

# Capítulo III

## La eficacia del sistema internacional de protección de derechos humanos de los migrantes

# La eficacia del sistema internacional de protección de derechos humanos de los migrantes

La raza no blanca, está físicamente constituida para el trabajo agrícola, porque los mexicanos son más cortos de estatura, luego, están más cerca del suelo y hacen un menor esfuerzo para realizar el trabajo agrícola que requiere de estar agachado, en tanto que la raza blanca, en contraste, está físicamente constituida para el trabajo industrial, que requiere que sus trabajadores estén de pie...

Congresista de California ante el Congreso en Washington, en 1907, citado por Feagin, Joe R., *Racial and Ethnic Relations*, 6ª ed., Nueva Jersey, Upper Saddle River, Prentice Hall, 1999, p. 301.

The persistent inflow of Hispanic immigrants threatens to divide the United States into two peoples, two cultures, and two languages. Unlike past immigrant groups, Mexicans and other Latinos have not assimilated into mainstream U.S. culture, forming instead their own political and linguistic enclaves—from Los Angeles to Miami—and rejecting the Anglo-Protestant values that built the American dream. The United States ignores this challenge at its peril.

Samuel P. Huntington, “The Hispanic Challenge”,  
en *Foreignpolicy*, marzo/abril 2004

Uno de los temas imprescindibles en nuestros días en el mundo, es el de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, cuya protección quedó durante muchos años únicamente en el ámbito discrecional de los Estados, pero a partir de la segunda posguerra del siglo xx, y debido al flujo creciente de migrantes que se evidenciaba en

cada uno de los Estados receptores, surgió un fuerte movimiento para llevar al ámbito del Derecho Internacional la tutela de los Derechos Humanos, concibiendo evidentemente los derechos humanos de los migrantes, priorizando su carácter laboral. Este movimiento en pro de los Derechos Humanos tuvo su primera expresión, en el Continente Americano con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948; y fue seguida por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, enunciada en París, el 10 de diciembre del mismo año.

A partir de entonces, se han concretado numerosos convenios y pactos internacionales sobre Derechos Humanos, que tienen una aplicación inherente en los trabajadores migrantes, entre los cuales destacan por su trascendencia, los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966. A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, en noviembre de 1969, constituye el documento más importante de promoción y protección de derechos humanos en América.

Desafortunadamente, a pesar del impulso creciente por buscar las ratificaciones a tales tratados y darles una aplicación efectiva en la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias, todavía subsiste la problemática entre los Estados con relación al reconocimiento e incorporación de las normas de tratados internacionales en el derecho interno. Sin embargo, cada vez más se observa un impulso entre algunos Estados para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos u órganos de protección de los Derechos Humanos, generándose así transformaciones en el ámbito interno de estos Estados, a fin de introducir, aunque de manera paulatina, una cierta preeminencia de las normas de carácter internacional.

Un aspecto que se debe resaltar, es el progresivo avance en el reconocimiento de Organismos Internacionales de promoción y resolución de conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como es el caso de Europa, en la cual la Corte Europea de Derechos Humanos es ampliamente reconocida

y aceptada por todos los Estados. En este sentido, los Estados Americanos han creado su propio sistema de protección de tales derechos, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; instituciones que tienen como objetivo el hacer aplicables el sistema regional de promoción y protección de tales derechos. Sin embargo, en el caso de la Corte Interamericana, ésta no puede ejercer plenamente su jurisdicción en todo el Continente, debido a que algunos Estados, como Dominica, Granada, y Jamaica,<sup>203</sup> aun siendo parte de la Convención Americana, mantienen reservas sobre el reconocimiento a tal jurisdicción. Sin embargo, lo que realmente resulta un obstáculo es el hecho de que Estados Unidos no ha ratificado la Convención y Canadá ni la ha firmado, y por ende, no aceptan la existencia de la Corte.<sup>204</sup>

Como anteriormente señalamos, el impulso a la protección y promoción a los Derechos Humanos de los migrantes se origina después de la Segunda Guerra Mundial, debido como ya se mencionó, a la creciente marea internacional de migrantes en el mundo. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre sería la primera enunciación de toda una serie de deseos y voluntades de la Sociedad Internacional hacia el respeto a la dignidad humana. Sin embargo, no bastan los buenos deseos ante la agresión sistemática de toda una estructura estatal e internacional que coarta las libertades más esenciales del ser humano, que violenta hasta el derecho más fundamental de tener personalidad jurídica, es decir ser reconocido como individuo. Por lo cual, la necesidad de que existan instituciones expresamente formadas para la protección y promoción de tales derechos, es total y absoluta. Pero, para que existan instituciones encargadas de proteger el respeto a tales derechos, es necesario que todos los Estados las acepten sin límites, sin restricciones. No hay motivo, por el cual los Estados se muestran

---

<sup>203</sup> Hasta enero de 2004, estos estados Americanos habían ratificado la Convención Americana pero no habían reconocido la jurisdicción de la Corte, según el artículo 62 de la misma.

<sup>204</sup> Desafortunadamente estos dos países receptores de la mayor parte de la migración regional e internacional no reconocen esta institución, puesto que no han ratificado el órgano regional de protección a los derechos humanos.

temerosos ante una “aparente pérdida de soberanía”, pues la instancia protectora de Derechos Humanos sólo ejercería su jurisdicción, hasta cuando se hayan agotado todas las instancias nacionales y no se hubieran hallado soluciones a las violaciones de los derechos humanos.

### III.1 La aplicación de las normas jurídicas internacionales en el ámbito interno

El principio de libre autodeterminación de los pueblos que es sustentado en su doctrina y normas positivas por el derecho internacional, ha representado un marco específico para el concepto de soberanía, es decir, los pueblos tienen el derecho de elegir su destino sin la intervención de entes externos, así como el ser respetados por toda la sociedad internacional. Sin embargo, la sociedad internacional se conmociona ante las atrocidades que se cometen al amparo de una soberanía “autárquica” tradicional, como la que sustentan los Estados Unidos. Todas estas situaciones han determinado la toma de conciencia de la sociedad internacional, cada vez más interrelacionada, para hacerle frente a estas violaciones terribles de la dignidad humana, específicamente en el caso de los trabajadores migrantes.

En nuestros días, debido a la cantidad y cualidad de los problemas que afectan a los estados, no es posible hallarles respuestas, bajo el tradicional concepto de soberanía dado que la acción de un sólo estado es inoperante, puesto que se necesitan acciones conjuntas o globales para su solución. Por lo tanto, actualmente es imprescindible el replantear la soberanía, pero a partir de una reorganización del sistema internacional, más justo y equitativo.<sup>205</sup>

La soberanía que permitiría el establecimiento de instituciones internacionales de promoción y protección de los derechos humanos, como la Corte Interamericana, puede resumirse en el derecho de todas las naciones a autogobernarse, en lo tocante a los asuntos claves para preservar y aun enriquecer su identidad como nación indepen-

---

<sup>205</sup> González Souza, Luis, *Soberanía herida*, tomo I, México, Nuestro Tiempo, 1994, p. 70.

diente, únicamente limitada por la interacción de todos los Estados en su búsqueda de un bien común, es decir una intersoberanía o soberanía compartida.

Tradicionalmente, el concepto de soberanía ha tenido una acepción ambivalente, de la constitución de la autoridad política y legal dentro del Estado, o bien de la relación del Estado con otros actores del ámbito internacional. Tal dualidad se encuentra reflejada hoy en día, en la distinción que se establece entre soberanía interna y soberanía externa. Si se concibe a la soberanía externa en su aspecto jurídico, esta tendría que enfocarse desde la perspectiva de la distribución de autoridad y, no tanto, desde la distribución del poder, lo cual llevaría a una discusión adicional, sumamente útil, para abordar la discusión endémica entre “soberanía” e “interdependencia”; es decir, la distinción entre “soberanía” y “autonomía”, donde esta última, se entendería como la ausencia de restricciones externas significativas en la conducción de los asuntos de un Estado. Además, esto explicaría por qué toda la evidencia presentada en diversos estudios internacionales sobre la erosión de la autonomía estatal tradicional, a raíz de la creciente interdependencia económica, no proporciona de manera contundente y necesaria apoyo a la tesis de la erosión de la soberanía en la práctica internacional.<sup>206</sup>

En lo relativo a los derechos humanos, la aceptación de tratados que comprometan al Estado a proteger estos derechos en su interior, le impone una restricción indivisible e irrenunciable al poder soberano de los Estados parte.

La protección internacional efectiva de los derechos humanos encuentra por parte de los Estados, resistencias difíciles de superar. Sin embargo, un Estado parte en un Tratado de Derechos Humanos admite proteger estos derechos y tiene la obligación de permitir la observación por parte de órganos externos, aceptados por él mismo, de la vigencia de estos derechos en su interior, así como aceptar propuestas de solución

---

<sup>206</sup> Gil Villegas, Francisco, “La soberanía de México ante el reto de la globalización y la interdependencia”, *Revista de Relaciones Internacionales*, FCPYS, UNAM, México, abril-junio de 1994, núm. 62, pp. 45-46.

a estas situaciones. Ya la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ha establecido que los Estados no pueden invocar el derecho interno para incumplir un Tratado, pues establece en su artículo 27 que: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.<sup>207</sup>

Debido a que los Derechos Humanos forman parte del desarrollo pleno de la vida, deben preocupar a toda la humanidad por igual, pero no nada más debe haber preocupación sino ocupación. Puesto que la ocupación por los derechos humanos en el ámbito internacional, sólo es posible mediante un nivel de exigencia en los Estados, en cuyo territorio se consuman las violaciones de estos derechos.

Si los Estados se resistieran de manera unánime y sin reservas a admitir la supremacía de los derechos humanos, y a su vez, negaran la competencia de los organismos internacionales encargados de velar por ellos, el poder arbitrario de los Estados podría ser infinito, como lo demuestran las acciones implementadas en contra de los trabajadores migrantes en los Estados Unidos. Parecería que la humanidad regresa a la edad media, en la cual, los señores feudales se resistían a admitir la supremacía necesaria para mejorar las condiciones de la civilización. Un Estado sólo podría ser realmente soberano, en la medida en que fuera apto para respetar y hacer respetar los derechos humanos, puesto que esto le aseguraría una estabilidad política y social, así como el fortalecimiento de una real democracia que propicie su autonomía y le abra posibilidades de desarrollo.

Es necesario dejar en claro que la protección de los derechos humanos no es un asunto de la jurisdicción interna de los Estados, porque tales derechos son anteriores y superiores a los de cualquier Estado, de modo que el principio de no-intervención debe interpretarse en plena armonía con el respeto a los derechos humanos. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido y sostenido jurisprudencia al respecto, en el sentido de que:

---

<sup>207</sup> Arellano, Carlos, *Derecho internacional público*, 4ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 698.

Los tratados o convenciones que protegen los derechos humanos no son de tipo tradicional circunscrito para un beneficio mutuo entre los Estados contratantes, sino que, al ser su objeto y fin la protección de los derechos humanos, los Estados parte asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino de manera unilateral y hacia los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, con lo cual se busca el bien común de la humanidad.<sup>208</sup>

### III.1.1 La preeminencia del derecho internacional público en los Estados Unidos

En el territorio de un Estado tienen vigencia tanto normas de derecho internacional como normas de derecho interno. Cuando hay coincidencia en lo ordenado entre unas y otras no existe problema alguno pero, cuando hay una discrepancia entre lo dispuesto por la norma internacional y lo prescrito en la norma interna, es indispensable considerar cuál de ellas debe prevalecer.

La interferencia que se suscita entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido analizada por los teóricos del derecho internacional público, desde que el jurista alemán Enrique Triepel, en su obra *Derecho Internacional y Derecho Interno*, abordó el tema a finales del siglo XIX.<sup>209</sup>

En el Derecho Internacional Público se concibe la preeminencia de la norma jurídica internacional sobre la interna, esto es sustentado por la teoría Monista Internacionalista, en ésta, tiene primacía la norma jurídica internacional, en caso de oposición, entre la norma jurídica interna y la norma jurídica internacional.<sup>210</sup>

Hans Kelsen, gran jurista del siglo XX, le dio expresión jurídica científica a la tesis monista internacionalista al establecer la supremacía de la norma jurídica internacional sobre la norma jurídica interna. Por lo tanto, si hay una oposición entre lo dispuesto en una norma jurídica interna y lo establecido en una norma jurídica internacional, ha de

<sup>208</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 2-82, 24 de septiembre de 1982.

<sup>209</sup> Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 9-18.

<sup>210</sup> Arellano, Carlos, *op. cit.*, p. 97.



prevalecer la regla *pacta sunt servanda*. Para Kelsen, el orden jurídico internacional sólo tiene significado como parte de un orden jurídico universal que comprenda también a todos los órdenes jurídicos nacionales.

Kelsen señala además, que la supremacía del Derecho Internacional es la consecuencia lógica de un sistema piramidal de normas que, al partir de la norma originaria como base de todo el derecho, nos lleva necesariamente a afirmar la unidad del sistema de derecho, de este modo, no puede considerarse que el Derecho Internacional y el Interno, sean dos sistemas jurídicos diferentes sino dos partes del sistema general único. El Derecho Interno, con aplicación dentro del dominio de la competencia del Estado, se encuentra subordinado al Derecho Internacional, que es el que fija los límites de esa competencia.<sup>211</sup>

Un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta el respeto a las normas jurídicas internacionales, puesto que el interés colectivo de la sociedad internacional es superior al interés de cualquiera de las sociedades nacionales.<sup>212</sup> Lo que lleva a tal planteamiento, es la necesidad de que la protección de los derechos humanos sea una actividad regulada por el Derecho Internacional.

El Derecho Internacional, que sólo vale en cuanto un Estado lo reconoce como obligatorio para sí, no aparece como un orden jurídico supraestatal, aunque tampoco como un orden jurídico independiente del orden estatal propio y aislado frente a él; si no como una parte constitutiva del orden jurídico estatal propio, como el conjunto de aquellas normas del orden jurídico estatal que regulan la conducta con otros Estados y que son incorporadas por vía de “reconocimiento.”<sup>213</sup> Las normas que regulan la conducta del propio Estado hacia afuera, es decir, el Derecho Internacional tiene su fundamento de validez en la constitución del Estado que se acoge al Derecho Internacional.<sup>214</sup>

El internacionalista mexicano, Carlos Arellano, señala que la norma internacional ha de prevalecer por encima de lo que disponga la

<sup>211</sup>Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 1981, p. 45.

<sup>212</sup>*Ibidem*, p. 46-47.

<sup>213</sup>Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, México, Nacional, 1981, p. 187.

<sup>214</sup>*Idem*.

norma interna, ya que doctrinalmente, es partidario de la supremacía de la norma jurídica internacional y juzga necesario que, tanto en el Derecho Internacional contenido en los tratados internacionales como en el Derecho Interno, se admita expresamente tal supremacía de la norma jurídica internacional, puesto que es la única manera de mantener la armonía en la comunidad internacional, con base en una sumisión de los Estados a la norma jurídica internacional.<sup>215</sup>

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, en su artículo 2, párrafo 2, da la supremacía al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, señala que: “Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente convención, se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el Derecho Interno de cualquier Estado”. También, en su artículo 26, se hace alusión al respeto del principio *pacta sunt servanda*, cuando se señala que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Además, se señala lo inapropiado de la invocación de la norma jurídica interna por parte de un Estado, para incumplir una norma jurídica internacional. “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento”.<sup>216</sup>

Arellano sustenta, que los Estados no admiten someterse a la norma jurídica internacional, debido a que no se les puede hacer efectiva la responsabilidad internacional, por lo cual propone que se proscriba la práctica errónea de justificar la no-aplicación de la norma jurídica internacional, ante la norma jurídica interna.

Las legislaciones locales se clasifican, para efectos del nivel jerárquico que tienen los tratados internacionales en el derecho interno, en monistas internacionalistas, monistas nacionalistas y dualistas.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> Arellano, *op. cit.*, p. 99.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 698.

<sup>217</sup> Terminología que usa Carlos Arellano García, en su libro *Derecho internacional público*, 4ª ed., México, Porrúa, 1999. Cesar Sepúlveda utiliza los términos “teoría

La corriente nacionalista coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico inferior a la legislación local, por tanto, en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de un tratado y la legislación local, prevalece esta última. La corriente internacionalista coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico superior a la legislación local; por ello, en caso de incompatibilidad, prevalece el tratado internacional.

La corriente dualista distingue los regímenes jurídicos y ámbitos de aplicación de los tratados internacionales de las leyes locales, lo que da como resultado que se tengan, conceptualmente, dos órdenes jurídicos separados. El régimen del derecho interno regula las relaciones jurídicas y sus consecuencias locales, y los tratados internacionales regulan los compromisos entre el Estado correspondiente con las contrapartes del tratado, sin que el mismo tenga efectos en el derecho local.

De acuerdo con el enfoque dualista, el derecho internacional y constitucional se distinguen tan radicalmente en materia de los sujetos del derecho, sus fuentes y su subsistencia, que una norma del derecho internacional nunca puede *per se* convertirse en parte del derecho nacional; debe convertirse por virtud de un acto de autoridad expreso o tácito del Estado. Por lo cual, así concebida, la teoría dualista, es una manifestación de la visión jurídica positivista tradicional.<sup>218</sup>

En los países donde se sostiene esta corriente, para que el tratado surta sus efectos en el ámbito local, se requiere que los órganos legislativos locales, expidan “leyes” que reflejen los compromisos internacionales asumidos conforme al tratado, y los hagan operativos en el ámbito nacional. A este tipo de leyes, se les conoce como legislación instrumentante.<sup>219</sup> Esto es necesario ya que, en estos sistemas, la aprobación de un tratado por el Parlamento, no es considerada *per se* suficiente para incorporarlo a su derecho doméstico; aun cuando los términos del tratado podrían justificar su operación como “autoapli-

---

monista interna” y “teoría monista internacional”, cap. 5, inc. a) de su obra *Derecho Internacional*, 5ª ed., México, Porrúa, 1973, pp. 67 y 68.

<sup>218</sup> Lauterpacht Hersch, citado por Dugard, John, *International Law. A South African Perspective*, Juta & Co. Kenwyn, 1994, p. 36.

<sup>219</sup> El término utilizado en inglés es “implementing legislation”.

cativos”. Si afecta cuestiones legislativas o constitucionales, los parlamentos tendrán que emitir una legislación separada para tal efecto.<sup>220</sup>

Estas corrientes influyen, de manera determinante, en los requisitos que el derecho local establece para efectos de que un Estado celebre tratados internacionales y para que éstos formen parte del derecho interno. Lo anterior puede suceder, ya sea al expedir leyes autónomas o simplemente, al incorporar al tratado internacional, el derecho local. Cabe hacer notar, que desde luego, “hay una gran variedad de métodos utilizados para dar efecto a los tratados; y los métodos usados difieren dentro del mismo Estado, dependiendo de la naturaleza y de los términos del tratado, y a veces también en elección del Estado, respecto de la manera de instrumentarlo”.<sup>221</sup> Así habrá regímenes que permitan celebrar tratados con la firma de quien tenga poderes plenos para el efecto, sin necesidad de ratificación por el órgano legislativo, habrá países cuyas constituciones exijan la ratificación del órgano legislativo para considerarse vinculados al tratado, y habrá diferentes requisitos de votación que se deberán cumplir para la aprobación, por parte del órgano legislativo.

Normalmente, mientras mayor jerarquía se les reconozca a los tratados internacionales en el orden jurídico local, mayores serán los requisitos de carácter formal que exigen las constituciones respectivas. Dependiendo de la corriente que adopte un sistema jurídico, las consecuencias serán determinantes, pues en los regímenes nacionalistas no se aceptará ninguna norma internacional como jerárquicamente superior a las internas; por tanto, el resultado es el posible enfrentamiento entre las normas de derecho internacional y las de derecho interno.

Los regímenes internacionalistas no presentan este problema, pero en los dualistas puede presentarse una dicotomía, en tanto un acto que puede ser reconocido como un acto violatorio del tratado,

---

<sup>220</sup> Sperdutti, Giuseppe “Dualism and Monism: A Consideration to be Overcome”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 473.

<sup>221</sup> Jacobs, Francis G., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, United Kingdom, National Committee of Comparative Law, vol. 7, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, Introducción, p. 26

puede no ser considerado ilegal en el ámbito local. En los países favorecedores de las corrientes dualistas, las disposiciones de un tratado no pueden ser invocadas por los individuos ante tribunales, ya que los tratados no constituyen fuente de derecho, a menos que sean transformados en régimen interno por una legislación instrumental.

Asimismo, dependiendo de la teoría adoptada por los Estados, la vigencia de los tratados internacionales se asumirá de manera diferente, pues en los países en los que los tratados tienen supremacía, éstos no pueden ser derogados por disposiciones posteriores de menor jerarquía, mientras que esto sí puede suceder en los países que adoptan posiciones nacionalistas.

Como ejemplo de constituciones que ubican a los tratados internacionales en un nivel jerárquico inferior a la Constitución, pero en un plano de igualdad ante las leyes nacionales, tenemos el caso estadounidense.<sup>222</sup>

Como asunto de derecho interno, tanto los tratados como las leyes deben ajustarse a los requisitos de la Constitución; ninguna disposición de un tratado entrará en vigor como derecho de los Estados Unidos si contradice la Constitución. Por ello, los Estados Unidos no pueden aceptar ninguna obligación impuesta por un tratado que limite derechos constitucionalmente protegidos.

En virtud de la Constitución, los tratados debidamente ratificados son las leyes supremas del país, en pie de igualdad con las leyes federales promulgadas. En consecuencia, sustituyen a las leyes federales anteriormente aprobadas y, pueden ser sustituidos a su vez, por leyes aprobadas después, en la medida en que exista cualquier incompatibilidad.

Cuando haya cláusulas de un tratado internacional que contradigan la Constitución, será necesario que los Estados Unidos formulen reservas a dichas cláusulas, porque ni el presidente ni el Congreso

<sup>222</sup> El artículo 6 fracción 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, establece que:

“2.-Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

tienen facultades para desconocer la Constitución, en algunos casos, se ha considerado necesario que manifiesten su interpretación de alguna disposición o compromiso de un tratado, o que formulen una declaración de la intención de aplicar esa disposición o compromiso. La constitución estadounidense es, en determinado sentido, dualista.

Por lo cual, en los Estados de constituciones dualistas en las que la celebración de tratados no implica que estos formen parte del Derecho interno, los ciudadanos no pueden invocar sus estipulaciones ante los tribunales locales.

En el sistema de los Estados Unidos, un tratado no puede ser “inmediatamente ejecutivo”, en cuyo caso, no puede invocarse por los particulares a litigar sin antes existir alguna ley ejecutiva, pues esas disposiciones no pueden ser aplicadas directamente por los jueces si no existe una ley para su ejecución. La distinción es solo de derecho Interno; el tratado sigue siendo vinculante para los Estados Unidos. Así, en el caso de los tratados de derechos humanos, un tratado “no inmediatamente ejecutivo”, no concede a las personas de por sí el derecho a solicitar protección ante los tribunales nacionales, aunque los Estados Unidos sigan estando obligados a reconocer esa protección. Cuando es necesario para cumplir sus obligaciones en virtud de tratados, los Estados Unidos promulgan generalmente leyes de ejecución, en lugar de hacer que el tratado sea “inmediatamente ejecutivo”. Cuando se requiere legislación de esa índole, los Estados Unidos no depositan su instrumento de ratificación hasta haber realizado la promulgación necesaria. Sin embargo, los Estados Unidos no consideran necesario, aprobar leyes de ejecución cuando el derecho interno cumple ya “suficientemente” los requisitos del tratado.

Con esto se entiende que es necesaria una legislación instrumental, para hacer efectivas las disposiciones de los Tratados sobre Derechos Humanos, en el ámbito local. Si embargo, de acuerdo con los problemas particulares que se presentan, desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos y el concepto de *jus cogens internacional*,<sup>223</sup> Es necesario recordar la postura que adopta el derecho

<sup>223</sup> Para analizar este concepto de *jus cogens*, véase Gómez Robledo, Antonio, *El Ius*

internacional, por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, de 1969.<sup>224</sup>

Según los arts. 26, 27, 29 y 46 de la mencionada Convención, señalan que:

Art 26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Art 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46.

Art 29. Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

Art 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

A primera vista, parecería que la Convención de Viena adopta una postura internacionalista, en el sentido de que no puede alejarse como justificación de un incumplimiento a un tratado la violación a una norma de derecho interno. Sin embargo, el artículo 26 remite, en su parte final, al artículo 46, que primero reitera el principio internacionalista, pero después hace una excepción de tinte nacionalista, al expresar que sí es posible que un país aduzca que un tratado es nulo,

---

*Cogens internacional* (Estudio histórico crítico), México, UNAM, 1982.

<sup>224</sup> Convención firmada por los Estados Unidos el 24 de abril de 1970, pero no ha sido ratificada.

debido a la violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de derecho interno.

Sin embargo, de acuerdo con la Convención de Viena, no basta que exista una violación, de una norma de importancia fundamental, sino que ésta debe ser manifestada, es decir, que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y a la buena fe. No es suficiente que se haya violado una norma constitucional para alegar la nulidad de un tratado y, por tanto, justificar su incumplimiento, sino que esa violación debe ser objetivamente evidente, lo que significa que la violación no debe ser a una norma, cuyo texto no sea lo suficientemente evidente debido a la oscuridad del mismo, que deba someterse a una interpretación que conduzca al resultado consistente en una violación.

Las cláusulas de la Convención de Viena deben interpretarse en conjunción con el artículo 53 de la misma Convención, referente a las normas con carácter *jus cogens*. Si una norma de *jus cogens* no admite pacto en contrario, bajo ninguna circunstancia, un Estado no podrá alegar su inobservancia, con el pretexto de que su Constitución le impide el cumplimiento, ya que eso conduciría a aceptar que una norma de importancia fundamental de derecho interno, es contraria a una norma de orden público internacional. Así, las normas de importancia fundamental de derecho interno a las que se refiere el artículo 46 de la Convención, debe estar contenidas en todos los órganos constitucionales de los Estados y no deben contradecir una norma imperativa de derecho internacional general, considerada por los Estados, como una norma que no admite pacto en contrario.

En consecuencia, la Convención de Viena adopta una postura internacionalista, cuando menos, en lo que se refiere a las normas con carácter *jus cogens*, cuya violación no tiene justificación conforme al derecho internacional, pues aceptar su violación, sería contrariar al principio de buena fe en las negociaciones internacionales.

Las soluciones que la Convención de Viena sobre celebración de Tratados propone para enfrentar este problema se establecen en el mismo cuerpo del Tratado. El artículo 30 de la convención dispone que la:



Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinando a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.

b) En las relaciones entre un estado que sea parte en ambos tratados y un estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocas se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 41 y no prejuzgará ningún asunto de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al art. 60 ni ningún asunto de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

Como se aprecia, estas disposiciones, se refieren a tratados en los que hay derechos y obligaciones recíprocos. Por tanto, el principio que debe regir en caso de conflicto entre normas dos o más tratados es el que propone que: la norma que debe prevalecer es aquella que produce mayores beneficios de protección del derecho respectivo. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5, dispone:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en el artículo 29:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho y libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con una convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

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.

Estas disposiciones, además, en caso de que una norma de menor jerarquía proporcione mayor amplitud de protección al derecho respectivo, debe prevalecer la de menor jerarquía por esta causa.

Por todo esto, el “dualismo” jurídico, sólo puede presentarse cuando una disposición constitucional, se oponga frontalmente a los compromisos internacionales incurridos por Estados Unidos en tratados normativos, en cuyo caso, la aplicación de la norma constitucional

traerá aparejado el incumplimiento del tratado, con la consecuente responsabilidad internacional.

En estos casos se hacen necesarias las reservas a los tratados internacionales. En primer lugar, si una norma de un tratado no se opone a la Constitución, pero sí a alguna ley federal o local, y fuera deseo del Estado mantener vigente las disposiciones de esas leyes federales o locales, sería necesario formular una reserva a la disposición respectiva del tratado, pues de lo contrario las normas federales o locales correspondientes quedarían derogadas por las del tratado.

El problema mayúsculo se presenta cuando, la disposición de un tratado internacional, es simple reflejo de una norma imperativa de derecho internacional general, que no admite pacto en contrario, pues con esto la formulación de una reserva, no sirve para “librarse” de los efectos de la norma reservada.

Esta tendencia está provocando, a pesar de algunas corrientes de resistencia, un efecto afortunado que se aleja de la concepción tradicional de que el derecho internacional se ocupa de manera exclusiva de las relaciones entre los Estados, sin preocuparse en absoluto por los titulares legítimos de la soberanía, como son los pueblos, y finalmente, los individuos que constituyen a los pueblos.

Esta situación, se da como consecuencia del reconocimiento de que los derechos fundamentales del ser humanos son del interés de toda la humanidad y, por tanto, escapan de las barreras del concepto tradicional de soberanía.

El dogma de la soberanía del Estado conduce a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus ciudadanos, materia ésta última, reservada al derecho interno. Sin embargo, es necesario el cuestionar esta soberanía autárquica que asume posiciones violatorias de derechos fundamentales a los depositarios reales de la soberanía, como es el hombre.

Lo ocurrido dentro de cada Estado, no es ya cosa ajena para los demás Estados, sino que la solidaridad internacional compromete a cada uno con respecto a los demás, obliga a quebrantar las murallas

de la antigua y hermética soberanía y permite que se convierta en temas de derecho internacional, algunos de los que anteriormente, pertenecían al ámbito exclusivo del derecho interno. De lo que se trata ahora, es de crear y organizar la conciencia mundial de la dignidad de la persona, con todas sus consecuencias, a fin de que, a través de los pactos internacionales, se establezca, el real respeto por los tratados internacionales de derechos humanos. Dentro de la estructura constitucional de cada país, y con el mayor respeto para las ideas de nación y de patria, se procura convenir en patrimonio de todos los pueblos, lo que previamente tiene que ser patrimonio común de respeto y de cultura. Nos hallamos en la presencia, por lo tanto, de una revisión crítica del concepto de soberanía, que en el fondo, no significa otra cosa, que un nuevo intento de la humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad de la persona.

Los tratados, los principios generales de derecho y la costumbre jurídica gozan de plena obligatoriedad para los Estados.<sup>225</sup> Entre las normas obligatorias de derecho internacional existen algunas que han conseguido el rango de normas de orden público internacional o del interés de la humanidad. Conocidas como normas de *jus cogens*, son imperativas de derecho internacional general, reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto, como reglas que no admiten pacto en contrario ni, por tanto, práctica en contrario, no obstante la objeción persistente que algún Estado alegue respecto de alguna de ellas.<sup>226</sup> Muchas de estas normas se reflejan en tratados internacionales.

Entre las normas de *jus cogens* encontramos las que constituyen derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados y cada vez más normas protectoras de los derechos humanos. No cabe la menor duda, de que las normas que establecen prohibiciones de los crímenes de guerra o contra la humanidad, las que prohíben la tortura, las desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones sumarias y demás violaciones graves de los derechos humanos constituyen

<sup>225</sup> Véase Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 56.

<sup>226</sup> Ragazzi, Mauricio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Nueva York, Oxford Monographs in International Law Clarendon Press Oxford, 1997, pp. 59-73.

normas de *jus cogens*, por ende, ningún país puede usar el pretexto de su soberanía nacional para no cumplir con ellas.<sup>227</sup>

### III.1.2 La aplicación de instrumentos de protección de derechos humanos de los migrantes

La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, será el instrumento fundamental para adecuar instituciones, leyes y políticas, así como

<sup>227</sup> Los Estados Unidos no respetan los fallos de los órganos de justicia de la ONU, y además falta totalmente a sus obligaciones internacionales respecto de los derechos laborales, incluyendo los de los migrantes. Además de resistirse a firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y la Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, los tres de la ONU, Estados Unidos se ha rehusado a ratificar seis de las siete convenciones fundamentales de la OIT sobre derechos laborales: la Convención No. 87, sobre la Libertad de Asociación y Protección del Derecho a Organizarse (1948); la Convención No. 98, sobre el Derecho a Organizarse y a la Negociación Colectiva (1949); la Convención No. 29, sobre Trabajo Forzado (1930); la Convención No. 111, sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación (1958); la Convención No. 100, sobre Remuneración Igualitaria (1951); y la Convención No. 138, sobre Edad Mínima (1973). Estados Unidos únicamente ha ratificado la Convención No. 105, sobre la Abolición del Trabajo Forzado. La Convención No.111 fue turnada al Senado por el entonces presidente Bill Clinton en 1998, pero el acuerdo no fue aprobado por el comité de relaciones exteriores de ese órgano legislativo. La No. 138, que tiene que ver con la prohibición del trabajo infantil, ha estado bajo consideración por un buen tiempo pero no ha sido ratificada.

No obstante esta actitud de arrogancia frente al sistema universal de derechos humanos, como miembro de la OIT Estados Unidos tiene obligaciones ineludibles en materia de derechos laborales, derivadas de la Declaración de la OIT sobre Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo, la cual fue emitida durante la 86ª Conferencia Internacional sobre el Trabajo, en 1998. Esta declaración compromete a los Estados Parte a respetar, promover y cumplir los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación, la negociación colectiva, a estar libre de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio y a no ser discriminados. También obliga a los gobiernos a eliminar el trabajo infantil. Finalmente, la declaración establece que todos los miembros tienen la obligación de respetar estos principios fundamentales establecidos, hayan o no ratificado las siete convenciones fundamentales que se mencionaron anteriormente. Así pues, haya o no firmado las convenciones, Estados Unidos tiene obligaciones sobre derechos laborales a las que falló con la resolución de la Suprema Corte de Justicia en el caso Castro, que legaliza las violaciones a la libertad de asociación en la defensa de los derechos laborales y al derecho a no ser discriminado en el trabajo en razón del origen nacional, y deja en la vulnerabilidad a los trabajadores menores de edad.

para orientar el contenido de las negociaciones sobre migración. Sin embargo, México ha tenido que modificar su política migratoria en función de necesidades del momento y por presiones de los Estados Unidos. Los programas de control migratorio en la frontera sur son cada vez más parecidos a los estadounidenses de la frontera norte, en términos de visión y objetivos, en lugar de que estuviesen dirigidos por lo establecido en normas internacionales que México y Estados Unidos han ratificado. Es todavía más preocupante que México no haya exigido al gobierno norteamericano que ponga término a sus inhumanos y letales programas de control fronterizo. Sin embargo, México no lo ha hecho por falta de capacidad y por negligencia. Por lo cual, ante tal escenario, el gobierno mexicano está dejando de lado el derecho que le asiste, para hacer valer el derecho internacional y su propia legislación interna en la defensa de la vida de sus ciudadanos y persona que se encuentren bajo su jurisdicción.

Los lamentables sucesos del 11 de septiembre en Norteamérica deben fortalecer, no debilitar, el recurso al derecho internacional en la negociación migratoria con Estados Unidos. Si el gobierno mexicano no cambia su actual postura, podría ser demandado ante tribunales internacionales bajo el cargo de complicidad en la muerte de sus migrantes.<sup>228</sup>

En este sentido, el 9 de enero de 2003, el gobierno mexicano inició un proceso ante la Corte Internacional de Justicia en la Haya, contra los Estados Unidos de Norteamérica, acusándolo de violaciones al artículo 5 y 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,<sup>229</sup> respecto de 54 mexicanos, quienes han sido sentenciados a muerte por tribunales norteamericanos.

La Corte Internacional de Justicia exigió a Estados Unidos revisar los procesos de 54 mexicanos condenados a muerte. La resolución de la Corte señaló que las autoridades de Estados Unidos violaron el artículo 36 de la Convención de Viena, al no informarles de su

<sup>228</sup> Ocegera Rodríguez, Primitivo, Abuso contra migrantes y defensa de su dignidad y derechos, el caso de México, septiembre de 2001 (documento inédito).

<sup>229</sup> Convención celebrada el 24 de abril de 1963.

derecho a asistencia consular. Por una mayoría de 14 contra uno, los jueces de éste, el máximo tribunal de justicia de la Organización de las Naciones Unidas, consideraron que 54 mexicanos, condenados en Estados Unidos, no fueron informados a tiempo de su derecho a una asistencia consular. Con la misma mayoría, la Corte consideró que el consulado de México en Estados Unidos no fue informado a tiempo de la detención de 49 de esos 54 extranjeros. “La reparación apropiada en este caso consiste en la obligación para Estados Unidos de revisar, por los medios de su elección, las condenas y las penas pronunciadas contra los mexicanos”, cuyos derechos fueron violados.

México también había pedido que la CIJ, ordenara la suspensión de las ejecuciones. Al mes siguiente, la Corte había ordenado a la administración estadounidense suspender la ejecución de tres de ellos, que aparecía como inminente, en espera de su fallo final. Además, los jueces decidieron por unanimidad que Estados Unidos debe comprometerse a dar a México garantías de que tal situación de ilegalidad, no volverá a ocurrir.

México, consideró en marzo de 2004, como un “desacato” de Estados Unidos a las medidas provisionales de la CIJ, la decisión de un tribunal de Oklahoma de ejecutar en mayo de ese año a un ciudadano mexicano, de nombre Osvaldo Torres, que integraba la lista de protegidos por el tribunal.

La resolución primera de la Corte, en febrero de 2003 y por unanimidad, establecía medidas cautelares solicitadas por México, ordenándole al gobierno de los Estados Unidos, tomar las medidas necesarias para asegurar que ningún mexicano fuera ejecutado, así como que no se le imputara ningún perjuicio a México y a sus nacionales, respecto a la resolución que la Corte adoptara. Por lo cual, el gobierno de los Estados Unidos debería tomar las medidas necesarias para asegurar que los nacionales mexicanos, César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres Aguilera, no fueran ejecutados en cumplimiento de la sentencia que dictaba la pena de muerte, hasta que el proceso interpuesto por México llegara a su fin.

La querrela de México se basó en el reclamo por el incumplimiento de los lineamientos de la Convención de Viena, respecto a derechos consulares. Puesto que lo realizado por el gobierno de los Estados Unidos, había sido catalogado por el gobierno mexicano, como un atropello a los derechos humanos universales e incluso la imposición de la ley norteamericana sobre la jurisdicción internacional, que ha sido calificada como una aberración. Las 54 sentencias a muerte de mexicanos en los estados de California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón, son irregulares, puesto que se han violado los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena, en el proceso judicial que derivó en dichas sentencias.

Es necesario establecer que el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se refiere a los derechos y obligaciones de las funciones consulares. Debido a que específicamente se señala en el artículo 36, de la citada Convención, que:

La comunicación y contacto con los nacionales que el Estado envía debe regirse por la libertad de los oficiales consulares y nacionales del Estado que los envía para comunicarse.

Si el nacional residente en el Estado receptor así lo solicita tiene la posibilidad de informar a la embajada del Estado perteneciente de su situación, al ser: arrestado, confinado a prisión, bajo custodia, ó que esté detenido bajo cualquier modalidad. Las autoridades deben informar al prisionero sus derechos y su situación jurídica. Los oficiales consulares del Estado del nacional enviado tienen derecho de visitar a su connacional que esté bajo arresto, y otorgarle su representación legal.

Por lo cual, el gobierno de México inició el proceso ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya, enunciando los grandes atropellos que los Estados Unidos ejercen sobre los mexicanos, violentando principios y normas jurídicas de carácter internacional, violando los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Debido a que la función principal del oficial consular es informar directamente al Estado de donde es enviado, si un nacional se encuentra detenido y



todos los pormenores de su situación, así como otorgarle apoyo legal y protección consular al inculpado.

Es importante resaltar que este proceso se inicia después de que se dio a conocer la condena a pena de muerte para el mexicano Javier Suárez, en el estado de Texas, acusado de haber matado a un agente encubierto del Departamento Estadounidense Antidrogas (DEA), cuando tenía 19 años de edad. Tal ejecución fue “ilegal”, porque Suárez no pudo ser asistido durante su juicio por el cónsul mexicano, tal y como estipula la Convención de Viena.

Es necesario señalar que, si México no hace uso de principios y normas jurídicas internacionales, será difícil, si es que no imposible, que cumpla con sus deberes respecto a los migrantes propios y de otras naciones, sobre todo ahora, ante las nuevas circunstancias que rodean la negociación con Estados Unidos. La recesión en la Unión Americana, el consiguiente aumento del desempleo, el rechazo a migrantes mexicanos en importantes sectores del electorado y los sentimientos xenófobos que han generado los actos terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre, cambiaron sustancialmente la propuesta migratoria del gobierno mexicano. Incluso, el contenido de las negociaciones bilaterales, se vio reducido a mayor contratación de trabajadores huéspedes con algunas oportunidades para adquirir la residencia permanente, y sobre todo, a endurecer el control de las fronteras mexicanas para evitar “el cruce de narcotraficantes y terroristas”. A fin de responder a tal escenario, México necesita mayor seguridad y fortaleza en la negociación con Norteamérica.

Finalmente, la Corte Internacional de Justicia de la Haya falló en contra de Estados Unidos por no haberse informado a los 54 presos mexicanos condenados a muerte de su derecho a entrevistarse con funcionarios de su consulado. México afirmó que estos ciudadanos habían sido juzgados, condenados y sentenciados a muerte, sin que se les informara debidamente de sus derechos de conformidad con la Convención de Viena en Estados Unidos, uno de los 168 países que forman parte del tratado. México argumentó que una oportuna asistencia consular podría haber protegido las garantías procesales de

los acusados. Aunque la demanda original estaba relacionada con 54 mexicanos, cuando se emitió el fallo judicial, sólo quedaban por resolver 52 casos.

Este fallo podría marcar la diferencia entre la vida y la muerte de los extranjeros enjuiciados en Estados Unidos, pues facilitar a los acusados el acceso a funcionarios consulares implica que puedan obtener protección jurídica apropiada, que significaría, la manera más segura de evitar la pena de muerte. Puesto que la Convención de Viena sobre relaciones consulares dispone el derecho a la notificación y la asistencia consular. Este derecho permite que los funcionarios consulares presten asistencia, incluida la asesoría legal, para ayudar a garantizar un juicio justo a los ciudadanos de sus países que puedan estar en desventaja en procesos penales en el extranjero.

En el fallo sobre el Caso relativo a Avena y otros ciudadanos mexicanos (México *vs.* Estados Unidos de América), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló que estaba en manos de “los tribunales” de Estados Unidos ofrecer una revisión “efectiva” de las condenas, para determinar si las violaciones habían provocado un “perjuicio real” a cada acusado. Rechazó el argumento de Estados Unidos de que la vulneración del derecho a la notificación consular pudiera rectificarse planteándola simplemente en una petición de indulto. Además, México siempre afirmó que el trámite del indulto era irregular, confidencial e imposible de revisar en forma suficiente, y que el resarcimiento de las violaciones de la Convención de Viena no exigía la esperanza del indulto ejecutivo, sino el derecho a la revisión judicial.

Desde el establecimiento de las medidas precautorias del caso, en febrero de 2003, la CIJ ordenó a Estados Unidos asegurarse de no ejecutar a tres, de los 54 mexicanos, cuyas ejecuciones eran inminentes, hasta que la Corte no emitiera su fallo definitivo. Ninguno de ellos había sido ejecutado, sin embargo, el estado de Oklahoma había fijado la fecha del 18 de mayo de 2004 para la ejecución de uno de ellos, Osvaldo Torres, que finalmente no se realizó.

Estados Unidos ha invocado la Convención de Viena, para garantizar la protección de los ciudadanos estadounidenses arrestados,

detenidos o encarcelados en el extranjero, no obstante, se ha mostrado reticente a ofrecer un recurso significativo a los ciudadanos extranjeros que han sufrido la violación de su derecho a la notificación consular en Estados Unidos.

El caso Avena y otros supone, la tercera vez en cinco años, que un país interpone una demanda contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, porque los funcionarios estadounidenses no habían notificado a los ciudadanos extranjeros detenidos en su país sobre sus derechos, en virtud de la Convención de Viena.

En dos casos anteriores, presentados por Paraguay y Alemania, en vísperas de la fecha prevista para las ejecuciones, la CIJ emitió fallos internos, ordenando a Estados Unidos que no ejecutara a los presos condenados a muerte hasta que emitiera su sentencia final. No obstante, los presos fueron ejecutados. Paraguay retiró la demanda, pero Alemania exigió un fallo final. En este fallo, emitido en junio de 2001, la Corte ordenó a Estados Unidos que “por los medios de su propia elección, permitiera la revisión y la reconsideración de la condena y la sentencia, teniendo en cuenta la violación” del derecho a la notificación consular dispuesto en la Convención de Viena.

Como argumentó México ante la CIJ, la notificación consular es, especialmente, importante en los casos de condena a muerte, donde corre peligro la vida de los acusados. México tiene un Programa de Asistencia Jurídica para Casos de Pena de Muerte en Estados Unidos, que ha intervenido para proteger los derechos de ciudadanos mexicanos en unos 110 casos. En las últimas dos décadas, se han ejecutado, al menos 20 ciudadanos extranjeros, en Estados Unidos, casi todos sin notificación consular. Durante la década de 2000 a 2010, más de 120 ciudadanos de 29 países estaban condenados a muerte en Estados Unidos.

El fallo de la Corte fortalece a la Convención de Viena, al exigir la revisión legal efectiva de las condenas, cuando los acusados no hayan sido informados de que podían ponerse en contacto con su consulado. Es necesario que, cuando los detenidos sean extranjeros, se requiera a los policías estadounidenses que cuando lean sus derechos (según, la enmienda Miranda), les informen también del derecho a comunicarse

con su gobierno. Los tribunales de Estados Unidos deberían tratar el incumplimiento de este requisito, de la misma manera, que la violación del derecho del detenido a ser informado de sus derechos.

Se debe enfatizar que la pena de muerte es una forma de castigo única por su crueldad, que se ejecuta de manera inevitablemente arbitraria y afecta principalmente a los más vulnerables, los pobres, los enfermos mentales y las personas extrañas, diferentes o extranjeras. Además, el carácter falible, intrínseco a todos los sistemas de justicia penal implica que, incluso cuando se respeten plenamente las garantías procesales, puedan ser ejecutadas personas inocentes.