

**Os direitos humanos dos migrantes e refugiados econômicos:
o seu alcance nas democracias contemporâneas**
Noé López Zúñiga¹

Resumo

Este artigo estabelece e descreve o escopo que tem o direito constitucional dos direitos humanos, enfrentando problemas recorrentes da globalização, como a migração irregular e as causas de refugiados da fome e da pobreza extrema, os fenômenos sociais devem ser estudados holisticamente, mas agora, à luz do direito internacional dos direitos humanos, sempre buscando manter a igualdade e a dignidade. Também questionou-se a eficácia que mantém o direito de migrar em busca do bem-estar, especialmente no presente, em que há uma crise, guerras e desajuste social global. Isto representa o maior desafio universal que precisamos é preciso enfrentar, mas para todos aqueles Estados Democráticos e constitucionais receptores de migrantes e refugiados, é simplesmente uma questão de direito constitucional. É urgente que os países implementem políticas públicas para conseguirem diminuir o sofrimento daqueles que migraram para as suas terras, que geralmente são vítimas de desequilíbrio econômico, da injusta distribuição da riqueza, da corrupção arraigada, de desastres naturais, de conflitos insegurança e, principalmente, da posição hegemônica do mais desenvolvidos contra países menos desenvolvidos. Embora os direitos humanos se tornaram, em grande parte, direitos fundamentais tendo em vista a sua constitucionalização e o seu pleno reconhecimento, ainda existem em sistemas jurídicos algumas brechas legais contemporâneos lacunas nas regras ou leis que impedem o exercício ou a proteção efetiva do direitos humanos. Por isso, defende-se que a positivação dos direitos humanos, até então, não tem realmente envolvido a democracia plena. Assim, é aconselhável realizar uma análise minuciosa da condição que possui o migrante, o estrangeiro e o refugiado no exterior, no contexto de quem o recebe. Finalmente, este trabalho termina com a análise da posição que tem o direito internacional dos direitos humanos frente às constituições de Argentina, Brasil e México.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direito Constitucional, Migração Irregular, Refugiados, Democracia.

¹ Profesor-Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California - UABC. (México).

Los derechos humanos de los migrantes y refugiados económicos: *su alcance en las democracias contemporáneas*

Noé López Zúñiga

Resumen

Este ensayo, establece y describe el alcance que tiene el derecho constitucional de los derechos humanos, frente a problemas recurrentes de la globalización como lo es la migración irregular y los refugiados por causas de hambre y la extrema pobreza, fenómenos sociales que deben estudiarse de una manera integral, pero ahora a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, buscando siempre se salvaguarde la igualdad y la dignidad de las personas. Así mismo, se cuestiona, la efectividad que mantiene el derecho a migrar en búsqueda de un bienestar, sobre todo en el presente, en donde existe crisis, guerras y desajuste social mundial. Esta situación representa el mayor desafío universal que hay que enfrentar, pero para todos aquellos Estados democráticos y constitucionales receptores de migrantes y refugiados, es lisa y llanamente un problema de derecho constitucional. Es urgente, que estos países implementen políticas públicas encaminadas a lograr aminorar el sufrimiento de los que han inmigrado a sus tierras, y que generalmente son víctimas del desequilibrio económico, la injusta distribución de la riqueza, la corrupción arraigada, los desastres naturales, los conflictos de inseguridad, y sobre todo, por la postura hegemónica de los países más desarrollados frente a los menos industrializados. A pesar de que, en gran medida los derechos humanos, han pasado a ser derechos fundamentales, debido a su constitucionalización y reconocimiento pleno, existe aún en los sistemas jurídicos contemporáneos lagunas en las normas o leyes que impiden el ejercicio o la tutela efectiva de los derechos humanos. Por tanto, sostenemos que la positivización de los derechos humanos a la fecha no ha implicado verdaderamente la democracia plena. Así, es conveniente realizar un profundo análisis de la condición que guarda el migrante, el extranjero y el refugiado en el contexto de quien lo recibe. Finalmente, este trabajo termina con el análisis de la posición que tiene el derecho internacional de los derechos humanos frente a las constituciones de Argentina, Brasil y México.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Migración, Refugiados, Democracia.

I. Introducción

La efectividad de los derechos humanos en tiempo de crisis, guerras y desajuste social mundial, representa el mayor de los desafíos que los Estados democráticos y constitucionales actualmente enfrentan, sobre todo ante la poca o errónea implementación de políticas públicas encaminadas a lograr aminorar el sufrimiento de las personas, como consecuencia del desequilibrio económico, o la injusta distribución de la riqueza, a pesar de que, en gran medida los derechos humanos, han pasado a ser derechos fundamentales, debido a su constitucionalización y reconocimiento pleno.

Sin embargo, es importante establecer en toda discusión sobre derechos humanos que, el derecho positivo no implica "la democracia" pero, en cambio, esta implica necesariamente el derecho (Ferrojoli, 2011, p.9). Este derecho que cita Ferrajoli, ha tenido un profundo análisis en los últimos tiempos, y está integrado por los derechos fundamentales y por el derecho internacional de los derechos humanos y sus leyes o procedimientos de garantías. Los casos que se analizan levemente, son los de Argentina, Brasil y México, que han positivizado en sus constituciones el derecho internacional de los derechos humanos.

En México, con la reforma en materia de los derechos humanos de 2011 y de Amparo de 2013, reconoce la importancia que tiene el derecho internacional de los derechos humanos y los principios que sobre esta materia existen, tales como: los principios pro-persona, interpretación conforme y el control de convencionalidad.

Así, tenemos que la positivización de los derechos humanos, es hoy un proceso constante en el derecho interno, principalmente en los países latinoamericanos, y la internacionalización de los derechos humanos, ha sido uno de los pasos más destacables en la consolidación de la democracia contemporánea. Sin embargo, en pleno siglo XXI, se ponen a prueba su efectiva aplicación para los más desprotegidos, para los más débiles, para todos aquellos vulnerables abandonados por las políticas públicas de sus países de origen, me refiero a los migrantes internacionales y sus variantes. Fenómeno sobre el cual, en este trabajo se ensaya si existe una justicia supranacional para ellos.

Los Estados democráticos y constitucionales, siguen aún, sin ponerse de acuerdos sobre la resolución de los problemas relacionados con la migración internacional; el resarcimiento y reivindicación de los derechos de los migrantes y sus familias, y peor aún, siguen aplicando para los efectos de los derechos humanos, el concepto de soberanía y ciudadanía de forma errónea, limitando los derechos de aquellos.

Problemas mundiales y globales como la migración irregular y sobre todos los refugiados, el hambre y la extrema pobreza, son temas que hay que atender de manera integral, a luz del derecho internacional de los derechos humanos, pero sin la aplicación de términos excluyentes, sino con términos incluyentes como la igualdad y dignidad, que por cierto, en las Constituciones de los países latinoamericanos se encuentran como valores o principios rectores de los demás derechos fundamentales.

II. La migración en México

Las características del fenómeno migratorio global, han hecho de México un lugar de origen, destino y tránsito obligado para migrantes de todo el mundo en ruta hacia Estados Unidos, considerado a este país como uno de los principales polos de atracción para la inmigración de carácter económico, legal o irregular.

En cuanto a la migración irregular, desde los años noventa, las políticas públicas en esta materia han sido solo un paliativo, que lejos de solucionar este fenómeno, han agravado considerablemente la violación sistemática de los derechos humanos de los migrantes y transmigrantes que llegan a México.

La migración y transmigración en la frontera sur de México, la cual en sus inicios, se manifestó ante la demanda de mano de obra que tenía la industria cafetalera del estado de Chiapas, fenómeno que pudo detectarse desde fines del siglo XIX (1880), para llevar a cabo su proceso productivo, ante una demanda mundial creciente de dicho producto (Santiago, 2010, p.2); así consecuentemente, se desencadenó una actividad económica impulsada por la producción de café para mercados nacionales e internacionales, lo que provocó el crecimiento económico de regiones productoras, con implicaciones para los movimientos migratorios, tanto de nacionales como de internacionales, prioritariamente centroamericanos. Con el correr del tiempo, la migración centroamericana hacia México ha incluido a prácticamente todos los países de la región centroamericana con excepción hasta ahora de Costa Rica y Panamá, y el destino se ha diversificado, tanto en lo que respecta a sectores económicos, como a regiones de destino. Actualmente se estima que ingresan a México alrededor de 50 mil jornaleros agrícolas, a quienes se les autoriza su entrada al país y su condición de trabajadores mediante la expedición de la forma migratoria de visitante agrícola (Gebara, 2012, p. 280). Sin embargo, existe otra gran cantidad de migrantes centroamericanos indocumentados, considerados transmigrantes, cuyo objetivo central es llegar a los Estados Unidos, pero que su trayecto necesariamente incluye México como país de tránsito y en el que se ha detectado una constante y sistemática violación a sus derechos humanos, tanto de la

autoridad como de grupos delictivos. Han existido casos de centroamericanos secuestrados y asesinados por bandas de la delincuencia organizada, que operan en el sureste de la república mexicana y también en el norte y eso tal vez, en gran medida es por la impunidad que existe, y sobre todo, por la poca garantía procesales que tiene las víctimas en sus investigaciones o casusas penales. No obstante en la constitución se establece el principio de igualdad ante la ley. Razonadamente, Ferrajoli (2007) propone que,

los derechos fundamentales establecidos por las constituciones y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos (p. 77).

Máxime si estamos reconociendo el derecho a migrar en búsqueda de mejores condiciones de vida y de subsistencia.

(i) El derecho a migrar: el alcance y los límites de los derechos humanos

Respecto el derecho a migrar, la mayoría de las constituciones han callado o son muy reticentes, pues aunque establecen el derecho al libre tránsito, condicionan de forma extraordinaria este derecho. Al respecto, dice Ernanno Vitale (2010):

esto se puede entender bien porque todas las leyes ordinarias y los reglamentos en materia de inmigración se han convertido, poco a poco, más restrictivos en los países del llamado primer mundo (al agravarse el problema migratorio); pero no solo en estos últimos (a menudo olvidamos que el fenómeno migratorio concierne también desplazamiento entre países pobres o en vías de desarrollo). (p. 56).

No obstante lo anterior, en el presente la defensa de los derechos humanos es hoy una vía más para luchar contra los efectos de los esquemas de desigualdad social, evidentes en todos los planos de nuestra vida y los migrantes representan el grupo social es más afectados en pleno ejercicio de sus derechos, porque su vulnerabilidad es mayor, precisamente por su posición más desventajosa en la escala social, al sufrir por su exposición cotidiana discriminación y exclusiones desde el orden político, económico, étnico e inclusive legal, como lo que les acontece a los migrantes y transmigrantes irregulares en México y otros países.

Hoy, en el mundo jurídico, existe un debate entre los derechos del ciudadano y del extranjero. Esto representa, desde el plano del derecho constitucional, un nuevo paradigma que vencer pues el poco y deficiente alcance de los derechos humanos de los migrantes internacionales y refugiados, hace ineficiente nuestro sistema de derecho.

En teoría, las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011, nos impone un cambio en la forma de ver y tratar al fenómeno migratorio regular o irregular en México. Sin embargo, la verdadera dignificación de los migrantes y como consecuencia el respeto de sus derechos humanos y por extensión, el posible acceso a mejores condiciones de vida, no se encuentran aún garantizados del todo, pues en la propia constitución se establecen límites o condicionantes muy extremas. Consideramos que la dignificación de la vida del migrante, ya no debe ser una cuestión utópica, sino una cuestión de conciencia jurídica que implica analizar la migración como una cuestión intrínseca a la naturaleza humana, y como consecuencia de ello, se nos impone considerar a la migración internacional que busca una vida digna, un tipo de asilo o refugio económico, situación que consideramos compatible a la universalidad de los derechos humanos. Esto tal vez, nos implique realizar, lo que propone Miguel Carbonell (2005):

Los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios; es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma de los derechos sociales, económicos y culturales (p. 31).

Y esto debe ser así, porque la migración irregular, es ahora por cuestión de hambre e inseguridad, es decir, (refugio económico). Es una categoría no prevista en la ley.

Así, con las recientes reformas en materia de derechos humanos, México tiene ahora la obligación de entender que el derecho y las políticas públicas en materia migratoria deben ser modificados para que estén al alcance de todos, en particular de los migrantes irregulares por cuestiones de hambre o miseria. En primer lugar porque sería ocioso y poco progresivo para la humanidad, seguir desconociendo el derecho que tenemos todos los seres humanos de migrar en búsqueda de un bienestar y en segundo porque es comúnmente aceptado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido extremadamente silenciosa sobre la cuestión de la migración internacional.

Al respecto, Sutcliffe (2001) ha denunciado que La Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene el derecho de ciudadanía del algún país, de libertad de movimiento en el territorio nacional del país de ciudadanía, y de libertad de salir libremente de ese país; que además hay un derecho de asilo en otro país en caso de estar

en peligro de persecución o muerte en un país de ciudadanía, pero no hay una palabra sobre la entrada en otros países cuando no se trata de persecución política; existe el derecho a salir, pero no a entrar y nunca habla de las migraciones por causa de hambre o pobreza extrema.

Este silencio equivale al derecho de cada país a regular la entrada de extranjeros como mejor le convenga. O sea; en el mundo actual la inmigración es una cuestión sobre la cual no existe ninguna guía ideológica compartida; salvo sobre la cuestión de asilo (no económica o de subsistencia), ninguna política de inmigración existe para los desplazados por motivos de hambre, esto es pobreza extrema y esto puede ser violatorio de derechos reconocidos. Aunado además que, ha prevalecido en tiempos recientes, restricciones más severas contra los migrantes, leyes más restrictivas y prácticas de xenofobia más contundentes.

La consecuencia a todo lo anterior dice Ferrajoli (2001) es un cierre de occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no solo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso. Existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo, esto último en virtud de que, la mayor parte de las campañas al uso sobre la igualdad y la diferencia vienen animadas desde las mismas instancias institucionales que al mismo tiempo practican o posibilitan las manifestaciones de racismo y xenofobia más preocupantes, los que refuerzan los mecanismos de exclusión y el paradigma de una ciudadanía que, en lugar de inclusiva es excluyente (De Lucas, 2001, p. 73). La solución tal vez lejana, pero válida a todo esto, lo señala Carbonell (2005) al decirnos que, lo que realmente hace falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de derechos con base en la noción de la ciudadanía y que se transforme para asumir en esta era de la globalización un papel diferente al que ha tenido desde su nacimiento (p.26). Esto es así, porque las constituciones nacionales no afrontan, o afrontan sólo en perspectiva nacional, el problema de la ciudadanía y del derecho a migrar para ciudadanos, pero es necesario ampliar la mirada a las cartas internacionales o supranacionales de derechos, a fin de que el transmigrante internacional, ese que busca una vida digna fuera de su lugar de origen, tenga garantizado el libre tránsito, el circular libremente para elegir su residencia en territorio de un Estado, donde se sienta seguro y donde se pueda desarrollar integralmente.

Hay que recordar dice Vitale (2010) que,

el derecho a migrar surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación, entendiéndolo como derecho de la persona y no del ciudadano: es por lo tanto un derecho de primera generación, seguido (en hipotética graduación axiológica) solo por el derecho a la vida, al cual está estrechamente vinculado cuando lo entendemos como vida digna de ser vivida y no como simple supervivencia, es pues la expresión máxima de la libertad persona, que tiene la posibilidad de elegir el lugar en el que se quiere vivir, y eso representa la primera condición para buscar la felicidad. (p. 64).

Ahora bien, cuando esta situación se traslada a nuestra conciencia humana y éticamente no hacemos nada, se denota la debilidad del Estado, y esto de alguna forma la debilidad del propio sistema de derechos, principalmente los fundamentales y de garantías.

Por tanto, ahora el concepto de ciudadanía debe tener precisamente un sentido global, acorde al multiculturalismo, debe ser entendida como Fernando Savater (2005) expresa y siente debe ser, "la sociedad de los ciudadanos, la sociedad democrática, es aquella en la que nadie es abandonado por los demás y en ese punto deber recordar que la ciudadanía siempre tiene una cierta base material" (p.33). A mi juicio, la base material a que se refiere Savater, es la tierra, es el mundo y no un país, una nación o una delimitación política, la que debe prevalecer para que la ciencia del derecho proteja a quien necesite justicia, a quien necesite ayuda, a quien necesite amor.

En efecto, el término ciudadanía versus persona, es y ha sido el debate sociológico y político que ha impedido se aplique el derecho fundamental para todos, esto por lo menos a partir de los movimientos bélicos de los siglos XX, agudizándose peor aún, a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y subsecuentes.²

Llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, dice Ferrajoli:

se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos exceptuando los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo tanto estatal como internacional no solo a los ciudadanos sino a todas las personas (2001, p.34).

Así, tenemos que la ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia, concepto que bajo el punto de vista de la mayoría de los juristas más progresistas viene a destruir toda la teoría de la universalidad de los derechos humanos y de la injerencia de estos a la persona misma, pues es claro que una de las características relevantes en el mundo contemporáneo es el

² Miguel Carbonell (2010), cita y describe que desde esta fecha y sus posteriores secuelas en Londres, Madrid y muchas otras ciudades, cambiaron o se pusieron en prueba varias de nuestras concepciones sobre los derechos y se han impuesto una nueva forma de discurso político que ha acorralado a algunos de esos derechos en nombre de la "seguridad nacional" o incluso de la "seguridad global o mundial.

reconocimiento de que todo ser humano, por el simple hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la misma sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Al respecto, comenta Pedro Nikken que,

"estos derechos no dependen de su reconocimiento por el estado sino son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca, pues simplemente son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra.(1994, p.3)

En la mayoría de los casos, el migrante internacional que ingresa a un país de forma irregular, dependiendo de su ciudadanía es asegurado y finalmente es expulsado a su país de origen, sin que tenga en la mayoría de los casos la posibilidad material y jurídica de acudir ante un juez o autoridad jurisdiccional que le diga y explique sus derechos; faltando así a los principios de audiencia y seguridad jurídica, pues la autoridad migratoria actúa como juez y parte en los procedimientos migratorios de aseguramiento y expulsión. El migrante irregular, durante su corta estancia en el país receptor nunca acude ante una autoridad distinta del que lo aseguró y decretó su expulsión y muchos menos tienen la posibilidad de acudir ante una autoridad jurisdiccional a pedir justicia.

(iii) La migración forzada y el refugio

Hoy más que nunca, existe miles de personas desplazadas y refugiadas a lo largo de la tierra. Se sigue escribiendo nuevas cosas sobre la migración forzada y el desplazamiento interno de personas, pues acontecimientos como el final de la 2da. Guerra Mundial, el comienzo y final de la guerra fría, la descolonización de algunas regiones de África, la desintegración de la URSS, los conflictos armados en medio oriente, las disputas territoriales en Europa oriental y en países de Sudamérica como Colombia; la corrupta globalización en América, las guerrillas en centro y Sudamérica, la injusta y arraigada corrupción institucional en México, la imposición colosal económica de Estados Unidos en los países menos desarrollados, las consecuencias de los cambios climáticos y las catástrofes naturales, así como el cierre de la Unión Europea en sí misma, son y seguirán siendo las consecuencias de las siguientes migrantes forzadas y desplazamientos de personas por el mundo, y por tanto miles de refugiados, que simplemente buscan restablecer su dignidad arrebatada en algún lugar del mundo.

La migración forzada, es una variable de la migración en general y es definida como aquella que realizan las personas que escapan geográficamente de sus hogares y buscan refugio en otra parte. Actualmente, la mayoría de los migrantes forzados huyen por razones que no son reconocidas por el régimen internacional de refugiados y muchos de

ellos son desplazados dentro de su propio país. Mientras que el refugiado, según la Convención de las Naciones Unidas en Relación con el Estatus de los Refugiados de 1951, es aquella persona que reside fuera de su país de nacionalidad, que no puede o no desea regresar debido a un temor bien fundamentado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, membresía en un grupo social particular u opinión política. (Castles, 2003, p.4)

En México, un extranjero o migrante, puede solicitar refugio, y representa para él, un derecho humano, un derecho fundamental, al estar previsto en el segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución General, que establece lo siguiente:

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

Así tenemos que en México, se adquiere la calidad de refugiado, cuando se encuentre en territorio nacional, y compruebe ante la autoridad, estar dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 13 de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria, publicada el 17/I/ 2011, y en el que se destaca que, tendrá que existir temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, entre otras hipótesis.

Entonces en México, toda persona extranjera o migrante que se encuentre en territorio nacional tiene derecho a solicitar refugio, por sí, por su representante legal o por interpósita persona, siempre y cuando este dentro de las hipótesis establecidas en el numeral citado, y a su vez, la autoridad, tendrá la obligación de reconocer la condición de refugiado mediante acto declarativo, a todo aquel extranjero que se encuentre en los supuestos antes señalados.

La causa del refugio, es la migración forzada, la cual ha quedado tipificada en la mayoría de las leyes de los sistemas jurídicos contemporáneos, y es cuando no existen las condiciones de seguridad de una persona y por tanto existe riesgo su vida (su integridad, etc). La migración forzada que después se convierte en refugio, data de tiempos antiguos, quedando registro de ello, tanto en el nuevo como en el viejo testamento que conforma la Biblia. Las diásporas son su evidencia, y sus efectos constituyen un tema primordial para los creyentes cristianos, mientras que para los judíos y musulmanes es su propia historia y su innegable cultura. Tanto en el nuevo como en el viejo testamento existen relatos de la migración forzada, pues vivir en

determinado lugar era determinante para subsistir. Jesucristo mismo, fue un migrante forzado, desde que nació, sus padres fueron obligados a abandonar Belén, su lugar de nacimiento. En edad adulta, se consideró un refugiado.

Ahora bien, en los sistemas jurídicos actuales, existe un gran vacío y por tanto un debate actual, respecto la migración internacional y en especial, con el tema de los refugiados económicos, es decir, respecto aquellos migrantes que son obligados a salir de su país de origen, por las condiciones de miseria en la que se encuentran viviendo, y que simplemente buscan un lugar donde restablecer su dignidad, y sobre los cuales no existe una tipificación legal para ayudarles, pues el refugio solo puede ser por las condiciones que establece la ley, y por tanto, es una categoría extremadamente restrictiva. Esto representan uno de los problemas más graves de la humanidad, y a los países receptores generalmente iconos y defensores de la democracia moderna, se les ha trasladado el reto de aplicar políticas migratorias benevolentes acorde a las cartas internacionales de los derechos que han añadido, además de los clásicos derechos y libertades, una serie de derechos humanos positivos – no solo a la vida y a la libertad, sino también a la supervivencia y a la subsistencia – desgajándolos, sostiene Luigi Ferrajoli (2001), de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad en derecho y de la dignidad de la persona. No existe razón y fundamento alguno, para que estos presupuestos no se extiendan asimismo a las violaciones más graves de los derechos de los refugiados económicos, que son altamente discriminados.

Así las cosas, toda esta situación nos impone la obligación de repensar el derecho, y modificar el alcance legal del término ciudadanía.³ En primer término, porque sería ocioso y poco progresivo para la humanidad, seguir desconociendo el derecho que tenemos todos los seres humanos de migrar en búsqueda de un bienestar⁴ y en segundo porque es comúnmente aceptado en la comunidad internacional que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido extremadamente silenciosa sobre la cuestión de la migración internacional. Sobre el movimiento y la migración en general. La Declaración contiene el derecho de ciudadanía del algún país, de libertad de

³ Fernando Savater considera que ahora el concepto de ciudadanía es más bien el de aquellos que entran en la democracia sin renunciar a sus raíces y a sus tradiciones pero que las dejan a un lado para intervenir en lo que tienen en común con otros. Señala además que lo específico del ciudadano no es reivindicar lo propio en el sentido de lo único, de lo que uno tiene y nadie más tiene, sino al contrario, buscar lo común con los otros. La ciudadanía busca en lo que todos podemos participar en público, lo que podemos intercambiar; no razones cerradas sobre sí mismas, sino ese tipo de razones que se pueden dar a los otros (Savater, 2005, p.16).

⁴ El término bienestar, es utilizado para efectos de este ensayo, como sinónimo de felicidad, analizado este concepto desde la óptica de la ética. Desde la filosofía Aristotélica, se podría asentar que ese bienestar es la propia felicidad, fin último del hombre y la definió como la actualización de las potenciales humanas, la realización y el ejercicio de las facultades y demás capacidades del hombre.

movimiento en el territorio nacional del país de ciudadanía, y de libertad de salir libremente de ese país. Además hay un derecho de asilo en otro país en caso de estar en peligro de persecución o muerte en un país de ciudadanía. Pero no hay una palabra sobre la entrada en otros países cuando no se trata de persecución política. Existe el derecho a salir, pero no a entrar y nunca habla de las migraciones por causa de hambre o pobreza extrema. Este silencio equivale al derecho de cada país a regular la entrada de extranjeros como le parece conveniente. O sea, en el mundo actual,

"la inmigración es una cuestión sobre la cual no existe ninguna guía ideológica compartida; salvo sobre la cuestión de asilo (no económica o de subsistencia), ninguna política de inmigración existe para los desplazados por motivos de hambre, esto es pobreza extrema y esto puede ser violatorio de derechos reconocidos." "Aunado además que, ha prevalecido en tiempos recientes, restricciones más severas contra los migrantes, leyes más restrictivas y prácticas de xenofobia más contundentes."(Sutcliffe, 2001, p.157-158)

La consecuencia de lo anterior dice Ferrajoli (2001, p. 48) es un cierre de occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no solo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso. Es decir, señala (De Lucas, 2001, p.73) existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo, esto último en virtud de que, la mayor parte de las campañas al uso sobre la igualdad y la diferencia vienen animadas desde las mismas instancias institucionales que al mismo tiempo practican o posibilitan las manifestaciones de racismo y xenofobia más preocupantes, los que refuerzan los mecanismos de exclusión y el paradigma de una ciudadanía que, en lugar de inclusiva es excluyente. Esto trae evidentemente que la igualdad en derechos genere el sentido de igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico.

III. El Derechos Internacional de los Derechos Humanos -DIDH-¿Constitución o Tratados Internacionales?

En la evolución del derecho contemporáneo, encontramos una fase sumamente importante, y a través del cual, se ha pretendido encontrar un equilibrio entre los poderes y sus gobernados, y es el relativo a la positivización o constitucionalización de los derechos humanos,⁵ entendiendo a este como el proceso en virtud del cual éstos

⁵ Sobre este tema, se siguiere seguir la línea desarrollada por: Agustín Squella, en: *Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento?*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, España, 210.

derechos pasan a ser declarados como tales por el derecho interno de los Estados, normalmente en sus constituciones y por otra, la internacionalización de estos derechos, representan el proceso a través del cual, los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pasan a ser reconocidos a nivel internacional por un número determinado de Estados. Al respecto, Flávia Piovesan (2014), nos ilustra sustentando que,

las constituciones latino-americanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos. El proceso de constitucionalización del Derecho Internacional conjuga un proceso de internacionalización del derecho constitucional (p.97).

Sobre este particular, hay que recordar que, los derechos humanos y su evolución constitucional en América Latina, tiene un antecedente histórico esencial, y data desde las poblaciones indígenas americanas y el posterior proceso de conquista y colonización (García, 1997, p.65) .

Esta postura, ha tenido tanto éxito que, por ejemplo en América Latina, existe un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sustentada principalmente en la doctrina que auspicia la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a través de las cláusulas de interpretación conforme o el principio de convencionalidad, y otros principios de naturaleza internacional desarrollados mediante doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la cual se ha ido incorporando al derecho interno, en específico, al derecho constitucional de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos- OEA. Sobre esto Flávia Piovesan, sustenta que, este impacto, en el caso latino-americano, se ha dado por el proceso de democratización que se ha desencadenado desde la década de los 80, lo que propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos para los Estados latino-americanos. A título de ejemplo, está la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, - CADH- la cual fue adoptada en 1969 y ratificada por Argentina en 1984, por Uruguay en 1985, por Paraguay en 1989, por Brasil en 1992 (Piovesan, 2014, p.96) y por México en 1981.⁶ En cuanto al reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, está se registró de la forma siguiente: Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993, Brasil en 1998. En el caso de México, se formuló la declaración para el

⁶ La CIDH, fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, y México se vincula a él, con fecha 24 de marzo de 1981, mediante su adhesión. Se publica en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 7 de mayo de 1981.

reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 16 de diciembre de 1998, según publicación en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1999.

En lo que respecta a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, lo cierto es que, por lo menos en América Latina, cada país, cada nación, establece en su contenido constitucional, cláusulas abiertas. Es decir, existe expresamente el reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de los derechos humanos, por tanto, esta práctica es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina, según lo veremos a continuación a manera de ejemplo citando a tres países distintos.

(i) El caso de México

En el caso particular de México, el recientemente reformado artículo 1ro. Constitucional, pone al mismo nivel a los derechos humanos que aparecen en la Constitución y a los que están previstos en los tratados internacionales. De esta manera, sin duda alguna, el derecho constitucional mexicano, por lo que respecta a todo lo relativo a los derechos humanos, se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos (Carbonell, 2013, p. 36-37) y es que, el artículo en comento establecía antes de la reforma en materia de derechos humanos del 2011, únicamente "el principio de igualdad." Sin embargo, ahora, gracias a esta reforma, se ha robustecido, incorporando tanto la cláusula de interpretación conforme y el principio pro-persona.

El artículo 1º de la constitución mexicana, en su texto actual establece lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger, y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar, y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Por otro lado, el artículo 133 de la misma Constitución, establece la Supremacía de la Constitución y la jerarquía normativa para el Estado mexicano.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Ahora bien, realizando una interpretación conjunta de estos artículos, tenemos que la propia constitución no separa del alcance "supremacía constitucional" a las leyes o normas externas, sino todo lo contrario, las asume como parte del ordenamiento jurídico. Entonces, si estas normas o tratados se refieren a los derechos humanos, se deben adicionalmente a la luz de lo que establece el artículo 1o. Constitucional.

De conformidad con el artículo 1o., Constitucional, debemos interpretar que el orden constitucional, ya no "otorga" sino "reconoce" que toda persona "goza" de los derechos humanos y de los mecanismos para su protección, es decir, de las garantías para su libre ejercicio; lo que significa un cambio de postura filosófica, es decir, México ha transitado de la vocación *iuspositivista* que lo condicionaba, a una postura más apegada al *iusnaturalismo*. Así mismo, el constituyente permanente ha añadido la *clausula de interpretación conforme*, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica, según algunos autores franceses y mexicanos, entre ellos, Miguel Carbonell, la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. Significa en otras palabras, la apertura al derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico nacional. Aunque ahora en fechas recientes, se ha dicho que realmente lo ha nacido es un "bloque de regularidad de constitucional" (Carbonell, 2014). Por otro lado, con la adición del segundo párrafo, se incorpora a nuestro sistema de derecho el principio *pro persona*, utilizado en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de las cortes internacionales encargados de su protección y tutela, supone que,

cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano (Carbonell, 2011, p.1)

Con esta reforma, la soberanía Mexicana reconoce a normas internacionales en materia de derechos humanos que en conjunto con las otorgadas por el derecho interno se forma un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, y que servirán para mejorar su propia tutela y protección.

La En el caso particular de la soberanía Constitucional y la posición jerárquica de las normas internacionales en materia de derechos humanos, el 12 de marzo de 2012, el Pleno de la SCJN, tuvo un gran debate en el que se discutió la jerarquía de los tratados internacionales, a través del cual se pretendió resolver la contradicción de tesis número 293/2011, generada por los dos tribunales colegiados de circuito, en los que existía entre estos dos tribunales colegiados, divergencia, respecto la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de los derechos humanos frente a la Constitución. El primer Tribunal en materia civil del primer circuito estableció mediante tesis que: "Los Tratados Internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal." mientras que el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa y de Trabajo, argumento y sustento en tesis que: "En materia de Tratados Internacionales, cuando los conflictos se susciten en relaciona con los derechos humanos, deben ubicarse a nivel constitucional."

Así las cosas, ante esta contradicción de tesis, la SCJN en Pleno, resolvió respecto el posicionamiento de las normas de derechos humanos contenidos en el derecho internacional en relación con la Constitución, sosteniendo en definitiva, lo siguiente:

Existe un reconocimiento en conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte." Es decir, de la interpretación literal, sistemática y originaria del contenido de las reformas constitucionales del 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a los que indica la norma constitucional.

Es importante señalar que este argumento final de la SCJN, y el cual es visible en la Contradicción de Tesis 293/2011, resultó la tesis jurisprudencial obligatoria que termina con la contradicción de tesis citadas por los dos Tribunales Colegiados.⁷

Ahora bien, es importante señalar que en el mundo académico, esta postura o criterio no fue muy bien aceptada, sobre todo en la parte que dice: "cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a

⁷ Esta tesis jurisprudencial, es visible en su resumen, a través de:
<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoi d=556> (10 de mayo de 2014).

lo que indica la norma constitucional,"⁸ pues este argumento, se considera que va en contrasentido del principio pro-persona, y sobre todo, a mi juicio, de la progresividad de los derechos humanos de confección internacional.

Al respecto, se debe entender que a la luz de la interpretación jurisdiccional tradicional, la jerarquía de la norma es primordial a la hora de resolver conflictos de normas. Sin embargo, en opinión e interpretación del criterio de la SCJN, Carbonell (2014), sustenta que ahora en México,

las personas tenemos los derechos que nos reconocen la Constitución y los que están previstos por los tratados internacionales, pero además se establece que entre esas dos fuentes de derechos no hay una relación de jerarquía, sino que ambos constituyen una especie de bloque de regularidad constitucional, dentro de los cuales los jueces podrán tomar la norma que resulte más protectora al momento de resolver un caso concreto.

Algunos autores, argumentan que partir de esta reforma e interpretación jurisprudencial, existe una ausencia de directrices claras, con respecto a todo aquellos derechos humanos que no estén previstos en la propia constitución, por tanto a criterio de muchos juristas deberá decidirse a favor de la norma jerárquicamente superior en esta materia; estos es, las normas de derechos humanos de fuente internacional que más beneficie a la persona (principio pro-persona). Sin embargo, como lo señala Carmona Tinoco (2011, p.45) en México "se da un paso definitivo a favor de los derechos humanos de fuente internacional, al situarlos más allá del carácter infraconstitucional y suprallegal reconocido judicialmente en la actualidad." Situación que al parecer, ahora con este criterio jurisprudencial, existirán graves antinomias, entre la norma constitucional de

(ii) El caso de Argentina

En lo que respecta a la Nación Argentina, el reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos es una realidad desde 1994, pues el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de la Organización de las Naciones Unidas -ONU., entre otros de gran importancia.

El artículo en comento establece lo siguiente:

⁸ SCJN. Este criterio fue aceptado por 10 votos a favor. El voto disidente fue realizado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, uno de los juristas de mayor vanguardia y más progresista de la actual Corte mexicana. El Ministro Cossío Díaz, no participó en esta votación al haber votado en contra de la propuesta modificatoria del proyecto inicial.

Art. 75 Corresponde al Congreso:

1.....

2.....

"22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes."

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,"

"Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."

Con esta reforma, las relaciones internacionales de la Argentina, se vio fortalecida, pues representó un cambio importante de *status* de los tratados, puesto que el texto señalado, establece el rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos. Al respecto, señala Néstor Sagüés que "eso no significa que formalmente integren la Constitución, aunque sí valen como la Constitución" (2004, p. 39-40).

En efecto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ahora en la Argentina, valen igual que la constitución, pues a partir de esta reforma, la persona humana o jurídica siendo un sujeto de derecho para ese ordenamiento normativo, es amparado directamente y como tal, tanto a la luz de las propios derechos, prerrogativas y libertades de la Constitución Argentina o de los Tratados Internacionales de los que dicho país es parte. En los tratados internacionales señala Santos Cifuentes (2008, p.104) está comprendida la facultad de peticionar por sí mismo, ante determinados organismos transnacionales, con personalidad activa para el resguardo de los derechos humanos. Se distingue a los tratados internacionales de derechos humanos, de los de diversa especie. Aquellos no son un medio de equilibrar intereses recíprocos, sino que establecen un orden común cuyos destinatarios no son los Estados entre sí, sino el género humano que se asienta en sus territorios cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Es así como el constituyente Argentino establece en el artículo en comento que, el derecho internacional de los derechos humanos, poseen jerarquía constitucional, y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías que en la misma Constitución federal reconoce. El profesor constitucionalista, Gustavo Ferreyra (2013) en su texto fundamentos constitucionales, ensaya la cuestión planteada, con las siguiente interrogantes ¿existe un derecho constitucional de primer rango (la constitución federal)

y el otro de segundo (DIDH)?. Examinada su intervención, este profesor argumenta atinadamente que,

Hay quienes desde la dogmática o la práctica judicial, entienden que la reforma constitucional de 1994, incorporó o sumó en el texto constitucional varios centenares de disposiciones jurídicas provenientes del DIDH que gozan de jerarquía constitucional, y estos autores consideran que las reglas del DIDH, en las condiciones de su vigencia forman parte de la Constitución federal Argentina, lo que produjo la expansión del derecho dentro de los propios límites de la Constitución federal, y ahora forman parte de su "propio texto" los enunciados permanentes, transitorios y los que provienen del DIDH." Sin embargo, para él (Ferreya) las reglas del DIDH no han sido "incorporadas", sino poseen "jerarquía constitucional" (2013, p. 276-277).

Es así como en el orden jurídico Argentino, el DIDH, goza de membrecía constitucional y simplemente se trata de las normas detalladas en el artículo 75, inciso 22, cuyas condiciones de vigencia fijadas por el constituyente reformador, le dio una **jerarquía constitucional**, y deben entenderse complementarias de los demás derechos y garantías (Ferreya, 2013, p. 276).

Ferreya, (2013) considera que el sistema de la Constitución federal "**es único**" y en su interior no existe ninguna relación de jerarquía entre sus propios enunciados. El derecho constitucional que se origina en el sistema reconoce en él su fuente directa de producción y validación del derecho objetivo, incluyendo los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por otro lado, el inciso 24 del artículo en comento, autoriza cumpliendo determinados recaudos la transferencia de competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, según se lee en dicho inciso, que se transcribe.

"Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquías superior a las leyes"

Concretamente, este inciso, se refiere a tratados de integración, tal como el Mercosur, que activamente se encuentra vigente entre países de Sudamérica y en el que existe una transferencia de derechos, en comunión con intereses económicos.

(iii) El caso de Brasil

Resulta interesante el análisis del constitucionalismo Brasileño, por el motivo de que, tiene una de las constituciones más moderna de Latinoamérica. Su constitución de 1988, instaura un nuevo orden jurídico nacional, y una nueva interpretación de los derechos humanos, alejándose así, de un pasado tortuoso, en el que imperaba el autoritarismo y la

decadencia administrativa. Así, la constitución Brasileña de 1988 y su enmienda constitucional numero 45/04, establecen desde una óptica más moderna y progresista, la jerarquía de los tratados internacionales de los derechos humanos en el orden jurídico nacional. En la práctica jurídica Brasileña, suele también tratarse este tema como: **A Supremacia da Constituição e a Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**, (la Supremacía Constitucional y la Supralegalidad de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos).

El artículo 5 de la Constitución Brasileña, establece el principio de igualdad frente a la ley.

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los términos siguientes:

I. el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución;

II....

.....

LXXVI...

1o. Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata.

2o. Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen a otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o en los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.⁹

3o. Los Tratados y convenios internacionales de derechos humanos que han sido aprobados en cada Cámara del Congreso, en dos turnos, tres quintas partes de los votos de sus miembros deberán ser equivalentes a las enmiendas constitucionales.¹⁰

4o. El Brasil sostiene que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, cuya creación se ha manifestado miembro.

Como se descubre de la redacción del artículo en comento, tenemos que en el ordenamiento jurídico Brasileño, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, son supralegales y están en la misma posición de las enmiendas constitucionales. Son pues, una norma materialmente constitucional, y deben prevalecer por encima de cualquier disposición legal, ya que el legislador constituyente y reformador quisieron al incorporarlos al régimen constitucional, que tuviesen un trato superior a las leyes, pero respetando siempre la supremacía constitucional. Académicos de prestigio internacional, como Flávia Piovesan, sostienen que,

⁹ Este párrafo, junto con el 3o. fue producto de la enmienda constitucional No. 45 de diciembre de 2004, por la cual la Cámara de Diputados y del Senado Federal, promulgaron modifican diversas disposiciones de la Constitución, entre ellos el artículo 5o. Constitucional, en el que se añaden este párrafo.

¹⁰ Este párrafo, junto con el 2o. fue producto de la enmienda constitucional No. 45 de diciembre de 2004.

los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, y de la cual Brasil es parte, disfruta de la supremacía frente a otras leyes, atribuyéndoseles la jerarquía de norma constitucional (2013, p. 60-72) .

Al efectuar dicha fusión, la Carta debe ser asignada a los derechos internacionales especiales y jerarquía diferenciada, es decir, la jerarquía de la norma constitucional. Los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos en los que Brasil es parte, por lo tanto, parte del elenco de los derechos consagrados en la constitución (Piovesan, 2013, p.72).

IV. Conclusiones

La constitucionalización de los derechos humanos, es hoy una realidad, como proceso constante en el orden jurídico nacional ha ayudado a comprender y garantizar las libertades clásicas, además es para los países latinoamericanos, la forma cómo han buscado la consolidación de sus democracias. Sin embargo, gran medida esto únicamente ha sido en beneficio de los ciudadanos, pues los extranjeros han sido excluidos de algunos derechos, en aras de la aplicación de la soberanía y ciudadanía, por tanto, existe ahora para los países receptores de migrantes irregulares y refugiados económicos, el reto de la debida aplicación de los principios que soportan la doctrina internacional de los derechos humanos, sobre todo, el principio *pro-persona*, la cláusula de interpretación conforme y el control del convencionalidad. Es la internacionalización de los derechos humanos, uno de los pasos más destacables en la construcción saludable de procesos de cooperación y solidarismo entre ciudadanos y no ciudadanos.

Existen criterios e interpretaciones diversas, en Argentina, Brasil, y México, respecto la posición jerárquica que debe guardar o tener los tratados internacional en materia de derechos humanos frente a la Constitución. Aunque los tres países reconocen constitucionalmente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte de su ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia de las Cortes de dichos países, han limitado su correcta aplicación y solo consideran al derecho internacional como una especie de parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual, debe analizarse la validez de todas las demás normas (derecho objetivo). En lo particular, la SCJN mexicana considera que el derecho internacional de los derechos humanos, no se relacionan en términos jerárquicos con la constitución, y peor aún, consideró que, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Con este criterio, la SCJN deja de lado lo que pudiera decir o regular de mejor manera el derecho internacional de los derechos humanos. Considero que este criterio de la Corte mexicana, va en sentido contrario al principio *pro-persona* y a la progresividad de los derechos humanos de origen internacional.

Particularmente, en el tema de migración, ahora es obligación de todo Estado democrático, mantener una agenda política benevolente que no condicione los derechos del migrante irregular, sino que le facilite el acceso a procedimientos jurídicos *ad-hoc* a la corriente de los derechos humanos, como lo es que el migrante asegurado en estancias migratorias para fines de su expulsión a su lugar de origen, tenga acceso real a tribunales independientes e imparciales y que no sea la misma autoridad migratoria juez y parte en su procedimiento de expulsión. Lo anterior para dar cumplimiento a la corriente garantista que tutela la progresividad en materia de derechos humanos, como lo es: a) La prohibición de aplicación de los derechos humanos de forma restrictiva; b) La obligación de interpretar las normas en materia de derechos humanos de la manera más favorable para los justiciables – aplicación del principio *pro-persona*; c) La obligación de usar la norma más favorable para los justiciables, aun y cuando su vigencia sea posterior; d) Las leyes más favorables para la protección de los derechos humanos son inderogables y no abrogables, salvo que se trate de una norma más favorable aun y la interpretación más favorable no puede ser superada más que por otra interpretación más favorable todavía.

Por lo anterior, ahora los Estados democráticos están a prueba, en todo lo relacionado con la efectiva aplicación de los derechos fundamentales para los más desprotegidos, para los más débiles, para todos aquellos vulnerables que han sido abandonados por las políticas públicas, como el caso de los migrantes internacionales e irregulares, pues es evidente que, los derechos y valores que mantenían los migrantes en las constituciones y en las leyes de los países occidentales, tales como el trato igualitario y justos, basados principalmente en la ideología de la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona, se han reducido en aras de aplicar la seguridad nacional y debido a la aplicación de forma errónea los conceptos de soberanía y ciudadanía, lo que ha provocado un retroceso en las ideologías humanistas.

V. Bibliografía

CARBONELL, Miguel. *La Constitución en serio: Multiculturalismo, Igualdad y Derechos Sociales*, México: UNAM/Porrúa, 2005.

CARBONELL, Miguel. *Derechos Humanos en la Constitución Mexicana*, en: *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Vol. I, México: SCJN, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia*, artículo de divulgación (2010). Recuperado el 15 de mayo de 2014, en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf.

CARBONELL, Miguel. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, artículo de divulgación (2011). Recuperado el 1 de junio de 2014, en: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>.

CARBONELL, Miguel. *¿Constitución o tratados internacionales?*, artículo de divulgación (2014), Recuperado el 04 de junio de 2014, en: http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/Constitucion_o_tratados_internacionales.shtml

CASTLES, Stephen. *La Política Internacional de la Migración Forzada*. *Migración y Desarrollo*, Número 1, Octubre 2003, Recuperado 28 de mayo de 2014, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66000106>.

CARMONA, Tinoco. *La reforma y las Normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales* en: *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México: IIJ-UNAM, 2011.

CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*, Bs.As., Argentina: Astrea, 2008

DE LUCAS, Javier. *La lucha contra el racismo*, en: *Inmigración, diferencia, ciudadanía*, Bilbao: Hegoa, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, S.A, primera vista, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*, en: *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid: edición de Miguel Carbonell, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, S.A. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Minita Trotta, 2011.

FERREYRA, Gustavo. *Fundamentos Constitucionales*, Bs. As. Argentina: Ediar, 2013.

GARCÍA, Jorge Mario. *Derechos Humanos y Democracia*, México: CNDH, 1997.

GEBARA F. *Cuando la vida está en otra parte*, México: Miguel Ángel Porrúa / CDHDF, 2012.

PIOVESAN Flávia. *Temas de Derechos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2013.

SAVATER Fernando. *Los caminos para la libertad, Ética y educación*, México: ITESM-FCE 2005.

SAGÜÉS, Néstor. *Constitución de la Nación Argentina, Introducción y Comentarios*, Bs. As. Argentina: Astrea, 2004

SÁNCHEZ, C. *El nuevo paradigma en materia de derechos humanos*, en: *Justicia para todos*, México: SCJN. (2013)

SANTIAGO, M. *Migración y Transmigración en la frontera sur de México*, ponencia preparada para la XII Reunión de Economía Mundial, en la Universidad de Compostela del 26 al 28 de mayo de 2010, recuperada el 29 de mayo de 2013, a través de: www.usc.es/congresos/xiiiirem/

SQUELLA, Agustín & LOPEZ Nicolás. *Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento?*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo 2010.

SUTCLIFFE, Bob. *La migración y la ciudadanía: porque los pájaros y las hormigas cruzan las fronteras internacionales más fácil que los perros y los seres humanos?*. en *Inmigración, diferencia, ciudadanía*, Bilbao: Hegoa, 2001.

SCJN. *Los Derechos Humanos, Parte General*, México: SCJN, 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, en:
<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006224&Clase=DetalleTesisBL>

UNITED NATIONAL HUMAN RIGHTS, en:
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

VITALE, E. *Derecho a Migrar: ¿El cumplimiento de la edad de los derechos?*, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LX, número 253, Enero - Junio 2010, México: UNAM, 2010.