. Firma de México: 22 de mayo de 1981; aprobación del Senado: 14 de diciembre de 1998; ratificación de México: 8 de mayo de 1999; entrada en vigor internacional: 1o. de julio de 2003; entrada en vigor para México: 10 de julio de 2003; publicación: *DOF*, 13 de agosto de 1999.

¹⁸⁰ Rodríguez Domínguez, Carlos, “Notas sobre el marco normativo internacional de protección de los trabajadores migrantes: globalización económica vs derechos laborales”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 18, 2007, p. 534.

¹⁸¹ Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 156, pp. 263 y 264.

Todos los derechos de los extranjeros que se fundan en el derecho internacional común parten de la idea de que los Estados están obligados entre sí a respetar en la persona de los extranjeros la dignidad humana.¹⁸²

La Convención constituye el primer instrumento internacional convencional, que no distingue en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales entre inmigrante regular o irregular. Además, otorga un peso específico al derecho de acceso a la justicia, por cuanto se requiere el reconocimiento efectivo de este derecho para que los inmigrantes irregulares puedan ejercer sus otros derechos.¹⁸³

La Convención entró en vigor después de haber sido ratificada por veinte Estados. Desgraciadamente, aunque México ya ratificó dicho instrumento, hasta la fecha no ha realizado reforma alguna a la Ley General de Población, normativa que se reconoce como obsoleta e insuficiente¹⁸⁴ frente a los compromisos internacionales adquiridos por México.

B. Sobre el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire, dentro del marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire se adoptó en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. En su preámbulo indica que para la solución de este problema se requiere de un enfoque amplio e internacional, así como la cooperación, el intercambio de información y la adopción de medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional. Se subraya asimismo la necesidad de dar un trato humano a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, ahora más que nunca expuestos a transgresión, en vista del notable aumento de actividades de los grupos delictivos organizados, en relación con el tráfico ilícito de

¹⁸² *Ibidem*, p. 265.

¹⁸³ Palacios Treviño, Jorge, “La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional”, *Jurídica* 37, México, 2007, pp. 101 y ss.

¹⁸⁴ Bustamante, Jorge A., “La migración de México a Estados Unidos. De la coyuntura al fondo”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, 2008, t. I, pp. 21 y 22.

inmigrantes y actividades delictivas conexas, lo que pone en peligro su vida y seguridad.

Se define el tráfico ilícito de migrantes como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.¹⁸⁵

El tráfico ilícito de migrantes se encuentra regulado en el artículo 7o., donde destaca la obligación de los Estados, de cooperar en la mayor medida posible para prevenir y reprimir ese delito, de conformidad con el derecho internacional del mar. Las medidas que se recomiendan adoptar a los Estados para combatirlo siguen al pie de la letra las normas establecidas en la Convención de Viena en materia de persecución de tráfico ilícito de drogas por mar. Dentro de las medidas de prevención y cooperación se establecen las mismas, *mutatis mutandis*, del Protocolo de Tráfico de Personas, como el oportuno intercambio de información, particularmente entre los Estados que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de inmigrantes.

Los Estados que no reconocen el derecho de acceso a la justicia a los inmigrantes irregulares impiden que dichos inmigrantes ejerzan el único medio de defensa del que disponen frente al delito de tráfico de inmigrantes. Dichas personas son presas fáciles de este delito, por cuanto carecen no sólo de legitimidad para acudir a los tribunales, sino ante cualquier autoridad del Estado, situación especialmente grave cuando nos referimos a grupos extremadamente vulnerables, como los indígenas, las mujeres y los niños.

El Protocolo establece la obligación de los Estados, de respetar los derechos humanos de los inmigrantes irregulares, lo cual los obliga a garantizar el derecho de acceso a la justicia a dichos inmigrantes. Sin la menor duda, una de las medidas preventivas para evitar la comisión del delito de tráfico de migrantes, además de la ratificación del Protocolo, es el garantizar de manera efectiva *ius standi* a los inmigrantes irregulares,

¹⁸⁵ Artículo 3o., Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Firma de México: 13 de diciembre de 2000; aprobación del Senado: 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2003; entrada en vigor internacional: 28 de enero de 2004; entrada en vigor para México: 28 de enero de 2004; publicación: *DOF*, 10 de abril de 2003.

para facilitar la denuncia de este tipo de delitos; de otra forma, continuarán impunes los delincuentes que cometen dichos delitos.

II. ALGUNOS AVANCES DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos*

Con la incorporación de la temática de los derechos humanos al derecho internacional y convertirse en materia regulada por este ordenamiento se logró una gran transformación en lo relativo a la protección y garantía efectiva de dichos derechos.¹⁸⁶ Uno de los ejes principales del derecho internacional de los derechos humanos es la universalidad de los derechos humanos; toda persona en razón de su dignidad humana debe gozar de manera efectiva de los derechos humanos.

Apunta Carrillo Salcedo¹⁸⁷ que la materia de derechos humanos se internacionalizó y dejó de ser materia exclusiva del fuero doméstico de los Estados, por la precaria situación jurídica de los individuos. Reafirma dicha internacionalización de los derechos humanos, el Instituto de Derecho Internacional en su artículo 1o. de su resolución de Santiago de Compostela, en la que estableció

La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Tribunal Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*; incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, y todo Estado tiene interés jurídico en la protección de los derechos humanos.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317 y ss.

¹⁸⁷ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso”, *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad de Comillas, 2000, p. 40.

¹⁸⁸ *Idem*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece un ideal común que todos los pueblos y naciones deben esforzarse por alcanzar. La universalidad de los derechos humanos consignados en la Declaración Universal se expresa en el artículo 1o., al señalar: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben de comportarse fraternalmente los unos con los otros”.¹⁸⁹

Acorde con la mencionada humanización del derecho internacional y la universalización, ubicamos el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, el cual señala “que los pueblos de las Naciones Unidas se proclamaron resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana”.¹⁹⁰ En ese mismo sentido, los artículos 1(3), 55 y 56 de la Carta se refieren al respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades.¹⁹¹

Los ejes principales del derecho internacional de los derechos humanos son, por lo tanto, el principio de igualdad y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos. Villán Durán¹⁹² afirma que dichos principios constituyen una consecuencia obligada de la dignidad de la persona humana, fundamento mismo de los derechos humanos.

Los mencionados principios de igualdad y no discriminación se integran en un sinnúmero de instrumentos internacionales, como obligaciones fundamentales de los Estados. En la mayoría de los casos no se incorporan como un derecho fundamental independiente, sino como una condición indispensable para garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos de la persona. Dichos principios se consagran entre otros en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales;

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Székely, Alberto, “Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945”, *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, t. I, México, UNAM, 1989, p. 15.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 17 y 32.

¹⁹² Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 96 y 97.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención Europea de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En algunos de dichos instrumentos internacionales no se define el principio de no discriminación ni se enumeran los motivos de distinción o discriminación que no se encuentran permitidos. Así, por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, después de afirmar la igualdad ante la ley, señala que está prohibida toda discriminación, y que se garantizará a todas las personas protección igual y efectiva "...contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".¹⁹³

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que el término "no discriminación" utilizado por el Pacto se debe entender referido a

...toda discriminación, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos... 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 todos.¹⁹⁴

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Protocolo 12, del 4 de noviembre de 2000,¹⁹⁵ supera al artículo 14 del CEDH, al establecer una serie de previsiones, que llevan la protección de la igualdad a un estadio de mayor protección. Lo curioso es que los Estados de la comunidad internacional, por diversas razones, no se consideran obligados a cumplir con dichos compromisos, a pesar de haber insertado con toda claridad en los instrumentos internacionales de derechos huma-

¹⁹³ *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a derechos humanos y temas conexos*, t. I, México, CNDH-ACNUR-UIA, 2002, p. 112.

¹⁹⁴ Observación general 18: No discriminación (37o. periodo de sesiones, 1989).

¹⁹⁵ Protocolo adicional núm. 12, del 4 de noviembre de 2000, en vigor el 1o. de abril de 2005.

nos los principios mencionados de igualdad y no discriminación, e incluso de constituir dichos principios los ejes centrales de las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos. En el caso de los inmigrantes irregulares, los Estados de la comunidad internacional, por diversas razones, no se consideran obligados a cumplir con dichas obligaciones.

2. La importancia de las opiniones consultivas OC/16 y OC/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Opinión consultiva OC/16: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso

La política gubernamental de criminalizar la migración irregular ha ocasionado diversos fenómenos negativos. Uno de ellos es la denegación del derecho de acceso a la justicia a las personas del que son víctimas, originada entre otras razones porque son detenidas y juzgadas sin notificarle al cónsul de su nacionalidad, funcionario que en caso de ser notificado en tiempo oportuno aseguraría la debida asistencia legal y de un traductor a favor del detenido.

Con relación a la problemática antes mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mostró un carácter innovador y creativo de enorme importancia, al determinar que gozaba de competencia para responder la solicitud de opinión consultiva hecha por México y determinar que la materia objeto de la solicitud estaba vinculada con los derechos humanos. Cabe recordar que los Estados Unidos no han ratificado los tratados de derechos humanos.

La CIJ determinó que era competente para atender a la solicitud formulada por México, y que si bien es cierto que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no constituye un tratado en materia de derechos humanos, su artículo 36 contenía un derecho humano fundamental, del que deben gozar los extranjeros, cuyo cumplimiento efectivo se torna en indispensable para el caso de los inmigrantes en situación irregular, para asegurar su debido proceso legal en caso de detención.

La OC/16¹⁹⁶ fue solicitada con relación al derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Dicha opinión fue solicitada por México en razón de la pena de muerte impuesta judicialmente a mexicanos por gobierno de los Estados Unidos y no informar su detención al cónsul de México. Para mediados de los noventa, México enfrentaba un patrón de persistente violación del artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en los procedimientos que conllevan la pena capital de sus nacionales en diversas entidades federativas estadounidenses. México afirmaba que el aviso consular oportuno habría sido determinante para evitar la imposición de la pena capital, porque, entre otras cosas, la asistencia consular evitaba la autoincriminación de los nacionales. En tal virtud, debía brindarse un recurso efectivo a los sentenciados que permitiera reponer los procedimientos viciados por la violación del artículo 36. Escudándose en doctrinas de derecho interno, las autoridades de Estados Unidos rechazaban que la asistencia consular hubiera alterado el resultado de los procesos. Los tribunales, fiscales, gobernadores y juntas de clemencia de ese país se negaban a revisar los casos bajo tal concepto de agravio. Para el gobierno federal de Estados Unidos, bastaba la presentación de las disculpas oficiales.¹⁹⁷

México, tan pronto tomaba conocimiento de los casos, protegía activamente a sus nacionales con defensores calificados, la obtención de pruebas mitigantes y la presentación de *amicus curiae* ante tribunales estadounidenses. Incluso inició demandas frente a la ejecución de los conacionales Irineo Tristán Montoya y Mario Benjamín Murpy en Texas y en Virginia, respectivamente, llevada a cabo no obstante las protestas diplomáticas y las peticiones de clemencia.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, opinión consultiva OC-16/99, del 1o. octubre de 1999, serie A, núm. 16, <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

¹⁹⁷ Cicero Fernández, Jorge, “La experiencia de México en las cortes Interamericana de Derechos Humanos e Internacional de Justicia. Evolución y desafíos. Los retos de la política exterior de México en la actual coyuntura”, *Cuadernos de Política Internacional*, México, núm. 11, 2004, p. 64.

¹⁹⁸ Fuentes Navarro, Eugenio, *Nacionalidad y protección de la persona en el extranjero*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 275.

En la consulta se plantearon diez preguntas concernientes a la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La Corte, en el interés de la justicia, reformuló la consulta, a efecto de interpretar la Convención Americana en lugar de la Carta y la Declaración. Muy lejos ya de sus postulados iniciales, México se constituyó en el primer país en solicitar a la Corte la interpretación de disposiciones específicas de tratados distintos a la Convención Americana, así como el primero en someter al escrutinio judicial internacional la aplicación de la pena de muerte en contravención de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.¹⁹⁹

El procedimiento suscitó un interés sin precedente. Además de las observaciones de la Comisión, la Corte recibió escritos y escuchó los argumentos orales de ocho naciones, incluyendo a Estados Unidos, dieciocho organismos no gubernamentales, académicos, e individuos que participaron con *amicus curiae*.²⁰⁰ En su opinión OC/16, la Corte puntualizó:

El derecho a la asistencia consular debe proveerse “sin dilación”, esto significa 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 autoridad.²⁰¹

La OC/16 establece con claridad que el extranjero goza del derecho fundamental de asistencia consular, el cual le permite acceder a la justicia. La no observancia del derecho contemplado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal del extranjero. A pesar de la existencia de la obligación de notificación consular previa o inmediata a la detención de

¹⁹⁹ Opinión consultiva OC/16, 1o. de octubre de noviembre de 1999, sobre el derecho de notificación consular en el marco de la garantía del debido proceso legal, *cit.* (150), pp. 29, 30 y 31.

²⁰⁰ Opinión consultiva 16, 1o. de octubre de noviembre de 1999, sobre El derecho de notificación consular en el marco de la garantía del debido proceso legal, *cit.* (150), transcripción de la audiencia pública del 12 y 13 de junio de 1998, pp. 58 y ss.

²⁰¹ Opinión consultiva OC/16, 1o. de octubre de noviembre de 1999, El derecho de notificación consular en el marco de la garantía del debido proceso legal, *cit.* (150), p. 97.

los extranjeros, con dicha opinión se dimensiona la notificación consular en el ámbito de la protección de los derechos humanos, en específico con relación al derecho fundamental de acceso a la justicia.²⁰²

En caso de no cumplirse con la referida obligación, además de generar la responsabilidad internacional por el incumplimiento de la obligación convencional en lo relativo a los derechos humanos y al derecho de acceso a la justicia, el Estado deberá iniciar de nuevo el proceso, previa notificación del cónsul, para garantizar el ejercicio efectivo de ese derecho. Cabe agregar que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la OC/16 no distinguen entre inmigrantes regulares e irregulares; por lo tanto, la obligación del Estado deberá cumplirse en igualdad de condiciones tanto si es un inmigrante regular o irregular.

B. Opinión consultiva OC/18: La condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados

Otro de los padecimientos de los inmigrantes indocumentados derivado de su situación irregular es el relativo a la denegación de acceso a la justicia para reclamar sus derechos laborales,²⁰³ situación por demás compleja cuando el que deniega acceso a la justicia es un Estado no parte de las convenciones en materia de derechos humanos. La negativa de los tribunales de Estados Unidos de atender las demandas laborales de los mexicanos obligó al gobierno de México a solicitar otra opinión consultiva el 10 de mayo de 2002.²⁰⁴ La opinión consultiva en su parte medular dispone:

El principio fundamental de igualdad y no discriminación forman parte del derecho internacional general, en cuanto tal es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea Parte o no en determinado tratado in-

²⁰² Cançado Trindade, Antônio A., “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999 of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 18, 2007, pp. 292 y ss.

²⁰³ Cícero Fernández, Jorge, “La experiencia de México en las cortes Interamericana de Derechos Humanos e Internacional de Justicia: evolución y desafíos, en los retos de la política exterior de México en la actual coyuntura”, *Cuadernos de Política Internacional*, México, núm. 11, 2004, p. 64.

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/ 03, del 17 de septiembre de 2003, relativa a “La condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados”, serie A, núm. 18, párrafo 97.

ternacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius 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 con particulares.²⁰⁵

La gran trascendencia de la OC-18 constituye sin lugar a dudas la determinación de que el principio fundamental de respeto al derecho de igualdad y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*. Al realizar dicha determinación, la referida norma se transforma en imperativa para todos los Estados de la comunidad internacional, con lo cual se obliga a los Estados a garantizar de manera efectiva los derechos humanos de los inmigrantes regulares y de los que se encuentran en una situación irregular, sin realizar distinción alguna, con lo que se amplía el estándar mínimo de derechos, al obligar a los Estados a garantizar a todos los extranjeros de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia. La violación de ese estándar presupone una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones.

La Corte Interamericana cubre así una laguna del derecho internacional general en lo referente a los inmigrantes en situación irregular. A partir de la misma, los Estados se encuentran obligados, independientemente de la legal estancia de los inmigrantes, a garantizar de manera efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación las normas internacionales en materia de derechos humanos. Como efecto colateral se limita la enorme discreción de los Estados en esta materia. No habrá que aguardar que un mayor número de Estados ratifiquen la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990, para que queden obligados todos los Estados de la comunidad internacional a respetar los derechos humanos de los inmigrantes irregulares en igualdad de condiciones que cualquier otra persona.

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, relativa a “La condición jurídica y los derechos de los migrantes situación indocumentados”, serie A, núm. 18, párrafos 27-30.

3. *Consideraciones particulares sobre el tratamiento del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular en la Corte Internacional de Justicia*

La Corte Internacional de Justicia se pronunció también sobre el tema del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular, como consecuencia de las demandas presentadas por los Estados por el incumplimiento de la obligación de notificación consular. Las sentencias sobre dicha temática son las dictadas en los casos *La Grand y Avena y Otros Nacionales Mexicanos*. La controversia *La Grand v. Estados Unidos*²⁰⁶ inicia el 2 de marzo de 1999,²⁰⁷ por la aplicación de la pena de muerte a Kart el 24 de febrero de 1998 y a Walter el 3 de marzo de 1999, a pesar de que Alemania obtuvo una orden de medidas provisionales de la CIJ que solicitaba suspender su ejecución.²⁰⁸ La CIJ dictó su sentencia el 27 de junio de 2001.²⁰⁹ En dicha sentencia señala que los Estados Unidos incurrieron en responsabilidad internacional al violar medidas provisionales por la ejecución de Walter e imponer la pena muerte a los nacionales alemanes sin permitir la revisión y la reconsideración de los casos de pena de muerte, por cuanto no se realizó previa o inmediatamente a dichos procesos la notificación consular contemplada en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El caso *Avena y Otros Nacionales Mexicanos* se presentó el 9 de enero de 2003, también por violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en el ámbito de la pena capital. *Avena* se distingue de *La Grand* por su magnitud, pues involucraba a 54 nacionales mexicanos sentenciados a muerte en diez entidades de la Unión norteamericana (Arizona, Arkansas, California, Florida, Illinois, Nevada, Ohio, Oklahoma, Oregon y Texas). *Avena* se constituyó así en una verdadera acción

²⁰⁶ *La Grand (Germany vs. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, ICJ, Reports 2001, p. 466.

²⁰⁷ Badcock, Sandra L. (Rapporteur), “L’application du droit international dans les exécutions capital aux Etats-Unis: De la Théorie à la pratique”, en Cohen-Jonathan, Gérard et Schabas, William (dir.), *La peine capitale et le droit international des droits de l’home*, París, Panthéon-Assas, pp. 207 y 208.

²⁰⁸ *La Grand (Germany v. Unites States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ, Reports, 1999, p. 24.

²⁰⁹ *La Grand (Germany v. Unites States of America)*, Judgment of 27 June 2001, ICJ, Reports, 2001, p. 466.

colectiva (*class action*) internacional, ante el Tribunal Internacional de Justicia.²¹⁰

En Avena, la CIJ escuchó los argumentos escritos y orales de ambas partes, sin la presión de una ejecución inminente. La audiencia de medidas provisionales para evitar las ejecuciones de los inmigrantes mexicanos tuvo lugar el 21 de enero de 2003. La sentencia de medidas provisionales la dictó la CIJ el 5 de febrero siguiente. A partir de dicha sentencia los Estados Unidos estaban obligados a tomar todas las medidas necesarias para garantizar que los sentenciados César Roberto Fierro, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres Aguilera no fueran ejecutados durante el curso de los procedimientos.²¹¹ En violación de dicha sentencia de medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia, y en contra de la opinión del abogado general de Oklahoma y de la Corte de Apelaciones de la precitada entidad federativa, se fijó el 18 de mayo de 2004 como fecha de ejecución de Torres Aguilera. Tal acción desencadenó las inmediatas protestas del gobierno de México con base en el incumplimiento de las medidas provisionales que dictó el CIJ.

Estados Unidos, para desconocer la competencia de la CIJ en su argumentación jurídica, puntualizó que no se agotaron los recursos internos, que las sentencias de pena de muerte en algunos casos se hubieran conmutado al solicitar clemencia al gobernador si la legislación de la entidad federativa de la unión norteamericana lo permitía. Frente a dicho argumento, la CIJ consideró que los procesos de clemencia no constituyen un recurso jurídico, y que por tanto se cumplía con la norma internacional del agotamiento de los recursos internos.

También precisó Estados Unidos que el asunto sometido a la CIJ era una cuestión de derecho interno vinculado con el ejercicio de la jurisdicción penal que corresponde ejercer a los Estados, al igual que determinar las normas aplicables con relación al arresto, detención, proceso y condenas de las personas que cometan delitos dentro de su territorio, sin que dichas cuestiones queden sujetas al cumplimiento de ninguna norma internacional, y que por tanto carecía de competencia para conocer del caso. Sobre esta cuestión, la CIJ puntualizó que si bien es cierto que los

²¹⁰ Avena and others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004, ICJ Reports 2004, p. 12.

²¹¹ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, ICJ Reports 2003, p. 77.

Estados determinan de manera soberana las normas que en materia penal rigen dentro de su territorio, eso no eximía a dicho Estado de cumplir con lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.²¹²

Las audiencias sobre el fondo tuvieron lugar el 15 y 19 de diciembre de 2003, y la CIJ emitió su sentencia el 31 de marzo 2004. Ésta representa un desarrollo significativo en relación con la sentencia *La Grand*. En *Avena* la CIJ concluye que los Estados Unidos, por incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, debe “brindar revisión y reconsideración a los 51 casos de mexicanos detenidos en que no se notificó al Cónsul de México su detención en los términos de la Convención”, precisa que “los procedimientos de clemencia, tal y como se practican hoy día en el sistema de justicia penal de Estados Unidos, no bastan por sí mismos para el cumplimiento de ese propósito, aunque la revisión y reconsideración judicial pueden ser completadas con procedimientos adecuados de clemencia”.²¹³

De esta forma, aunque no reconoce expresamente la CIJ en su sentencia que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene un derecho fundamental cuyo incumplimiento ocasiona la vulneración del debido proceso legal, al solicitar la reconsideración y revisión de los procesos, reconoce que ese derecho forma parte de la garantía del debido proceso legal al requerir a Estados Unidos de Norteamérica la revisión y reconsideración de los procesos incoados contra los nacionales mexicanos.

El gran aporte de la sentencia del caso *Avena* se centra en la determinación de la CIJ de que la obligación contenida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares constituye una obli-

²¹² *Avena and others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Judgment of 31 March 2004, ICJ Reports 2004, p. 12.

²¹³ *Idem*.

gación *erga omnes*,²¹⁴ con lo cual se cuestionó la utilidad de la acción de protección diplomática.²¹⁵

Los beneficios de la sentencia del caso Avena a favor de los inmigrantes en situación irregular y su derecho de acceso a la justicia se hicieron valer casi de forma inmediata por México. Así por ejemplo, derivado de la revisión de los procesos, las autoridades de Oklahoma conmutaron la pena de muerte de Osvaldo Torres Aguilera²¹⁶ por otra de cadena perpetua.²¹⁷

A pesar de la aceptación y cumplimiento de la sentencia del caso Avena en diversas entidades federativas de la Unión Norteamericana, en Texas, el 5 de agosto de 2008, fue ejecutado José Ernesto Medellín Rojas. El gobierno de México, ante la inminente ejecución, solicitó el 5 de junio a la CIJ, que dictara medidas provisionales en orden a “preservar los derechos de México y de sus nacionales”²¹⁸ derivados de la sentencia

²¹⁴ Torroja Matéu, H., “La protección diplomática de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. LVIII, AEPDIRI, 2006, pp. 205 y ss; Requena Casanova, “La protección efectiva de los derechos consulares en el plano judicial: a propósito de la sentencia Avena (México vs. Estados Unidos de América)”, *REDI*, vol. LVI, 2004-2, pp. 782 y 783.

²¹⁵ Sobre obligaciones *erga omnes* véase Ragazzi, M., *The Conception of International Obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997. También véase el Proyecto de Responsabilidad del Estado por Hechos Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001, AG. RES. 56/83 del 12 de diciembre de 2001. “Contribuciones al Symposium Assessing the work of the International Law Commission on State Responsibility”, *EJIL*, vol. 13, núm. 5, 2002. El análisis más completo sobre el tema, Cançado Trindade, Antônio Augusto, “International Law for Humankind: Towards a New *jus gentium*”, *General Course on Public International Law*, Offprint from Collected Courses, volume 316 (2005), t. I, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 336 y ss.

²¹⁶ Comunicado de prensa de la oficina del gobernador Brad Henry, del 13 de mayo de 2004, por el que se concede clemencia al señor Torres. Consulta en <http://www.governor.state.ok.us>

²¹⁷ Hay un sinnúmero de casos de mexicanos sentenciados a muerte sin el goce de sus derechos consulares, objeto de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Cf*: los comunicados de prensa núm. 18/00 (admisibilidad del caso de Ramón Martínez Villarreal) y núm. 17/00 (ejecución de Miguel Ángel Flores en desacato a las medidas cautelares indicadas), ambos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²¹⁸ Request Provisional Measures in order to preserve the rights of Mexico and its Nationals pending the Court’s Judgment in the proceedings on the interpretation of the Avena Judgment, of 5 June 2008, en <http://www.icj-cij.org>

del caso Avena. A pesar de la orden de medidas provisionales de la CIJ del 18 de julio de 2008, Medellín fue ejecutado.

Razón por la cual el gobierno de México solicitó a la Corte Internacional de Justicia la interpretación de la sentencia del caso Avena.²¹⁹ La primera cuestión se centró en los efectos directos de la obligación establecida en el parágrafo 153, inciso (9), de la sentencia. De manera específica, México solicitó que se determinara con base en el texto de dicho parágrafo si la obligación de los Estados Unidos de proveer revisión y reconsideración de las condenas y sentencias constituye una obligación de resultado o de medios, como parece indicar la sentencia.

En una segunda pregunta solicitó que se determine si los Estados Unidos cumplen con su obligación con proveer de los medios que estén a su alcance para la revisión y consideración de las condenas y sentencias ante cualquier órgano competente, agencia del Estado o subdivisión política del orden federal o local, o debe garantizar que no se apliquen las sentencias de muerte sin otorgar la revisión y reconsideración de las sentencias, sin que constituya una exigente para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la sentencia los impedimentos de derecho interno. La tercera pregunta se vincula con la ejecución de Medellín. Se cuestiona si con dicho acto se incumple la orden de las medidas provisionales del 18 de julio de 2008 y la sentencia de la CIJ del 31 de marzo de 2004.²²⁰

Resulta lamentable que en la solicitud formulada por el gobierno de México se haya desperdiciado una magnífica oportunidad para la determinación de los efectos jurídicos del incumplimiento de una obligación *erga omnes*, en razón de la precisión realizada por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2004 en el parágrafo 151, en que puntualiza:

151. The Court would now re-emphasize a point of importance: In the present case, it has had occasion to examine the obligations of the United States under Article 36 of the Vienna Convention in relation to Mexican nationals sentenced to death in the United States. Its findings as to the duty

²¹⁹ Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 19 January 2009, en <http://www.icj-cij.org>

²²⁰ Quintana, Juan J., "Consular Notification in Death Penalty Cases Returns to the World Court: A Note on Avena and Medellín, Human Rights Brief", *American University Washington College of Law*, Washington, vol. 16, Issue 1, 2008, pp. 29 y ss.

of review and reconsideration of convictions and sentences have been directed to the circumstance of severe penalties being imposed on foreign nationals who happen to be of Mexican nationality. To avoid any ambiguity, it should be clear that, while what the Court has stated concerns the Mexicans nationals whose cases have been brought before it by Mexico, the Court has been addressing the issues of principle raised in the course of the present proceedings from the viewpoint of the general application of the Vienna Convention, and there can be no question of making an *a contrario* argument in respect of any of the Courts findings in the present Judgment. In other words, the fact that in the case the Court's ruling has concerned only Mexican nationals cannot be taken to imply that the conclusions reached by it in the present Judgment do not apply to other foreign nationals finding themselves in similar situations in the United States.²²¹

En otros casos donde emergieron obligaciones *erga omnes* precisa el juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, en su Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*,²²² que se han perdido magníficas oportunidades para determinar las consecuencias por el incumplimiento de esta clase de obligaciones; en el caso de las normas de *ius cogens*, los efectos jurídicos de dichas normas y las consecuencias que derivan por su incumplimiento se encuentran determinadas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; en cambio, en el caso de las obligaciones *erga omnes*, no se han determinado los efectos jurídicos de ellas y las consecuencias de su incumplimiento.

Resulta evidente de la simple lectura de la reciente sentencia de la CIJ,²²³ el grave retroceso en materia de responsabilidad internacional y en lo relativo a la delimitación del estándar mínimo de derechos de los

²²¹ Avena and Others Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment I.C.J. Reports 2004, p. 12, par. 151.

²²² Cançado Trindade, Antônio Augusto, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *General Course on Public International Law*, Offprint from Collected Courses, volume 316 (2005), t. I, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 336 y ss.

²²³ Judgment International Court of Justice of 19 January 2009, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexicans Nationals (Mexico v. United States of America), <http://www.icj-cij.org>

extranjeros. Precisamente las dos aportaciones que ofrece la sentencia de 2004 en lo relativo al estándar mínimo de derechos corresponden a la determinación de que la notificación consular constituye una obligación *erga omnes*, y que el no revisar y considerar los casos en que se incumplió con dicha obligación constituye una privación ilegal de la vida. En materia de responsabilidad internacional se omite en la sentencia de 2009 de manera grave, determinar las consecuencias del incumplimiento de los Estados Unidos de Norteamérica de las medidas provisionales dictadas el 16 de julio de 2008, y de la sentencia de 2004 por la ejecución del señor Medellín.