



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO

**“DERECHO A LA MIGRACIÓN”
COMO UN DERECHO HUMANO Y LIBERTAD FUNDAMENTAL, DERIVADO DE
LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS Y SU RESIDENCIA.**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRÍA EN DERECHO

PRESENTA:
GRISELDA MARES CHÁVEZ

TUTOR:
DR. IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, D. F., ABRIL 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Aprobación

Dedicatoria

Con todo mi amor a mis padres y sobre todo a mi querido, a todos por su amor y apoyo incondicional.

Agradecimientos

Sinceramente agradezco al Dr. Imer B. Flores por su gran apoyo, guía y asistencia profesional para la realización no sólo de este proyecto, sino también durante mi desarrollo profesional como maestrante, y desde luego al Dr. Francisco Ibarra Palafox por sus grandes consejos y observaciones durante la revisión de dicho proyecto. De igual manera agradezco a la Dra. María de los Ángeles Guzmán García y a la Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo por sus valiosos comentarios para la valoración y realización de este trabajo. Así mismo a los demás que estuvieron vinculados de alguna manera en este trabajo, la Dra. Julieta Morales Sánchez.

Por otra parte, estoy muy agradecida con esta Universidad y en especial con la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho que me dio la oportunidad de pertenecer a este Posgrado de excelente calidad académica, y a todos mis maestros dentro de la Maestría en Derecho. De igual manera al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, por el apoyo económico sustancial para mi estabilidad durante la programación de mis estudios de maestría, ya que sin su apoyo se hubiera tornado sumamente difícil la terminación del programa de maestría.

Evidentemente agradezco la paciencia y confianza fiel de mis padres y hermanos, así como, a mis hermosas tías, empuje que me llevan a determinar la fuerza y valor por desarrollarme. Desde luego estoy sumamente agradecida a mi pareja por su soporte absoluto. A todos mi mayor reconocimiento, gratitud y amor.

Finalmente a todos aquellos migrantes ya que por y para ellos este trabajo fue inspirado.

Tabla de Contenido

Abreviaturas	8
--------------------	---

INTRODUCCIÓN

I. Generalidades y antecedentes de la migración internacional	10
II. Argumento de la investigación	23
III. Metodología	29
IV. Estructura del trabajo	30

CAPÍTULO PRIMERO**MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL**

I. CONCEPTOS	32
1. Migración	32
A. Migración documentada	34
B. Migración indocumentada	35
2. Globalización	38
3. Estado	40
4. Soberanía	41
5. Nación	46
A. Nacionalismo	47
B. Transnacionalismo	50
6. Nacionalidad	53
7. Ciudadanía	55
A. Ciudadanía formal y sustantiva	62
B. Ciudadanía nacional	64
C. Ciudadanía posnacional	65
D. Ciudadanía transnacional	67
E. Ciudadanía desnacionalizada	68
F. Ciudadanía cosmopolita	69
8. Residencia	71
II. TEORÍAS	73
1. Teorías clásicas de la justicia	74
A. Paz perpetua de Immanuel Kant	74
B. Libertad de Isaiah Berlin	76
C. Teoría de la justicia de John Rawls	79

D. Esferas de la justicia de Michael Walzer	81
2. Teorías contemporáneas de la migración	86
A. Derecho a la migración de Ermanno Vitale	86
B. Hipótesis de una migración sin fronteras	88
C. Argumento de fronteras abiertas de Joseph Carens	90

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

I. DE LOS PRINCIPIOS	103
1. Principios de igualdad, no discriminación y de la dignidad humana	106
2. Principios de equidad, libertad y justicia	111
3. Principios sobre nacionalidad y ciudadanía	114
A. Ius sanguinis y ius soli	115
B. ¿Ius migrandi?	116
II. DE LOS DERECHOS	120
1. Derecho a la no discriminación	120
2. Derecho a la residencia	121
3. Derecho al libre tránsito y la circulación	123
4. Derecho al asilo y refugio	124
5. Derechos civiles y políticos	127
6. Derechos económicos, sociales y culturales	128

CAPÍTULO TERCERO

POLÍTICAS MIGRATORIAS TRANSNACIONALES

I. NACIONES UNIDAS	130
1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	133
A. El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	134
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	138
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	139
4. Convención sobre los Migrantes	141
5. Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos	142
II. SISTEMA INTERAMERICANO	145
1. Convención Americana sobre Derechos Humanos	147
2. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH	148
III. UNIÓN EUROPEA	152

1. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	153
A. Protocolo no. 4 del CEDH.....	153
B. Protocolo no. 7 del CEDH.....	154
2. Acuerdo de Schengen.....	155

CAPÍTULO CUARTO

TEORÍA POLÍTICA LIBERAL

PROPUESTA	158
Viabilidad de la propuesta	165

CONCLUSIONES

Reflexiones finales	167
---------------------------	-----

FUENTES DE CONSULTA

I. Bibliografía.....	176
II. Hemerografía.....	179
III. Mesografía.....	179
1. Artículos	179
2. Instrumentos transnacionales	185
3. Opiniones Consultivas	186
4. Otros sitios de internet	187

ANEXOS

I. Instrumentos relevantes de Derecho Internacional sobre Migración.....	188
II. Estatus jurídico de algunos instrumentos internacionales	190
Relativos a los países de México y Estados Unidos	190
III. Imágenes	191

Abreviaturas

ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las NU para los Refugiados
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CBP	Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de los EUA
CE	Comunidades Europeas
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNU	Carta de las Naciones Unidas
COLEF	Colegio de la Frontera Norte
Convención contra la tortura 1984	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
Convención de Ginebra 1951	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
Convención sobre las mujeres 1979	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer
Convención sobre los migrantes 1990	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias
Convención sobre Racismo 1965	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
Convención de Viena de 1969	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Convención de Viena de 1986	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales
C097 Convenio sobre los trabajadores migrantes 1949	Convenio relativo a los trabajadores migrantes
C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes 1975	

	Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DACA	Acción Diferida para los Llegados a la infancia
DAPA	Acción Diferida para la responsabilidad de los Padres
Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos 1999	Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos
DLE	Diccionario de la Lengua Española
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948
EUA	Estados Unidos de América
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
FOMIN	Fondo Multilateral de Inversiones
ICE	Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los EUA
IRCA	Ley para el Control Fronterizo y la Reforma Migratoria
NU	Naciones Unidas
OC	Opinión Consultiva
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no Gubernamental
OUA	Organización de la Unidad Africana
PDIB	Programa de Defensa e Incidencia Binacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
RPI	Inmigrante Provisional Registrado
SEGOB	Secretaría de Gobernación
SIDH	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TLC	Tratado de Libre Comercio
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

INTRODUCCIÓN

I. Generalidades y antecedentes de la migración internacional

A lo largo de la historia, las guerras, los conflictos entre países, la esclavitud, los tratos inhumanos y las injusticias, han dado como consecuencia la unión de las naciones y por ende el compromiso de evitar toda clase de insultos contra la humanidad. De tal manera que, después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las NU, los Estados se comprometieron a evitar más toda clase de conflictos entre países. Posteriormente, se dio surgimiento al mayor efecto entre las relaciones mundiales, el denominado globalización. Dentro de lo que cabe, el principal efecto de la globalización es el flujo de capitales, pero de la misma manera produce otras consecuencias, como lo es la migración de personas. El efecto global establece caminos más fáciles a la población para trasladarse, y sobre todo la necesidad de migrar a través de las desigualdades económicas.

La migración abarca las acciones de inmigrar y emigrar, sin embargo, ambos hechos tienen la misma finalidad, y es la de trasladarse de un lado a otro con el propósito de establecerse para cumplir el principal objetivo del ser humano, el de subsistir y desarrollarse. A su vez, la migración es considerada como problema multidisciplinario que abarca consecuencias tanto económicas, sociales, jurídicas y hasta éticas. Este fenómeno global, en el que los flujos migratorios cada vez son más fáciles de pluralizar y de igual manera más propensos a menoscabar los derechos de los migrantes, su intensificación es cada vez más preocupante y cuestionable. El caso más destacado en materia de migración es entre México y EUA, éste se distingue por sus grandes muros y métodos de tecnologías avanzados para controlar la inmigración, aún bajo estos factores y el apoyo de sus países vecinos se sigue cuestionando su incontrolable migración. De igual manera, otro ejemplo similar se observa en Europa, donde el trabajo arduo se concentra en la frontera entre España y Marruecos, así como en las costas de Turquía y Grecia. Los controles fronterizos cada vez toman mayor importancia dentro de las políticas de los países de gran desarrollo, tan es así que el presupuesto otorgado para el control fronterizo, nuevas tecnologías y policías fronterizos abarcan cantidades exorbitantes, así tan sólo para el ejercicio fiscal del 2013 el presupuesto destinado para el

Servicio de Inmigración y Protección Fronteriza de los EUA, ascendieron a más de 17 mil millones de dólares.¹

Por otra parte, globalmente el número de migrantes asciende a la cantidad de más de 231 millones, de los cuáles poco más de 135 millones viven en países ricos y desarrollados y poco más de 95 millones viven en países menos ricos y en desarrollo. Así, un estimado del 3.2% de la población total constituye la migración internacional. A saber, con todos ellos reunidos en un sólo lugar formarían el quinto país más poblado del mundo.² En consecuencia: “[s]i la población de migrantes continua aumentando al mismo ritmo que en los últimos 20 años, el contingente de migrantes internacionales en todo el mundo en 2050 podría alcanzar la cifra de 405 millones”.³

Entre los diez principales países de destino de migrantes son los EUA, la Federación Rusa, Alemania, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido, Francia, Canadá, Australia y España, la mayoría de estos países representan las regiones más desarrolladas. Por tanto, EUA ha conseguido ser el país con mayor índice de inmigración internacional, ya que en 1990 contó con casi 23 millones de migrantes, incrementando así cada año casi 1 millón, correspondiendo de esta manera en 2013 con más de 45 millones de migrantes.⁴ Así mismo, un interesante dato es que a pesar que la Federación Rusa es uno de los principales países de destino también es el tercer país de origen de migrantes, con ello puede ser posible determinar que la migración neta o sus balances migratorios lleguen a cero.⁵ Ahora bien, la mayoría de los migrantes que viven en los EUA son de América Latina y Asia, por consiguiente en el 2005 casi 12 millones de migrantes provinieron de México, 9.4 millones de Asia y 8.4 millones de la otra parte de América Latina. En cifras del 2005, México fue la mayor fuente de migrantes regulares en los EUA, así mismo tanto de migrantes indocumentados con cifras de 6.2 millones, y con 2.5 millones de migrantes indocumentados provenientes de otros países de América Latina.⁶ Por su parte, datos de la Patrulla Fronteriza de aquél país señalaron que en el año 2014

¹ Departamento de Seguridad Nacional de los EUA (por sus siglas en inglés, DHS), “Presupuesto anual de ICE”, 30 de agosto de 2013, <http://observatoriocolef.org/infografico/64> (última consulta: 26 de enero de 2016).

² División de Población de las NU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, “International migrant stock: Total”, 2013, <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatestotal.shtml> (última consulta: 26 de enero de 2016).

³ Cfr. Previsiones de la OIM basadas en DAES (Coordinación del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las NU), 2009; citado por OIM, “Informe sobre las migraciones en el mundo 2010, el futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio”, Francia, 2010, pp. 299, http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴ Nota de prensa NU, “232 Million international migrants living abroad worldwide-new”, Nueva York, 11 de septiembre de 2013, p. 2, http://esa.un.org/unmigration/documents/UNpressrelease_IntlMigrationFigures_11September2013.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵ Véase Anexos A y B.

⁶ NU, División de Población, “La migración internacional en el mundo”, www.un.org/esa/population/migration/La_migracion_071108.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

arrestaron y deportaron a 229,178 mexicanos y a 257,473 centroamericanos.⁷ Esto determina que en términos respecto al cruce fronterizo irregular y deportación, México ha sido superado por migrantes centroamericanos, pero ello no determina con respecto a su migración en total.

En consecuencia, los gobiernos buscan acciones tanto para controlar las fronteras así como para dar soluciones a la migración indocumentada ya establecida en su país; algunas de estas acciones para reconocer a la población migrante en los EUA es la más reciente y conocida como la Acción Ejecutiva del 15 de Junio de 2012, donde la Secretaria del Departamento de Seguridad Nacional de los EUA anunció que ciertas personas que llegaron a ese país siendo niños y que cumplen ciertos requisitos específicos pueden solicitar ser considerados al DACA por un período de dos años, sujetos a renovación, y ser elegibles para la autorización de empleo. La DACA es una determinación discrecional que aplaza la deportación de un individuo como un ejercicio de la discreción procesal. Además no confiere un estatus legal al individuo, sin embargo, si un temporal alivio y el permiso para trabajar.⁸ De acuerdo a cifras las solicitudes para la DACA han llegado a las 560 mil solicitudes presentadas durante el periodo 2012-2013 y apenas rechazó el 1% de estas solicitudes.⁹ De igual forma, el 20 de noviembre de 2014 el Presidente de los EUA anunció una expansión a este programa, la llamada DAPA aplicable para adultos con hijos residentes legales o ciudadanos estadounidenses, pero un fallo del 26 de mayo de 2015 por un Juez de Texas de ese país, suspendió ambas acciones, que dejó esta implementación bloqueada. Por lo que, el alivio migratorio para más de 5 millones de migrantes tendrá que esperar a que los tribunales emitan un fallo final.¹⁰ De igual manera, otro de los proyectos importantes en el ámbito de políticas migratorias en los EUA que beneficiaría a casi 12 millones de migrantes indocumentados, fue el de fecha 27 de junio de 2013 cuando el Senado de ese país aprobó un proyecto de reforma migratoria integral titulado “Seguridad Fronteriza, Oportunidad Económica, y Ley de Modernización de Inmigración” (*Border Security, Economic Opportunity, and Immigration Modernization Act S. 744*), que incluye la ciudadanía para migrantes irregulares que carecen de

⁷ Univisión Noticias, “Migrantes centroamericanos superan a los mexicanos al cruzar EEUU”, 17-05-15, <http://observatoriocolef.org/Noticia/2106> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁸ Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los EUA (por sus siglas en inglés, USCIS), “Consideración de Acción Diferida para los Llegados en la Infancia”, <http://www.uscis.gov/es/acciondiferida> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹ Singer, Audrey y Svajlenka, Nicole Prchal, “Immigration facts: deferred action for childhood arrivals (DACA)” Reporte en Brookings, 15-08-13, <http://observatoriocolef.org/infografico/62> también en <http://www.brookings.edu/research/reports/2013/08/14-daca-immigration-singer> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁰ La opinión, “Revés para DAPA y DACA ¿Qué cambia?”, 26-05-15, <http://www.laopinion.com/reves-para-dapa-y-daca-que-cambia> (última consulta: 26 de enero de 2016).

antecedentes criminales.¹¹ Para que los indocumentados pudiesen calificar deben demostrar que se encuentran en los EUA desde antes del 31 de diciembre de 2011, pagar impuestos, cancelar multas, entre otros requisitos. Al ser aprobados los indocumentados entrarán en un estado de Inmigrante Provisional Registrado (RPI, por sus siglas en inglés). Este estado de “No Inmigrante” durará entre 10 a 13 años y al final podrán pedir la residencia permanente. Después de tres años más podrán aplicar para la ciudadanía (un aproximado de entre 15 y 16 años para obtener la ciudadanía). Durante el tiempo como un RPI la persona obtendría un permiso de trabajo y derecho a un permiso de viaje. Pero aún la propuesta de reforma no es ley. Pues la reforma enfrenta una lucha en el pleno del Senado de aquel país.¹² Las anteriores acciones y propuestas de reformas traerían un gran alivio hacia millones de migrantes en los EUA, evidentemente ello sucedería si se completaran y no se detuvieran por decisiones políticas. Por otra parte, un arquetipo que aplacó a millones de inmigrantes, en su momento considerada como la mayor y cabal reforma migratoria que ha tenido la historia de los EUA, fue la Ley para el Control Fronterizo y la Reforma Migratoria (IRCA, por sus siglas en inglés) promulgada en 1986 por el Presidente Ronald Reagan de aquel país, por la cual, casi tres millones de trabajadores indocumentados consiguieron una amnistía y un estatus legal en ese país.¹³ Sin embargo, esta reforma no dio fin a la migración indocumentada, al contrario trajo consigo mayores problemas, uno de ellos el de persuasión a otra población de querer inmigrar hacia los EUA en busca de un mejor modo de vida, además esta reforma establecía un sistema de verificación de estatus migratorio en el momento de contratación de trabajadores, por lo que, llevó a mayores restricciones al conseguir empleo y generó así, el mercado ilegal de fabricación de documentos fraudulentos. Por tanto, el sistema de verificación de estatus migratorio fracasó y los empleadores contrataban indocumentados ya que los encargados de vigilarlos no contaban con recursos suficientes para vigilar y aplicar efectivamente el cumplimiento de la ley.¹⁴ Así y de esta forma han sido varias las acciones que han tomado algunos condados en los EUA para otorgar algunos beneficios a la población migrante, no sólo a través de acciones ejecutivas o de reformas, sino también por medio de actos administrativos que beneficien de alguna manera a la población migrante asentada en sus comunidades, un ejemplo de ello es el determinar que los jóvenes indocumentados amparados bajo la DACA tengan el derecho a pagar

¹¹ 113th Congress, “S.744-Border Security, Economic Opportunity, and Immigration Modernization Act”, <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/744> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹² Univisión Noticias, “Senado aprobó plan de reforma migratoria que incluye ciudadanía”, 27-06-13, <http://noticias.univision.com/article/1583993/2013-06-27/inmigracion/reforma-migratoria/senado-aprobo-la-reforma-migratoria> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹³ Contacto, “La otra reforma migratoria en tiempo y espacio”, <http://www.contactomagazine.com/articulos> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁴ *Idem*.

colegiaturas como los residentes del estado en universidades y colegios comunitarios del estado de Arizona, inclusive en el estado de Nebraska la autorización de dar permisos de conducir a jóvenes indocumentados,¹⁵ así como otorgarles la residencia a niños migrantes que huyen de los abusos y maltratos por parte de uno de sus padres; entre otros programas de beneficios a la migración sobre todo a los menores de edad que son los más vulnerables.¹⁶ A pesar de ello, estas acciones no son suficientes para que los Estados den solución a los principales problemas de la población migrante, las cantidades ascienden año con año, las violaciones a derechos humanos son cada vez más preocupantes, así como entre otras circunstancias que deben motivar a los países con mayor efecto de la población migrante a realizar otras maniobras. Esta clase de reformas aunque benefician al migrante, pero con sus respectivas limitaciones y restricciones lo único que provocan es el desánimo por parte de la población migrante hasta cierto punto respecto a su estatus migratorio. “Si bien el gobierno mexicano no hace nada por limitar o restringir la emigración, por cierto, en estricto apego a un derecho humano, es decir a la libertad fundamental de tránsito, es erróneo atribuir al gobierno mexicano la promoción de la migración, cuando la demanda de mano de obra y el incentivo del “mercado negro” son generados en Estados Unidos”. El problema, más que de ilegalidad es de falta de institucionalización.¹⁷

Por consiguiente, si los migrantes desearan regresar por su propia voluntad a su país de origen las cosas ya no serían las mismas, desde antes de partir existen diversas dificultades a las que se enfrentan los retornados mexicanos, entre ellas el bajo salario o insuficiente, las malas condiciones de trabajo en México, dificultad para rentar o comprar una casa, acceso limitado a servicios de salud y retiro, corrupción, nepotismo e impunidad, ineficiencia de la administración pública, miedo, sentimiento de inseguridad, ausencia de documentos de identificación mexicana, entre otras.¹⁸ Sin embargo, algunos son obligados a regresar pero dejan en sus nuevas comunidades objetivos justificables para regresar, como el caso de ser separados de sus familiares, tan sólo entre 1997-2007 el ICE, a través de la deportación separó a miembros de familia con un estimado de

¹⁵ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, “Juez determina que soñadores tienen derecho a colegiaturas como residentes”, <http://observatoriocolef.org/Noticia/2095> también en <http://observatoriocolef.org/Noticia/2109> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁶ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, “Corte de New Jersey podrá otorgar residencia legal a niños inmigrantes maltratados”, <http://observatoriocolef.org/Noticia/2230> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁷ Cfr. Blackmore Sánchez, Hazel, *El fenómeno migratorio México-EUA. ¿Es posible la institucionalización?*, México, ITAM, 1999 (tesis de licenciatura); citado por Flores, Imer, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): a propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Díaz Müller, Luis T. (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2006, p. 227, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1790/15.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁸ Mexicanos y Americanos Todos Trabajando (MATT), “The US/Mexico Cycle, 2013, Quantitive Research Study, Preliminary Findings and Insights”, <http://observatoriocolef.org/infografico/73> (última consulta: 26 de enero de 2016).

1,012,734 familiares.¹⁹ De igual manera, otras cifras sobre deportaciones de migrantes en situaciones más específicas como inmigrantes fugitivos, criminales, reincidencia migratoria, deportados en la frontera, entre otros, en el 2012 sumaron la cantidad de 409,849 deportados.²⁰ En lo que cabe a México, la cantidad de número de migrantes detenidos por autoridades migratorias en México, entre el 2008-2012 las cantidades disminuyeron de modo poco significativo, pero el aumento entre el 2013-2014 fue una cantidad realmente considerable y representativa, tan sólo en el 2013 la cantidad de migrantes detenidos fue de 86,298 y en el 2014 se reportaron 127,149 migrantes.²¹ En consecuencia, al finalizar el 2014 México fue el país de origen con mayor cantidad de casos pendientes en las Cortes de Migración en los EUA, así mismo pero con cifras menores El Salvador, Honduras y Guatemala respectivamente.²² Otro dato importante sobre este fenómeno son los menores migrantes no acompañados detenidos por la Patrulla Fronteriza de los EUA, dentro del 2010-2013 su aumento ha sido relevante, por lo que respecta en el 2010 fueron detenidos 18,168 y para el 2013 la cifra de 23,680.²³ Otra estadística muestra que entre los años 2012 y 2014 en México se detuvieron a 38,743 menores migrantes entre 0 y 17 años de edad (acompañados o no acompañados), y el año con mayor detenciones ha sido el 2014 con 23,096.²⁴ Lo que ha sido revelador es que año con año los datos siguen en aumento y evidentemente las preocupaciones por los gobiernos que buscan realizar nuevas acciones en contra del crecimiento de la población migrante siguen en el mismo camino, aparentemente progresivos pero lentos.

Ahora bien, uno de los efectos negativos en contra de los derechos de la población migrante son las agresiones tanto físicas como verbales, el decomiso de pertenencias a migrantes por parte de las autoridades migratorias tanto de los países de origen, como tránsito y destino, entre otras transgresiones. Entrevistas a migrantes tanto mujeres como hombres manifestaron acerca de dichas agresiones por parte de las autoridades

¹⁹ Human Rights Watch, *Forced Apart (By the Numbers)*, "Estimated number of family member separated by deportation", 15-09-09, <http://www.hrw.org/es/reports/2009/04/15/forced-apart-numbers-0> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁰ Observatorio de Legislación y Política Migratoria con datos de ICE, *Removals Statistics, 2012, "Deportados, ICE 2012"*, <http://observatoriocolef.org/infografico/59> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²¹ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, Unidad de Política Migratoria-SEGOB, *boletines estadísticos 2008-2014 "Migrantes detenidos por autoridades migratorias de México"*, mayo 2015, <http://observatoriocolef.org/infografico/116> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²² Observatorio de Legislación y Política Migratoria, con datos de Transactional Records Access Clearinghouse, Syracuse University, "Año fiscal 2014: México y Centroamérica, cantidad de casos pendientes en cortes de migración", <http://observatoriocolef.org/infografico/100> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²³ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, "Menores migrantes no acompañados", 04-07-14, <http://observatoriocolef.org/infografico/87> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁴ Unidad de Política Migratoria y SEGOB, "Dato estadístico: Menores migrantes detenidos", mayo 2015, <http://observatoriocolef.org/infografico/117> (última consulta: 26 de enero de 2016).

migratorias estadounidenses al ser detenidos.²⁵ Otra entrevista realizada por Human Rights Watch²⁶ a migrantes solicitantes de asilo y migrantes en Serbia que fueron víctimas de hostigamiento y abuso a manos de la policía serbia, en el que describieron agresiones violentas, amenazas, insultos y extorsiones, así como la denegación de la protección especial requerida para los niños no acompañados.²⁷ De igual manera, existen otras graves consecuencias que se obtienen al emprender un viaje con el propósito de migrar hacia otro país, como morir en el intento de buscar mejores oportunidades de vida, tan sólo en el año 2009 las muertes ascendieron a 369 migrantes fallecidos en la frontera EUA-México, en el 2010 con 365 migrantes y la última cifra del 2012 con 463 migrantes.²⁸ Si bien, el derecho a la vida es uno de los más importantes derechos fundamentales del ser humano, pero éste no consiste únicamente en tenerla, sino en desarrollarla con prosperidad. Tal derecho abarca varios aspectos, vida en común y una vida digna, sin embargo, dicha facultad a veces se obstaculiza, a través de los medios de opresión o negación de conservar o buscar un mejor modo de vida, como es el caso del derecho a un mejor empleo. El derecho a la búsqueda de un mejor empleo como medio de subsistencia en ocasiones es negado o impedido, es decir el derecho no sólo significa tener la facultad, sino tener los medios para lograrlo y que sea permitido materializarlo.

Por otra parte, la migración hacia y dentro de Europa está regulada por una combinación de leyes nacionales, legislación comunitaria y Convenios transnacionales en la UE. Desde el Tratado de Roma de 1957, las sucesivas modificaciones de los tratados han ampliado las competencias de las CE, en cuestiones relacionadas con la migración. Así, el Tratado de Ámsterdam de 1997 confirió a la UE nuevas competencias en el ámbito de las fronteras, la inmigración y el asilo, incluidos los visados y los retornos. Este proceso culminó con el Tratado de Lisboa de 2007, que asignó a la UE nuevas competencias en el ámbito de la integración de los nacionales de terceros países.²⁹ A través de estas políticas se han beneficiado tan sólo en el 2012 un estimado de 816,900 personas que han

²⁵ Observatorio de Legislación y Política Migratoria-COLEF, "Agresiones y decomiso de pertenencias a migrantes por parte de autoridades migratorias estadounidenses, datos EMIF 2011 y 2012", <http://observatoriocollef.org/infografico/81> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁶ Organización Internacional Independiente, dedicada a la defensa y la protección de los derechos humanos, <http://www.hrw.org/es> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁷ Human Rights Watch, "Serbia: Migrantes y solicitantes de asilo sufren abuso policial", Comunicado de prensa, 15-04-15, <http://www.hrw.org/es/news/2015/04/15/serbia-migrantes-y-solicitantes-de-asilo-sufren-abuso-policial> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁸ US Border Patrol (Policía fronteriza de los EUA), "Estimaciones de muertes en la frontera por año", <http://observatoriocollef.org/infografico/63> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁹ TEDH, "Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración", Bélgica, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 21, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

adquirido la ciudadanía de uno de los Estados miembros de la UE.³⁰ Sin embargo, estas políticas son limitadas, puesto que la mayoría beneficia principalmente a aquéllos que pertenezcan a la comunidad política de la UE, mientras que no favorece a los terceros no miembros de la UE. En consecuencia, la inmigración en la UE fue estimada de casi 1.7 millones en el 2012 de países fuera de los 27 Estados miembros de la UE³¹ en ese año. Adicionalmente, 1.7 millones de personas que previamente reside en uno de los Estados miembros de la UE migró a otro Estado miembro. Por consiguiente, cerca de 3.4 millones de personas inmigraron a uno de los 27 Estados integrantes de la UE en cifras del 2012.³²

A pesar de ello, las migraciones irregulares siguen en incremento, Grecia es el destino preferido de los migrantes que viajan a Europa. Verificadores de la OIM en Grecia informaron que desde el 1ro de junio de 2015 unas 138,083 personas han desembarcado en las islas del mar Egeo. Por su parte, Turquía representa uno de los puntos claves como país de tránsito y destino para migrantes que se dirigen a la UE debido a la gran extensión de sus costas. Personal de la OIM en Turquía informó que los rescates realizados por la guardia costera hasta el 6 de agosto de 2015 aumentaron drásticamente a 30,846 comparado con los 14,961 rescates efectuados en 2014, 8,047 en 2013 y 2,531 en 2012. Los rescates de 2015 se llevaron a cabo en su mayoría en el Mediterráneo (alrededor del 82%); se trataba sobre todo de ciudadanos sirios (75%), afganos (15%), birmanos (5%) y eritreos (5%).³³ Sin embargo, la tendencia al alza de número de fallecidos en su intento por llegar a Europa a través del Mediterráneo continúa. Cifras de la OIM 2,373 personas han muerto durante su viaje, inmigrantes que han muerto al tratar de llegar a Italia, Grecia y España. “La ruta central, la que lleva del norte de África hacia Italia y Malta, sigue siendo la más mortífera, con 2,267 víctimas mortales en lo que va del año [2015], seguida de la ruta oriental, entre Turquía y Grecia, con 83, y la occidental, que lleva de África a España e incluye las islas Canarias, con 23.”³⁴

En otros términos, a pesar de todas las cifras en aumento relacionadas con el efecto migratorio, la mayor preocupación no es el hecho de migrar sino el de las violaciones a los derechos humanos, es evidente que la protección en las fronteras y las políticas

³⁰ Eurostat, “Acquisition of citizenship by sex, age group and former citizenship 2012”, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_acq&lang=en (última consulta: 26 de enero de 2016).

³¹ Nota: Tras la última adhesión de Croacia, el 1 de julio de 2013 la Unión Europea pasó a tener los 28 países miembros con que cuenta en la actualidad; véase http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_es.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

³² Eurostat statistics, “Migration and migrant population statistics 2012”, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics (última consulta: 26 de enero de 2016).

³³ OIM, Noticias, “Esta semana llegaron 10.000 migrantes a la isla griega de Lesbos”, 21-08-15, <https://www.iom.int/es/news/esta-semana-llegaron-10000-migrantes-la-isla-griega-de-lesbos> (última consulta: 26 de enero de 2016).

³⁴ El diario.es, Noticias “Más de 2.273 personas han muerto en el Mediterráneo en lo que va de año, según la OIM”, 25-08-15, http://www.eldiario.es/desalambre/Inmigrantes-refugiados-llegaron-Europa-Mediterraneo_0_423807908.html (última consulta: 26 de enero de 2016).

transnacionales para controlar el flujo migratorio no son soluciones realizables para acabar con estas violaciones. De hecho la solución más viable no es terminar con la migración, sino ayudarlos a migrar libremente y así evitar el comportamiento inmerecido en contra de los migrantes.

Por otra parte, existe otra situación de inmigrantes indocumentados que, sin tener la voluntad de migrar optaron por dejar su país por causas muy diversas a las de sus deseos, aquí se hallan los solicitantes de asilo, los apátridas y los desplazados internos que en su momento se convierten en refugiados. Son aquellos inmigrantes que sin el deseo de dejar su país tienen que hacerlo debido a que su seguridad y su vida se encuentran en peligro, por tanto, la libertad y seguridad que a veces los gobiernos otorgan a sus ciudadanos desaparece. En muchas ocasiones aquellas personas que no pueden confiar en su gobierno optan por tener que huir de su país en busca de un refugio que los proteja a ellos y sus familiares. Es evidente que no sólo es la vida lo que temen perder sino la falta de derechos que su propio gobierno les ha negado y tienen que vivir ocultos entre la sociedad sin garantías y libertades. Los términos “solicitante de asilo” y “refugiado” a menudo son confundidos: el primero es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva.³⁵ Según datos de las NU, el valor estimado de refugiados en el 2013 casi asciende a la cantidad de 16 millones de refugiados, de los cuales la mayor área de destino son aquellos países menos desarrollados con un poco menos de 13.7 millones y el resto, con más de 2 millones en regiones más desarrolladas. De igual manera del número total de refugiados equivale al 6.8% del valor estimado de la migración internacional.³⁶ En otras palabras de 231 millones de migrantes a nivel mundial el 6.8% aproximado ha solicitado refugio en algún país diverso al de su origen. Particularmente, cifras de acuerdo a la ACNUR el número de inmigrantes y refugiados que llegaron en 2015 a Europa por el Mediterráneo alcanzan a los 292,000 personas. Las llegadas a Grecia han alcanzado las 181,000 y las registradas en Italia las 108,000.³⁷

Por otra parte, la unidad familiar es uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los refugiados, por lo que, se deberían conceder a los miembros de las familias de refugiados todas las oportunidades para reunirse, permitirles salir de su país de origen y aceptarles una solicitud de asilo.³⁸ La separación de familias se produce en el

³⁵ ACNUR, “Solicitantes de asilo”, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

³⁶ División de Población de las NU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *op. cit.*, nota 2.

³⁷ El diario.es, *op. cit.*, nota 34.

³⁸ ACNUR *et al.* (eds.), “Conclusiones del Comité Ejecutivo del programa del ACNUR, 1975-2000”, *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, 2002, t. IV, p. 44, http://www.acnur.es/PDF/3065_20120402174630.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

marco de la tramitación de las solicitudes de asilo. Esta práctica se observa frecuentemente en la expulsión de los padres de familia, mientras que las madres e hijos permanecen en el territorio y pueden acceder a procedimientos de asilo.³⁹ El TEDH ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.⁴⁰ Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la CEDH (Derecho al respeto a la vida privada familiar). La protección esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves son las que tienen por resultado la división de una familia.⁴¹

Por consecuencia, entre las principales violaciones a los derechos de los migrantes principalmente los indocumentados son el ser separados de su familia, las malas condiciones en los centros de detención en que los migrantes son expuestos, indebido proceso, corrupción, pérdida de la vida, malas condiciones de trabajo, pago injusto de salarios. Pero, este mínimo de la población soporta hasta cierto punto, lo necesario para llegar a su país de destino. Es decir, que aún en las peores circunstancias a las que se llega como persona vulnerable en un estatus migratorio indefinido puede sufrir peores consecuencias, como lo es, ser forzados a contribuir a la delincuencia organizada, al narcotráfico, expuestos a la trata de personas, secuestro y entre otras clases de circunstancias ilegales, esto conlleva evidentemente al pisoteo de varios derechos que hace perder hasta lo más sagrado de un individuo, que es su dignidad.

Ahora bien, las condiciones en las que se detienen a los migrantes en las fronteras no son compatibles con el debido respeto a su dignidad. Entrevistas realizadas por el PDIB⁴² a migrantes detenidos revelan diversas violaciones en materia de condiciones de detención, entre ellas: condiciones inadecuadas en materia de higiene y saneamiento, falta de acceso a la atención médica, la mala alimentación, la falta de acceso a teléfonos,

³⁹ CIDH, OEA, “Nota sobre la situación de las personas migrantes en frontera sur de EEUU en el marco de la visita de la CIDH”, 25-09-14, p. 7, <http://www.cels.org.ar/common/Nota%20visita%20CIDH%20frontera%20sur.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁰ *Cfr.* Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, párr. 35; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, párr. 43; Eur. Court H.R., Case Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, párr. 52.

⁴¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A No. 17, párr. 72, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴² El PDIB enfoca sus esfuerzos en la documentación de casos por violaciones a los derechos y libertades civiles de migrantes mexicanos en los EUA, con base en el proyecto Iniciativa Frontera Norte de México (IFNM).

múltiples traslados entre distantes centros de detención y bajas temperaturas en las llamadas “hieleras” (celdas de detención).⁴³ Al respecto la Corte IDH, considera:

[...] que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.⁴⁴

Además la CIDH ha determinado que los casos en los cuales la privación de la libertad es estrictamente necesaria y proporcional, como lo es la detención migratoria tiene carácter eminentemente civil y que sus condiciones de detención no deben poseer carácter punitivo o penal. Por tal motivo, la CIDH observa con preocupación que este principio no se refleja en la detención migratoria en los EUA.⁴⁵ Las investigaciones del PDIB sobre los mexicanos detenidos en los EUA revelan que no son informados de forma adecuada sobre el proceso de expulsión a que se ven sometidos. Asimismo, se han documentado múltiples casos en que los agentes migratorios obligan, presionan, intimidan, mal informan o engañan a las personas detenidas a firmar documentos que no entienden y de los cuales desconocen sus consecuencias legales, las cuales pueden incluir una prohibición de por vida de reingreso. Tal situación se ve agravada porque los migrantes no cuentan con la asistencia letrada ni consular en el momento de tomar decisiones que afectan su situación procesal.⁴⁶ El principio fundamental de un migrante detenido es el de un trato humano durante su detención, donde las autoridades migratorias deben garantizar los derechos como: a un debido proceso, atención médica, separación de los reclusos penales, a ser notificado del traslado a otros establecimientos de detención, a que el personal esté debidamente entrenado y a una supervisión independiente del lugar de detención, asistencia consular, entre otros derechos específicos. Sin embargo, algunas de estas consideraciones no han sido debidamente garantizadas.⁴⁷

De otro lado, las violaciones de los derechos a migrantes ya establecidos en algún país de destino tal como la transgresión a sus derechos como trabajadores, es la situación

⁴³ CIDH, OEA, *op. cit.*, nota 39, p. 9.

⁴⁴ *Cfr.* Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Sentencia del 5 de julio de 2006, párr. 97, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016); además véase artículo 5 de la CADH (Derecho a la Integridad Personal).

⁴⁵ CIDH, OEA, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detención y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 243, <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁶ CIDH, OEA, *op. cit.*, nota 39, p. 4.

⁴⁷ CIDH, OEA, *op. cit.*, nota 45, pp. 175.

más común. Los trabajadores migrantes indocumentados se convierten en una presa fácil para la explotación humana y laboral debido a su condición de vulnerabilidad e inseguridad. Las intervenciones consulares por parte de México han dado casos en defensa de los derechos de trabajadores migrantes tales como, discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos.⁴⁸ Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores regulares o nacionales del Estado que se trata. Por su parte, la OIT ha establecido una serie de convenios relativos a los trabajadores migratorios, el C097 Convenio sobre los trabajadores migrantes revisado en 1949, el C143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes de 1975 y la Convención sobre los Migrantes de 1990 de las NU. Sin embargo, estas convenciones en sí mismas son distintivas puesto que los derechos establecidos en ellos facultan únicamente a los trabajadores migrantes en situación regular o documentados. Aunque se considere la preocupación por el trabajador migrante, se les reconoce derechos únicamente por su estatus regular, más no por su condición de ser humano.⁴⁹ Un suceso que ha generado inseguridad y graves implicaciones en la población migrante en los EUA fue el caso de *Hoffman Plastic Compounds versus National Labor Relations Board* (2002), donde la Corte Suprema de los EUA decidió que un trabajador irregular no tenía derecho al pago de los salarios caídos. Este Tribunal Supremo decidió que “la política migratoria prevalecía sobre la política laboral”, además que cualquier persona en situación irregular en el país no puede demandar a su empleador por los salarios devengados no pagados, debido a su estatus migratorio. El razonamiento de la Corte Suprema sugiere que permitir a los trabajadores en situación irregular que intenten acciones o reclamos serviría para “estimular la inmigración ilegal”.⁵⁰

Ahora bien, un más claro ejemplo de como estrujar la dignidad de un ser humano y además considerada como la peor de las circunstancias a las que puede repercutir un migrante es ser víctima de trata. La trata de personas es un delito que explota a mujeres, niños y hombres con numerosos propósitos, incluidos el trabajo forzoso y el sexo.⁵¹ El tráfico ilícito de personas y la trata de personas están comúnmente ligados, primeramente

⁴⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, p. 12, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁰ Véase Caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. versus National Labor Relations Board*, 535 U.S. 137 (2002); también véase Corte IDH, *op. cit.*, nota 48.

⁵¹ Departamento de información pública de las NU, “Día mundial contra la trata 30 de julio”, <http://www.un.org/es/events/humantrafficking/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

porque en la mayoría de las circunstancias el sujeto que juega este papel es el migrante, otra característica primordial es que ambos tienen la forma de traficar con seres humanos y el de obtener un beneficio lucrativo o de otro tipo. El tráfico ilícito siempre es transnacional, mientras que la trata no, puesto que el traslado de las personas puede darse o quedarse en el mismo Estado nacional, aunque la mayoría de las veces las víctimas de trata son trasladadas a otros países, así y bajo engaños los migrantes son aún más vulnerables. De tal manera que, “[...] las víctimas de trata también suelen resultar más gravemente afectadas y tener más necesidad de protección frente a una nueva victimización y otras formas de abuso que los migrantes clandestinos.”⁵² La trata de personas afecta a casi la mayoría de los países, ya sea como punto de origen, tránsito o destino. Éste es uno de los negocios ilícitos más lucrativos en Europa, que se abastece de la población mundial más marginada. “En Europa, unas 140,000 mujeres se encuentran atrapadas en una situación de violencia y degradación por motivos de explotación sexual, y una de cada siete trabajadoras sexuales han sido esclavizadas en la prostitución a consecuencia de la trata de personas.”⁵³ De acuerdo a la OIT calcula que casi 21 millones de personas en el mundo son víctimas del trabajo forzoso y en esa cifra incluye también a las víctimas de trata para la explotación laboral y sexual.⁵⁴ Si bien se desconoce cuántas de éstas fueron objeto de trata, la cifra implica que hay millones de víctimas en el mundo, ya sea de trata o víctimas a cumplir trabajos forzados. Del mismo modo, un estudio realizado por la oficina de la OIM sobre la trata de personas en la ex Unión Soviética señalan casos de víctimas repatriadas que se habían convertido en reclutadoras, porque era una de las pocas opciones de trabajo para las mujeres en su situación. Si bien, en los antiguos países de la ex Unión Soviética, generalmente las mujeres se encargan de reclutar víctimas para la trata y de ahí son traficadas hasta llegar a toda Europa.⁵⁵

Por otra parte, existen efectos positivos que trae la migración internacional tanto para el país de origen del migrante como los países de tránsito y destino que resultan beneficiados. Las remesas funcionan como uno de los mejores beneficios directos de la migración hacia el país que recibe el ingreso monetario. Y por otro lado, la utilidad directa que obtiene el país de donde se envían las remesas, es el trabajo realizado a base de una mano de obra barata de un inmigrante. Además no debemos olvidar el pluralismo cultural

⁵² Oficina de las NU contra la droga y el delito, “Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes”, <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵³ Oficina de las NU contra la droga y el delito, Delincuencia organizada transnacional, “Trata de personas: compraventa de personas”, <http://www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁴ Departamento de información pública de las NU, *op. cit.*, nota 51.

⁵⁵ Oficina de las NU contra la droga y el delito, “Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual”, http://www.unodc.org/documents/publications/TIP_Europe_ES_LORES.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

que se transforma a través de las migraciones transnacionales. De acuerdo al BID los envíos de dinero que hacen los mexicanos que viven en el exterior a sus familiares en México, en cifras de 2014 sumaron 23,606.8 millones de dólares. Medida en tasa anual, esta cifra resulta superior en un 7.8% a la registrada en 2013. Cabe señalar que este incremento es el más elevado registrado en los últimos 8 años. Éste es el mayor monto de remesas registrados desde el 2008.⁵⁶ Con respecto a un comparativo internacional, en 2013 México pasó a ser el cuarto país del mundo en ingresos por este concepto, solo detrás de la India, China y Filipinas; y ligeramente por encima de Nigeria y Egipto. Un dato a considerar es que de acuerdo a los reportes del Banco Mundial, en 1996 México fue el principal país con ingresos por remesas a nivel mundial, en 2001 paso al segundo puesto y en 2010 al tercer lugar.⁵⁷ Como se desprende que la migración es atractiva para ambos países, entonces, “[...] habría que decir que Estados Unidos es una economía fundada en los inmigrantes, quienes sucesivamente llegan para ocupar los estratos más bajos de la cadena productiva.”⁵⁸

II. Argumento de la investigación

El sentimiento xenofóbico y la constante violación de los derechos fundamentales de los migrantes genera intranquilidad y preocupación tanto a los países de origen, tránsito así como de destino de los migrantes, si bien la mayoría de las organizaciones encargadas de recomendar, apoyar y divulgar sobre la problemática relacionada con la migración a los países interesados en la migración, son los Organismos Internacionales y las ONGs, estos juegan un papel muy importante en las decisiones políticas. Por lo que, las relaciones entre países cada vez se vuelve más fuerte por coincidir en problemas que competen a ambos gobiernos, tal es el caso de políticas sobre protección de fronteras, evitar el flujo migratorio y evidentemente tendría que ser la protección de los derechos fundamentales de los migrantes. Sin duda, los principales derechos fundamentales en particular de la población migrante se encuentran en una posición de vulnerabilidad, cuando son despojados de los mismos y no reconocidos, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona y a la dignidad. La escasez de reconocimientos

⁵⁶ Banco de México, “Balanza de Pagos, Ingresos por remesas 2003-2014”, <http://www.ime.gob.mx/es/remesas> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁷ Banco Mundial y Banco de México, “Remesas, Comparativo Internacional”, <http://www.ime.gob.mx/es/remesas> (última consulta: 26 de enero de 2016); también véase <http://data.iadb.org/ViewIndicator/ViewIndicator?languageId=es&typeOfUrl=C&indicatorId=555>

⁵⁸ Flores, Imer, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): a propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Díaz Müller, Luis T. (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2006, p. 227, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1790/15.pdf>, p. 228 (última consulta: 26 de enero de 2016).

a derechos y libertades de la población migrante es la parte sustancial de esta investigación, se figura hipotéticamente una teoría sobre el derecho a la migración que reconozca como derecho humano y libertad fundamental que estriba en el derecho que tiene el ser humano a circular libremente y el derecho a elegir una residencia, que resolverá severamente el problema de vulnerabilidad que caracteriza al migrante.

La DUDH supone que el reconocimiento universal de los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todo ser humano, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, que todos y cada uno han nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición, los derechos deben ser iguales para todos. Con base en tales consideraciones la comunidad internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos.⁵⁹ Sobre esta particularidad el derecho a la migración lo remarca la DUDH en los siguientes artículos:⁶⁰

Artículo 13, 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14 En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

Artículo 15 Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

En el fondo se observa un derecho a la migración pero evidentemente este derecho es limitado y restrictivo por parte de los Estados, de hecho se alude a la libre circulación y la elección de una residencia como un derecho en determinada frontera pero no sobre las mismas. Si bien, los Estados se comprometieron a respetar, proteger y promover los derechos humanos, ellos no deben olvidar este compromiso y sin embargo tergiversan el significado del compromiso en el que son parte, de manera que olvidan el verdadero significado de ser miembro en un pacto y sobre todo en uno de máxima importancia como lo es la defensa de los derechos fundamentales del ser humano. Además, olvidan que la obligación de respetar es evitar que se restrinjan o interfieran en la realización de aquellos derechos establecidos en la DUDH.

Ahora bien, sin estipular las múltiples restricciones que implica no poder ejercer un derecho, éstas siempre llevan a una limitación o negación de un derecho como es el caso de la libre circulación de las personas, si bien el derecho a emigrar no tiene ninguna restricción dentro de ningún país, puesto que ningún Estado puede negar al individuo el

⁵⁹ Departamento de Información Pública de las NU, DUDH: Fundamento de las Normas Internacionales de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶⁰ Véase NU, DUDH, <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

salir de su nación. Sin embargo, el de poder inmigrar a cualquier país siempre cuenta con impedimentos que implicarían hasta cierto aspecto la negación de ese derecho, es decir no se puede entrar a cualquier país a menos que se obtenga la autorización previa de aquel lugar. Así que, si se estipula un derecho necesariamente se debe una obligación por parte de otro, y aquí las obligaciones y derechos son por parte del Estado y el individuo. Con base a la anulación de un segundo derecho (inmigrar) el primero (emigrar) ya no tiene ningún sentido. Puesto que ambos derechos deben poseer una simétrica que permita el ejercicio de ambos derechos y así cumplimentar el apropiado sentido de un derecho a la migración.

Por otra parte, se afirma que la libre circulación es un derecho fundamental, sin embargo, resulta que ese derecho asiste únicamente a ciudadanos de alguna comunidad en particular o de algún estatus en particular, entonces aquel derecho se condiciona única y exclusivamente a ciudadanos en específico. De tal suerte, que parecería que los derechos son respetados cuando eres parte de un Estado y no por la condición de ser humano, que cualquiera debe poseerlos, entonces acaso no deberían llamarse derechos de los ciudadanos y no derechos humanos o fundamentales como se ufanan. Afirma Luigi Ferrajoli, que el fundamento de la DUDH, “[...] es de hecho negado por el anclaje de tales derechos a las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que le imponen las leyes contra la inmigración”. Asimismo alude a una antinomia entre “los derechos universales y ciudadanía, destinada a convertirse en explosiva con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias y a ser, si no se supera, una fuente permanente de peligros para la paz y para la credibilidad misma del derecho internacional”.⁶¹ Por su parte, el derecho internacional intenta regular las relaciones entre los Estados mediante principios, recomendaciones, instituciones y procedimientos vinculantes y que se materializan en acuerdos entre los miembros de la comunidad internacional, de tal manera que se observa el fenómeno migratorio como un efecto global, sin encontrar respuesta a lo que podría considerarse sin retroceso. La principal controversia al respecto radica en que algunos Estados argumentan que reconocer el derecho a la migración significa ceder parte de su soberanía y el desconocimiento de su nacionalidad, por consiguiente, no se adhieren a los instrumentos más relevantes relacionados con la migración. Ello ocasiona rodear las respuestas que deben otorgarse a este problema. Los Estados al formar parte en los tratados internacionales asumen obligaciones y deberes, donde la principal responsabilidad es respetar, proteger y promover los derechos humanos, sin embargo, algunos eluden el involucrarse. La

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, México, no. 15, julio-diciembre, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 119, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

obligación de proteger exige que los Estados resguarden a las personas o grupos de personas de las violaciones a los derechos humanos. La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.⁶² Estos compromisos no deben olvidarse, no únicamente bajo estas premisas sino también por constituirse como Estados libres y soberanos que tienen la obligación como personas jurídicas de proteger a su comunidad dentro o fuera de su territorio.

En otro lugar, acerca del sentido negativo a una libre migración que algunos afirmarían, es que, existe la importancia del derecho de los países a tener una frontera segura que evidentemente no se puede ignorar, sobre todo en épocas de terrorismo, narcotráfico y trata de personas, pero ello cuestiona si es justo o injusto, que el derecho de las naciones sea a costa de la muerte de cientos de inmigrantes, de prácticas discriminatorias y de políticas estrictas, restrictivas y con limitaciones. Ahora bien, otro punto a su favor es la superpoblación, sin embargo, este es un argumento que aún no se ha podido evaluar, además si las personas desean migrar pero no tienen la posibilidad no lo harían, ya que las personas no migran solamente por un simple capricho, la existencia de un motivo o una razón imprescindible que los orille a migrar es necesario. Muy a pesar de ello se hace hincapié de la falta de un reconocimiento jurídico a un derecho a la migración, y que un estudio de las políticas internacionales en materia de migración es indispensable, para justificar que la prioridad en estas políticas debe ser el principio de igualdad y no el de la soberanía de cada Estado. La justificante del Estado sobre su *Poder Soberano* que le fue otorgado y que lo faculta para no cumplir con acuerdos y compromisos internacionales, es por lo que comúnmente evita cumplir con sus deberes, que trae como consecuencias abandonar al ciudadano a su libre suerte de buscar otros medios de subsistencia y a otros de no permitirles el acceso a ciertos derechos. La necesidad del reconocimiento de un derecho fundamental a esta parte integrante que viene de diversas sociedades es cada vez más urgente, sin embargo, un reconocimiento no acabaría con este efecto global llamado migración, pero sí con las exigencias y necesidades del migrante. Es evidente que son cada vez más los migrantes que necesitan del reconocimiento a sus libertades, el derecho a ser tratados con dignidad, igualdad y respeto. Sin duda, una adecuada regulación sobre la población migrante es urgente, independientemente del país donde se encuentren, y ya que nuestro país es camino de muchos migrantes para llegar a otro lugar, así como el de nuestros nacionales que huyen de este país en busca de mejores oportunidades fuera de su nación, se van sin esos derechos considerados fundamentales para su mínima libertad. Entonces ante esta realidad se reafirma que los derechos se dan con base en las fronteras y no como inherentes de todo ser humano. Es por tales motivos

⁶² Departamento de Información Pública de las NU, *op. cit.*, nota 59.

que se contempla el derecho a la migración, como la libertad a elegir y no como una opresión a las decisiones. La cuestión es por qué los individuos no pueden elegir libremente su residencia, ya que se observa en la DUDH tanto el derecho a emigrar como el derecho a inmigrar ambos con el efecto de establecerse; además es primordial que se respete la igualdad de las personas y el trato digno, así este principio no se cumple en la exigencia de derechos de los migrantes. La respuesta otorgada es que a veces hay que reducir la libertad de algunos para asegurar la libertad de otros.⁶³ Y a la par de esta idea: “No podemos ser absolutamente libres y debemos ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto de ella”. Pero cederla toda es destruirnos a nosotros mismos. ¿Cuál debe ser, pues, este mínimo? El que un hombre pueda ceder sin ofender a la esencia de su naturaleza humana ¿Cuál es esa esencia? ¿Cuáles son las normas que ella implica? Entonces libertad en este sentido significa estar libre de: que no interfieran en una actividad más allá de un límite, que es cambiable, pero no reconocible. La única libertad que merece este nombre es la de realizar nuestro propio bien a nuestra manera.⁶⁴ El argumento en contra del derecho a la migración es que los Estados tienen el derecho y la libertad de elegir quien entra a su territorio, tan es así que si interfieren en su libertad de elección, ellos tienen la facultad de prevenir ese hecho. Puesto que su solución más próxima es reprimir la libertad de los demás, pero a qué punto tan limitado y restrictivo a costa de otros derechos individuales.

Consecuentemente, el progreso social cada vez recurre a nuevas exigencias, el nivel de vida que actualmente se tiene ya no cumple las exigencias de la actual situación, exigencias que en su momento adecuado las cumplió. Tal como el concepto de libertad que exige aun más de la que se tiene y que hoy en día el mínimo de libertad es tan sólo conceder un reconocimiento a otra población que continúa en incremento, que por tanto, necesita de más atención y preocupación por parte la población mundial. Además las necesidades siempre varían y con ellas las libertades, un ejemplo de ello fue el derecho al voto concedido a la mujer, requerimiento que continuamente fue reclamado, a tal suerte que actualmente se puede gozar de ese derecho, así que, a la breve necesidad se exige un reconocimiento y es el caso de la población migrante parte de una sociedad diversificada que por distintas circunstancias modifica tanto su estabilidad individual como colectiva.

Si bien los fundamentos y justificaciones de la DUDH fueron para dar pauta a que finalizarán las continuas injusticias a causa de la Segunda Guerra Mundial y otras guerras civiles, así que la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más

⁶³ Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, p. 126; hay traducción en español, Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. Julio Bayón, Madrid, Alianza Universal, 1988, p. 195.

⁶⁴ *Idem*.

atrocidades como las sucedidas en estos conflictos, de tal suerte que si el verdadero objetivo de esta Declaración era darle un arreglo a las injusticias, aquí la cuestión es examinar si la falta del reconocimiento y el trato desigual hacia los migrantes no es injusto. Si bien la población en general es parte del compendio de obligaciones de los Estados nacionales. Así, la migración es producto de la globalización, que es contribución única y exclusiva de la comunidad internacional, por lo que ellos tienen la responsabilidad de comprometerse ante tales consecuencias. Finalmente, acaso será posible llegar a una conclusión final y conformista para ambos bandos sobre un derecho a la migración, ya que el concepto de justicia no puede ser el mismo para todos, si todos correspondemos a diversas circunstancias y modos de vivir. Pero aún así las justificaciones ya no serán tan necesarias para motivar, razonar o valorizar la exigencia de una justicia global a la población migrante, pero si es necesario una respuesta que acabe con estas desigualdades sociales.

Las principales preguntas que se resuelven en este estudio son las siguientes:

- A. ¿Por qué el derecho a la migración debe ser considerado como un derecho fundamental?
- B. ¿Cuáles son los derechos de los inmigrantes dentro del sistema internacional de derechos humanos?
- C. ¿En la gran contraposición entre soberanía nacional y derechos humanos de los migrantes, qué es más importante?
- D. ¿La implementación de políticas migratorias y la construcción de fronteras resuelve el flujo de migrantes?
- E. ¿La realización de acuerdos transnacionales contribuye al respeto y reconocimiento de los derechos de los migrantes?
- F. ¿Por qué el sistema jurídico internacional de derechos humanos acecha a desigualdades y prácticas discriminatorias hacia los migrantes?
- G. ¿Cuál es la eficacia del sistema jurídico internacional de derechos humanos para la protección de los migrantes?
- H. ¿Qué efecto causaría si se dejara el libre tránsito de las personas y no existieran las fronteras entre países?
- I. ¿Por qué la figura de una ciudadanía global o universal permitiría acabar con las prácticas discriminatorias hacia los migrantes?

Si bien la incesante lucha de querer reconocer a todo como derecho fundamental, ya sea porque a cada instante consideramos que se nos violenta un derecho por el simple hecho de que algo no nos parece, pero no siempre es así, el derecho a la migración no es un simple capricho sino una necesidad. Así que, el costo siempre es grande para que se pueda exigir algo, y estos costos son las grandes pérdidas humanas que han surgido a

través de las épocas, además se debe considerar que si se deja sobrepasar el límite de las libertades se acepta que en cualquier momento se llegue a violentar el derecho más sustancial en la vida humana, como lo es la dignidad y la esencia humana. La divergencia de ideas entre las sociedades ha llevado más a un problema sin resolver, sólo por la lucha continua del poder político y no a ceder siquiera un mínimo de sus libertades, en otras palabras, los Estados no ceden un poco de sus libertades a sus productos de la globalización, como lo es la migración. Así como afirmaba Isaiah Berlin, siempre existe un fin necesario y este fin es “[...] la defensa de la libertad [que] consiste en el fin negativo de prevenir la interferencia de los demás.”⁶⁵ Evidentemente la migración es vista como ese fin negativo. Al final de cuentas, lo que se observa en las fronteras de los países de manera cotidiana es hasta cierto punto aceptable por la sociedad. A sabiendas de los riesgos que implica el objetivo de cruzar una línea fronteriza irregularmente, el migrante se arriesga a afrontar sus circunstancias a fin de obtener su objetivo, las diversas amenazas antes y después de cruzar no les impide realizarse o peor aún de la probabilidad de perder la vida aun en el intento de cruzar. Pero la historia no comienza aquí, todo inicia cuando el individuo determina que se debe limitar a ciertas condiciones de libertad con tal de llegar a un fin deseado. Las decisiones siempre son diversas, pero principalmente aquellas que se realizan con base en decisiones oprimidas sobre elecciones nulas.

III. Metodología

Desde luego que sí, la falta de protección a los migrantes acredita que se considere la implementación de un nuevo concepto de ciudadanía dentro del sistema internacional de derechos humanos bajo el complemento de un derecho a la migración. Las principales razones que justifican que el derecho internacional adopte una protección especial a la población migrante son las prácticas discriminatorias y la vulneración de los principales derechos que reconozcan la dignidad de las personas como lo es la vida, la libertad y la justicia. La principal *justificación* del presente estudio se debe a la urgente necesidad de un reconocimiento factible del derecho más fundamental de la población migrante, el derecho a la migración, que convoca a la búsqueda de nuevas y posibles respuestas a este problema. Además, las cantidades preocupantes no sólo en cifras de población sino en prácticas discriminatorias y desigualdades ante otros nacionales, es motivo para analizar un derecho a la migración bajo el principio de igualdad que siempre debe prevalecer. Por estas razones la presente investigación tiene la finalidad de fundamentar

⁶⁵ *Ibidem*, p.197.

por qué el derecho a la migración debe ser respetado y configurado como un derecho universalmente reconocido como lo establece la DUDH, en virtud de que un reversible cambio global de migraciones no sería factible, sin embargo, sí la necesidad de una especie de igualdad humana. De tales motivos los *objetivos* centrales de esta investigación son los siguientes:

Objetivo general

- Fomentar el respeto a los derechos humanos de los migrantes y la necesidad de su reconocimiento factible a través de un derecho a la migración.

Objetivos específicos

- Describir el sistema internacional de derechos humanos para la protección de los migrantes.
- Reflejar que tanto el sistema internacional de derechos humanos como algunas políticas migratorias de algunas naciones en torno a la migración, no han dado por terminado con las prácticas discriminatorias y desigualdades hacia esa población.
- Conceptuar el derecho a la migración como un derecho fundamental derivado del derecho a la libre circulación de las personas y su derecho a la residencia.
- Reconstruir un concepto de ciudadanía que beneficie a la población migrante.

La pretendida *hipótesis* que se plantea es que: “El sistema jurídico internacional de derechos humanos aún determina desigualdades y prácticas discriminatorias hacia la población migrante, por lo que, un nuevo sistema que implemente una ciudadanía global o universal acabaría con estas prácticas discriminatorias”. Por su parte el presente estudio se llevó a cabo dentro de un enfoque cualitativo-inductivo que parte de lo general a lo particular. La técnica implementada para la recolección de datos fue únicamente documental, con la cuál se realizó un análisis e interpretación de toda la información recolectada y así se determinó un juicio. Visto que, en esta investigación documental se puede obtener sólo un juicio teórico, no se puede dejar de lado una segunda opción a un enfoque multidisciplinario que este problema representa. A pesar de tan limitada investigación, algunos la considerarían sumamente utópica e irrealista, pero no hay que olvidar que la idea está plasmada y con base en ideas muchos problemas históricos se han resuelto. Por lo que, para obtener soluciones empíricas faltaría mucho por considerarse y bastante por realizarse.

IV. Estructura del trabajo

Durante este trabajo se ha abordado primeramente parte de las circunstancias que el fenómeno migratorio atraviesa tanto en cifras como en consecuencias y circunstancias.

Así, breves antecedentes de la migración han quedado expresados en su inicio, dónde se revelan algunas generalidades de la migración y como referencia la situación más reciente de la migración dentro del marco internacional en las comunidades que más atañe este problema. De tal manera, que se contempla el problema más habitual del fenómeno migratorio, como es el caso entre la frontera de México-EUA y algunas acciones que han tomado dentro de sus políticas migratorias; igualmente, algunas particularidades de lo que es actualmente la crisis migratoria en Europa. Debido a las diversas consecuencias y motivos que han originado la crisis migratoria genera mayor preocupación a la población internacional para buscar una solución ante este tremendo acontecimiento global. Es por todo ello, que la presente investigación se divide en dos partes fundamentales. La primera parte contempla un análisis teórico que comprende el capítulo primero y segundo. El primer capítulo engloba el marco teórico conceptual, donde se observan con precisión los principales conceptos relacionados con la problemática base de este estudio e investigación, así como las principales teorías que sustentaran la propuesta planteada, que sirven de referencia para ordenar los hechos concernientes al problema. En dicha parte se describen los principales argumentos de algunos teóricos en filosofía política como: Isaiah Berlin, Ermanno Vitale, Immanuel Kant, John Rawls, Joseph Carens, Michael Walzer, Thomas Humphrey Marshall, Will Kymlicka, entre otros. En el segundo capítulo se da una breve exposición de los principios en materia de derechos humanos y de los principales derechos concernientes a la migración. La segunda parte atiende un análisis normativo y la propuesta decisiva que comprenden los capítulos tercero y cuarto. Para el tercer capítulo se expresan las principales políticas migratorias transnacionales. El cuarto capítulo expone la propuesta de una ciudadanía global o universal que defiende por completo el derecho a la migración, como un derecho humano y libertad fundamental derivado de la libre circulación de las personas y su residencia. Propuesta que servirá de base para la terminación de las prácticas discriminatorias hacia la población migrante, sin embargo, es menester recordar que no se pretende proponer extinguir la crisis migratoria, sino que se permita ejercer como un derecho universal la facultad de migrar, bajo el fundamento de un principio de igualdad.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

...La importancia que para el hombre y para la sociedad tiene... el dar entera libertad a la naturaleza humana para expandirse en innumerables y opuestas direcciones.

(John Stuart Mill, Autobiografía, 1873)

I. CONCEPTOS

1. *Migración*

El fenómeno migración abarca las acciones de emigrar e inmigrar, a pesar de su distintivo ambos conceptos tienen la misma finalidad, el de moverse de un lado a otro para cumplir el principal objetivo como ser humano, el de subsistir y desarrollarse. Cuando se manifiesta la acción de emigrar, esta característica es peculiar cuando los nacionales de un país determinado dejan su territorio. Ahora bien, cuando se habla de inmigrar, cierta población que ha dejado su país se establece en un país diverso al de su nacionalidad. Por lo que, ambas acciones van encaminadas una de la otra.

De acuerdo a la Corte IDH define los siguientes términos relacionados con la migración:

- a) emigrar o migrar: Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
- b) emigrante: Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
- c) inmigrar: Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.
- d) inmigrante: Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.
- e) migrante: Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.

f) estatus migratorio: Situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.¹

La migración no es sólo un fenómeno del nuevo mundo de países desarrollados sino hasta de países en desarrollo. Muchos otros países aceptan también inmigrantes, aunque no en la misma escala y magnitud que los principales países que reciben migrantes como los EUA, Rusia y Alemania.² Una característica importante de la inmigración es que propicia el pluralismo cultural que afecta tanto al país de origen de los migrantes como el país de destino. Un país manifiesta pluralismo cultural si acepta como inmigrantes a un gran número de individuos y familias de otras culturas y les permite desarrollar sus características particulares que los distingue como grupos de diversas culturas.

Ahora bien, en su mayoría cuando se habla de migrantes se relaciona con la migración laboral, sin embargo esta no es la única pero evidentemente la más común. Así la migración laboral internacional es entendida como el desplazamiento de un individuo hacia un Estado distinto de su nacionalidad para llevar a cabo remuneradas actividades. La migración laboral puede comprenderse en dos términos, tanto documentada como indocumentada. Este fenómeno trascendental ha venido en aumento con el paso de los años, sin olvidar que se ha convertido en un elemento inherente a la globalización. Existen diversos factores que propician este fenómeno global, las relaciones entre Estados desarrollados y en desarrollo y entre los más pobres, además de las grandes desigualdades socioeconómicas y el diverso nivel de vida tanto económico como cultural. Niveles de vida que en ocasiones sobrepasa los estimados en el país de origen de los migrantes, que repercute en ser un objetivo para migrar y superar las diversas expectativas de modo de vivir. En algunos supuestos especialmente dramáticos tales movimientos demográficos han sido impulsados por los efectos de los conflictos armados, la inseguridad ciudadana o la persecución política que asuela a los Estados de procedencia de los migrantes y, en cualquier caso, se ven favorecidos por las mejoras en los transportes alentados por el flujo de información propia de las sociedades contemporáneas. Como consecuencia de ello, en la actualidad la inmigración laboral afecta a todos los Estados de la comunidad internacional, ya sea en calidad de Estados de origen de los trabajadores, de tránsito, o destino, o porque se encuentran en diversas

¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, p. 105, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

² Anuario de migración y remesas, México 2014, "Principales países de destino de migrantes", <http://observatoriocolf.org/Tabla/104>

situaciones simultáneamente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de España y el de México, donde tanto la migración transita así como se establece.³

De acuerdo a la OIT trabajador migrante comprende: “[...] a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.”⁴ Así mismo, la ONU señala que trabajador migrante puede ser documentado o no documentado.⁵

A. Migración documentada

La migración que obtiene autorización o alguna prueba fehaciente que demuestre el permiso para permanecer dentro del país en el que se establecieron se le considera principalmente como migración documentada, así como en otros términos tales a: *migrante legal, migrante autorizado, migrante en situación regular, no inmigrante, extranjero*, entre otros. Estos términos son contemplados en diversas legislaciones así como críticos en la materia.

Por lo demás, de acuerdo a la Convención sobre los Migrantes 1990 de las NU, en su Artículo 5 dice:⁶

- a) Serán considerados *documentados o en situación regular* si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;
- b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.

Por su parte, el derecho de la UE, reconoce como extranjero a “Toda persona que no sea nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas.”⁷ Por tanto, los

³ Carnerero Castilla, Rubén, “Los derechos de los trabajadores migrantes”, en Estrada Adán, Guillermo E. y Casadevante, Carlos Fernández de (coords.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Manual*, México, Facultad de Derecho-UNAM, Porrúa, 2014, p. 437.

⁴ Véase OIT, C097 Convenio relativo a los trabajadores migrantes, revisado en 1949 (núm. 97), y el C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), artículo 11.

⁵ NU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 5.

⁶ La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

⁷ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, Diario Oficial n° L 239 de 22/09/2000 pp. 19-62.

nacionales de terceros países se encuentran en las siguientes categorías:⁸

Inmigrantes de corta y larga duración

- Miembros de la familia de reagrupantes que son nacionales de un tercer país
- Residentes de larga duración en la UE
- Titulares de una tarjeta azul y miembros de su familia
- Trabajadores desplazados
- Investigadores
- Estudiantes
- Trabajadores temporeros
- Trabajadores trasladados dentro de una misma empresa

Personas que necesitan protección

- Solicitantes de asilo
- Beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria
- Beneficiarios de protección temporal
- Refugiados
- Víctimas de trata de seres humanos

Por otra parte, la legislación estadounidense controla una serie de categorías que excluyen el término inmigrante indocumentado, así pasa a diversas condiciones de no inmigrante o migrantes documentados. Ahora bien, para llegar al mayor peldaño del sueño americano se determina al adquirir la ciudadanía estadounidense, ésta se obtiene por diversas vías, ya sea por nacimiento o por naturalización. Para adquirir la ciudadanía después de su nacimiento, ésta es derivada o adquirida por medio de los padres y la obtenida a través de una residencia permanente de al menos 5 años y otros requisitos de elegibilidad. Por medio de la residencia permanente se adquiere la “*Green Card*”, ya que la mayoría de los individuos son pedidos o patrocinados por un familiar o un empleador. Aquí también se pueden contemplar los que tienen un estatus de refugiado o asilado. Por consiguiente la “*Green Card*” es un documento otorgado a los residentes permanentes que sirve de prueba para demostrar que están autorizados para vivir y trabajar en los EUA.⁹ Entonces, para ser considerado migrante autorizado se deriva del estatus de residente permanente en cualquiera de las categorías aplicables.

B. Migración indocumentada

La migración que no obtiene autorización por parte de un país para permanecer en su territorio se contempla en los siguientes términos: migración indocumentada, migración no autorizada, migración irregular, entre otros. Dentro de algunos estudios de la migración se utiliza el término popular “ilegal” para caracterizar a la migración indocumentada, irregular

⁸ TEDH, “Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración”, Bélgica, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 16, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf (fecha de consulta: 02 de febrero de 2015).

⁹ Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, “Tarjeta Verde”, <http://www.uscis.gov/es/tarjeta-verde> (fecha de consulta: 10 de junio de 2015).

o no autorizada, término que no estamos de acuerdo para categorizar, debido a que el derecho a migrar no es una cuestión de legalidad o ilegalidad de las personas sino de la autorización que un Estado determina. La presencia masiva de inmigrantes regulares o irregulares dentro de las fronteras de los Estados-nación contemporáneos es un fenómeno multi-causal. Las guerras, los gobiernos autoritarios, la corrupción e incapacidad administrativa de las elites gobernantes, la discriminación de las minorías, la pobreza y la inestabilidad política de los Estados, origen de los migrantes son fuentes importantes de las migraciones que se han dado en las últimas décadas.¹⁰

De acuerdo al TEDH los migrantes en situación irregular corresponden a: “residentes irregulares nacionales de terceros países y los residentes irregulares nacionales de terceros países cuya expulsión se ha pospuesto.”¹¹ Y por el contrario que la presencia de personas que han entrado o permanecido en un Estado sin autorización o justificación legal se considera irregular o ilegal. La presencia irregular puede producirse de diferentes maneras, que van desde la entrada clandestina o la fuga de un domicilio obligatorio, a la imposibilidad de renovar un permiso de residencia previamente regular por cambio de alguna circunstancia personal. En consecuencia, la falta de un estatus adecuado suele afectar a la posibilidad de beneficiarse de otros derechos.¹²

Por otra parte, entre otras situaciones de migrantes indocumentados o no autorizados se ubican los solicitantes de asilo o refugio y de igual manera los apátridas. De acuerdo a la Convención de Ginebra de 1951 define, que el término refugiado se aplicará a toda persona:

2) [...] que [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹³

Los términos “solicitante de asilo” y “refugiado” a menudo son confundidos: “solicitante de asilo” es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva. En promedio, alrededor de 1 millón de

¹⁰ Bonilla Maldonado, Daniel, “Estado, nación y ciudadanía”, en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 16.

¹¹ TEDH, *op. cit.*, nota 8, p. 16.

¹² *Ibidem*, p. 53; para una mejor comprensión acerca de la condición de residente permanente y de apátrida también véase el Caso Kurić vs Eslovenia, no. 26828/06, 26 de junio de 2012.

¹³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 en Ginebra, entrada en vigor: 22 de abril de 1954, <http://www.acnur.org/t3/recursos/bdl/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

personas solicitan asilo de forma individual cada año. Así, a mediados de 2014, había más de 1.2 millones de solicitantes de asilo en el mundo.¹⁴

Con respecto a la situación de los apátridas, de acuerdo a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas en su Artículo 1 define: “el término apátrida se designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.”¹⁵ Una persona apátrida es aquella que no es reconocida por ningún país como ciudadano. En efecto, millones de personas en el mundo están atrapadas en este limbo legal, ya que disfrutan solamente de un acceso mínimo a la protección legal o internacional o a derechos básicos tales como salud y educación. La apatridia es un problema masivo que afecta a un promedio de 10 millones de personas en todo el mundo y tiene un impacto terrible en las vidas de las personas. Por consiguiente, la posesión de la nacionalidad es esencial para cualquier individuo, puesto que por medio de ella puede gozar de una participación plena en la sociedad y del goce y disfrute de sus derechos fundamentales.¹⁶

En cambio, los desplazados internos, es otra situación preocupante en que las circunstancias cambian y el respaldo que habitualmente los gobiernos ofrecen de garantizar los derechos humanos y seguridad a sus ciudadanos, ya no es posible. Es el motivo por el cual muchas personas buscan el apoyo de otros gobiernos. De igual manera muchos deciden quedarse en su gobierno a vivir en las sombras de la inseguridad y la incertidumbre, además que es imposible muchas veces huir del mismo país y así convertirse en desplazados internos. La situación de los desplazados internos se ha transformado en una de las situaciones más trágicas respecto a la violación de los derechos humanos y causas similares en los que la discriminación juega un papel primordial, convirtiéndose en uno de los principales objetivos para la búsqueda de una protección jurídica o el de migrar. Los desplazados internos están entre las personas más vulnerables del mundo que afecta a más de 25 millones en el mundo.¹⁷ De acuerdo a los Principios Rectores de las NU, se entiende por desplazados internos:

[...] las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de

¹⁴ NU, ACNUR, “Solicitantes de asilo”, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁵ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de la Naciones Unidas, firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

¹⁶ Agencia de las NU para los refugiados, ¿Quién es un apátrida?, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/apatridas/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁷ Consejo Económico y Social de las NU, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 11 de febrero de 1998, p. 1, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022> (última consulta: 26 de enero de 2016).

violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.¹⁸

A diferencia de los refugiados, los desplazados internos no cruzan fronteras internacionales en busca de seguridad y protección, sino que permanecen dentro de su propio país. En algunas circunstancias, pueden ser obligados a huir por las mismas razones que los refugiados (conflicto armado o violaciones de los derechos humanos), con la diferencia que los desplazados internos permanecen bajo la protección de su gobierno, aun en los casos en que el mismo gobierno se convierte en una de las causas de su huida.¹⁹ Y la diferencia entre los refugiados radica que cuando un ciudadano o desplazado interno al huir cruza la frontera internacional de su país su estatus puede cambiar a solicitante de asilo y posteriormente a refugiado, y como tal, recibe protección internacional y ayuda. La primera prioridad es garantizar la seguridad del refugiado y proteger sus derechos humanos básicos. Para estos propósitos, disposiciones de emergencia tales como campos de refugio a menudo adecuados. Pero esto no es suficiente para una permanente solución. A la larga, si los refugiados no pueden regresar a casa sin ningún problema, ellos necesitan un nuevo hogar. La Convención de Refugiados adopta este enfoque. Acierta en principio, que las personas que son reconocidas como refugiados y que no pueden regresar con seguridad a su país de origen dentro de un razonable tiempo deben obtener un nuevo hogar y una oportunidad para hacer una nueva vida en los mismos términos como miembros de la sociedad a la que se han unido.²⁰ Pero si las cuestiones de seguridad en su país de origen han cambiado, no se les debe obligar a regresar puesto que ya se han realizado dentro de otra sociedad.

2. Globalización

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las NU, los Estados se comprometieron a evitar los conflictos entre naciones que trajeron como consecuencia los tratos inhumanos y las injusticias. Así, posteriormente dio surgimiento al mayor efecto entre las relaciones mundiales, como lo fue la globalización. Sin embargo, el mayor auge de la globalización ocurrió después de la Guerra fría, en que los efectos fueron principalmente notables. Una de las características que distingue a este efecto global son la libre circulación de capitales, las relaciones multinacionales, mejoras en las comunicaciones internacionales con las TICs (Tecnologías de la Información y

¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹⁹ Agencia de las NU para los refugiados, La protección de los desplazados internos, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/desplazados-internos/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁰ Carens, Joseph H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 203.

Comunicación), el internet y sobre todo la migración. En el proceso de globalización se desarrollan principalmente actividades económicas, si bien tiempo atrás los países detenían toda clase de actividad sobre su país producido por un tercero, sin embargo, ahora lo único que controlan e impiden su paso libremente a comparación de mercancías, dineros, información, son las personas. “Pero cuando se trata de inmigrantes y refugiados [...] los Estados nacionales reclaman su viejo esplendor, afirmando su derecho soberano a controlar fronteras.”²¹ La situación entre México y EUA brinda el mejor ejemplo de esta paradoja: dos países unidos por un acuerdo de libre comercio y separados por una frontera militarizada y de avance tecnológico. De acuerdo a Antonie Pécoud y Paul de Guchteneire, comparar los flujos de personas a los flujos de capital, información o productos, es una comparación no tan simple como se manipula, ya que “[...] la circulación de personas reviste un alto grado de complejidad social y plantea problemas políticos que no pueden ignorarse.”²²

Pécoud y Guchteneire plantean la hipótesis de una “migración sin fronteras” que en una economía globalizada el comercio y la migración están interrelacionados, y que un día las presiones en favor de la liberación podrían promover una versión de una migración sin fronteras estrictamente orientada al comercio.²³ Versión que austeramente se convertiría en necesaria e indispensable para las actividades económicas de los países.

El carácter poroso de la soberanía de los Estados contemporáneos se explica en buena parte por fenómenos estrechamente relacionados con la globalización, según Daniel Bonilla Maldonado, se desarrolla de la siguiente manera:²⁴

[...] en primera instancia, la hegemonía mundial del liberalismo neoclásico; en segunda, la consolidación y el desarrollo de una burocracia internacional que promueve una agenda política más cercana e interpretaciones alternativas del canon liberal, aquellas, por ejemplo, comprometidas con la protección de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación; y en tercera instancia, el fortalecimiento de organizaciones no gubernamentales transnacionales que defienden causas tan distintas como la protección del medio ambiente y el desarrollo económico.

Si bien, esta abertura que cada vez debilita más a la soberanía lleva al límite el valor supremo del Estado-nación, aunque algunos consideren que el valor de las relaciones internacionales conlleva a la preponderancia de más poder sobre otros y sobre el propio Estado. Este predominio apunta hacia una antinomia entre “los derechos universales y

²¹ Cfr. Sassen, Saskia, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996, University Seminars-Leonard Hastings Schoff Memorial Lectures, p. 59; citado por Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *Migración sin fronteras, ensayos sobre la libre circulación*, Francia, UNESCO, 2008, p. 29.

²² Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *Migración sin fronteras, ensayos sobre la libre circulación*, Francia, UNESCO, 2008, p. 30.

²³ *Ibidem*, p. 31.

²⁴ Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, pp. 18-19.

ciudadanía, destinada a convertirse en explosiva con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias y a ser, si no se supera, una fuente permanente de peligros para la paz y para la credibilidad misma del derecho internacional.”²⁵ La globalización, de hecho, hace surgir precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las identidades como de las diferencias. Además revela a veces de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados.²⁶ No se afirma que el carácter de la globalización sea dañino, pero si se reitera que la naturaleza del Estado soberano ha cambiado, y de hecho para el bien de los Estados en particular.

3. *Estado*

Según Georg Jellinek, el “Estado es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o en otro término, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.”²⁷ De acuerdo a Hans Kelsen el “Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional). El Estado como una persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye”, y como una unidad sociológica la describe en una:

[...] comunidad social quiere decir unidad de una pluralidad de individuos o de acciones de individuos. La aseveración de que el Estado no es solamente una entidad jurídica, sino sociológica, una realidad social que existe independientemente de su orden jurídico, sólo puede ser probada haciendo ver cómo los individuos que pertenecen al mismo Estado forman una unidad, y cómo dicha unidad no está constituida por el orden jurídico, sino por un elemento constitutivo de la “unidad en la pluralidad”, no puede ser descubierto. Todos generalmente por el hecho de ser humanos factibles de poseer derechos pertenecemos en algún momento somos protegidos por el Estado cuando nos encontramos dentro de su jurisdicción, y ente particular hablaremos del derecho a la seguridad si aquella que al encontrarnos bajo la jurisdicción de un gobierno, este tiene la obligación de protegernos, de mantener que nuestras mínimas libertades sean respetadas.²⁸

Desde luego, la idea de formación de gobiernos democráticos y la constitución de un derecho cosmopolita que inspiró a Immanuel Kant en su obra *Sobre la Paz Perpetua*, establece como fundamentos principales para la creación de una constitución política los tres siguientes principios: “1.º [...] la *libertad* de los miembros de una sociedad (en cuanto

²⁵ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 119, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁷ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, Fondo de la Cultura Económica, 2000, p. 197.

²⁸ Kelsen, Hans; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1983, pp. 215-216.

hombre), 2.º [...] la *dependencia* de que todos respecto a una única legislación común en cuanto súbditos), 3.º de conformidad con la ley de la *igualdad* de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos), es la única que deriva de la idea del contrato originario y sobre el que deben fundarse todas las demás normas jurídicas de un pueblo”.²⁹ Sin embargo, Kant no dejó de cuestionarse si estos principios sirven de base para la creación de cualquier constitución, por lo que exclama que, “[...] si es también la única que puede conducir a la paz perpetua”. Es decir cualquier constitución en diversos sistemas constitucionales conducen a una paz siempre y cuando establezcan los principios primordiales que originen la paz y la libertad de los Estados; no obstante que sobre la soberanía de los Estados no debe prevalecer la libertad de otros Estados para que exista una paz, por lo que, “[n]ingún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro [...] Inmiscuirse en sus pleitos sería un escándalo que pondría en peligro la autonomía de todos los demás Estados.”³⁰

Para Will Kymlicka, los Estados “[...] son conjuntos de grupos nacionales, y si existe un poder central es por imposición de un grupo sobre otros.”³¹ Tanto es así que le parece más correcto hablar en general de Estado multinacional que de Estado-nación puesto que diversos grupos son los constituyentes de un poder. Se considera que un Estado multinacional está compuesto por diversas naciones o visto de otra manera por integrantes de diversas nacionalidades, a lo cual actualmente un país ya no es puramente un Estado con integrantes de una sola nacionalidad, puesto que el pluralismo cultural derivado de la migración ha generado Estados multinacionales.

4. Soberanía

Lo que diferencia al Estado de todas las demás comunidades humanas, la constituye, según Aristóteles, la autarquía. Este concepto antiguo no tiene parentesco alguno con el moderno de soberanía. La autosuficiencia significa, para la antigua doctrina del Estado, aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena, es decir el Estado era capaz de no depender de ningún tercero ajeno a su gobierno, sin necesidad de la intervención de otros Estados. El Estado necesitaba estar constituido de tal suerte, que por su propia

²⁹ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2002, p. 52.

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ Cfr. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 303; citado Pérez, Federico, “Will Kymlicka: La defensa del nacionalismo minoritario”, *Astrolabio, Revista internacional de filosofía*, Barcelona, Universidad de Barcelona, núm. 4, 2007, p. 66, <http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOopez.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

naturaleza no tuviera necesidad de ninguna otra comunidad que lo completase.³² Sin embargo, ahora los Estados se abastecen unos entre otros, de tal suerte que entre ellos se dependen entre sí.

La evolución histórica de los Estados modernos va íntimamente unida, a partir de la edad media, y con ella el reconocimiento progresivo de la soberanía. Durante esta evolución el concepto de soberanía ha cambiado como resultado de la pugna de los diversos poderes “[...] el temporal contra el eclesiástico, el del Rey contra el Emperador y el del Rey contra los señores feudales.”³³

De acuerdo a su denominación soberanía corresponde a la autoridad suprema del poder público. Por lo que el Poder del Estado es equivalente al de soberano. Es decir entre soberanía y el Poder del Estado no existe distinción real. No obstante lo anterior, la soberanía sirve para distinguir el poder del Estado de cualquier otro poder. ³⁴ La soberanía es un atributo contingente del Estado e indica supremacía e independencia. No es la esencia del Estado; el titular de la soberanía es el Estado. La soberanía se dice del pueblo como de una causa eficiente e inherente; del territorio como de su sede o ubicación y del poder como de su causa instrumental.³⁵

La soberanía no es una categoría absoluta, sino histórica, es un resultado de la mayor importancia para poder decidir la cuestión de si constituye o no una nota esencial del Estado. La evolución histórica de la soberanía nos demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado es, por tanto, aquel que no conoce ningún otro superior a sí; es por consiguiente el poder supremo e independiente.³⁶ Entonces si se sostiene que soberanía no es una categoría absoluta, sino histórica, actualmente el contexto social y político es diverso, y el Estado en su concepto ha evolucionado, por tanto el carácter permeable que ha manejado el poder soberano de un Estado hace cambiante su naturaleza, ya sea por los diversos efectos que lo ocasionan, hasta llegar su momento de quebrantar ese poder supremo que lo caracteriza.

En consecuencia, si una comunidad política por más que ambicione considerarse una comunidad autosuficiente, no deja de pretender ser un poder supremo tal como afirma Mario de la Cueva que soberanía no es otra cosa que la “[...] doble pretensión de un pueblo de conducir una vida unitaria e independiente.”³⁷ Sin embargo, aún la dependencia

³² Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 27, p. 401.

³³ *Ibidem*, p. 432.

³⁴ Ruiz Daza, Manuel, Estudio Jurídico de los cuatro movimientos de soberanía en Oaxaca, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, año 6, núm. 6, 1982, p. 359.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 27, p. 432.

³⁷ Citado por Ruiz Daza, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 323.

de otro poder suele ser necesaria, entonces si se considera un poder supremo, de qué poder goza, el de gobernar a su pueblo o el de ser autosuficiente sin depender de un tercero. Según Manuel Ruíz Daza, Aristóteles definió a la Polis como: “Una comunidad humana autárquica”, ésta fue la denominación dada a las ciudades de la antigua Grecia, que conlleva a una comunidad autosuficiente.³⁸

Por el contrario, Rolando Tamayo, equipara el concepto de soberanía por el de una sociedad política independiente, tal homologación describe que como superior común “[...] no debe obedecer habitualmente a ningún otro superior”. Así mismo argumenta que las condiciones de la soberanía o de la sociedad política independiente, son “[u]na obediencia habitual por parte del grueso de la población hacia un superior común (sea un individuo o un grupo de individuos); y [q]ue el superior común no se encuentre en hábito de obediencia hacia ningún superior político.”³⁹

Se supone que en el orden jurídico del Estado, no debe influir ningún otro orden jurídico. Sin embargo, a veces un Estado no puede plenamente ser independiente ya que las esmeradas recomendaciones de la política internacional demuestran que un orden jurídico no es autosuficiente, así mismo al considerar al derecho internacional como un orden jurídico equiparable al del Estado y de sus ordenamientos, se niega que exista la independencia total.

Por tal razón, esta posición en la que un Estado no debe ser intervenido por ningún otro poder supremo, es también una consecuencia de la teoría pluralista. Dicha teoría se niega igualmente a considerar al derecho internacional como un orden jurídico por encima de los Estados y sus ordenamientos legales. Sin embargo, la doctrina pluralista implica por regla general la teoría del reconocimiento. Al hacerlo así abandona el dualismo de derecho nacional y derecho internacional y, por tanto, el pluralismo jurídico. Esto implica la lucha por la defensa de la idea de soberanía del Estado y por la independencia del derecho. En definitiva se podría afirmar que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, por tanto significa que el Estado debe ser la autoridad suprema. La autoridad suele definirse como el derecho o poder de expedir mandatos obligatorios.⁴⁰

A pesar de, que lo esencial de un Estado es su poder soberano, característica que lo distingue, Jellinek sostiene que hay “Estados soberanos y Estados no soberanos”. Lo que singulariza al Estado no es la soberanía, es “el poder originario de mandar”, esto es, que este poder no sea derivado sino subyacente.⁴¹ La soberanía es la capacidad para

³⁸ *Ibidem*, p. 324.

³⁹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Juris prudentia: more geometrico, dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, p. 130.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 28, p. 456.

⁴¹ *Cfr.* Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Rios, México, Fondo de la Cultura Económica, 2000, pp. 687; citado por Ruíz Daza, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 341.

determinarse de un modo autónomo jurídicamente. De aquí, que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad.⁴²

Por su parte, Jeremy Bentham expresa que: “[...] por soberano se entiende, cualquier persona o grupo de personas a cuya voluntad, una comunidad política en su totalidad se supone que está en disposición de prestar obediencia; y esto con preferencia sobre la voluntad de cualquier otra persona.”⁴³

Por el contrario, un cambio decisivo al concepto de soberanía lo afirma Jean-Jacques Rousseau, primeramente habla de un Contrato Social que a través de él, se encuentra “[...] una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y pertenezca tan libre como antes.”⁴⁴ El contrato social impone una obediencia voluntaria por parte del ciudadano, es decir el soberano es el pueblo. Cada ciudadano es soberano y súbdito al mismo tiempo, y que mediante su voluntad se obligan a obedecer la autoridad, autoridad que fue creada por el ciudadano mismo. Por ello, el individuo obedecería voluntariamente los intereses comunes en donde actúa como soberano. Lo que hay de común en los intereses particulares de cada institución, es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir.⁴⁵ La soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros. “El soberano, por la sola razón de serlo, es siempre lo que debe ser.”⁴⁶

“La soberanía desde un enfoque instrumental constituye una explicación justificante de determinada forma de ejercer o de coordinar el ejercicio de poder, originada en la razón y en la experiencia, a través de la observación objetiva de los hechos que concretan las relaciones humanas y las relaciones de agrupaciones humanas, como los Estados.”⁴⁷ Ahora bien, a un Estado soberano se le atribuye un carácter exclusivo de organización política y de Estado independiente, así como sujeto del derecho internacional público y protagonista de relaciones internacionales, por el contrario, tanto en ambos caracteres como sujeto, la naturaleza persuasiva de las organizaciones internacionales así como de

⁴² Ruiz Daza, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 341.

⁴³ Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, edición introductoria y notas de H. L. A. Hart, London, The Athlone Press, University of London, 1970, p. 18.

⁴⁴ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político (discurso sobre las ciencias y las artes, discurso sobre el origen de la desigualdad)*, Estudio preliminar Daniel Moreno, decimoctava edición, México, Porrúa, 2013, p. 11.

⁴⁵ *Ibidem* p. 17.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁷ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *et al.*, *Derecho internacional público*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, t. I, 2005, p. 31.

las relaciones internacionales provoca acciones dubitativas a los intereses de una comunidad nacional, que ponen en incertidumbre el poder soberano del Estado.

En el derecho internacional hay principios que organizan las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, por tal razón radica el Principio de Igualdad Soberana, este atributo de soberanía otorga a los Estados aspectos muy especiales. Primeramente que ellos necesariamente son independientes, lo que impide que puedan quedar subordinados a un poder ajeno que les determine ya que si esto ocurriera dejarían de serlo y consecuentemente tampoco serían sujetos del derecho internacional.⁴⁸

Visto que, el poder emanado del Estado como libre y soberano, por diversos motivos en ocasiones es desaprensivo, se aprovecha de su poder para tomar respuestas arbitrarias ante la sociedad migrante. Por consiguiente, el poder para admitir o excluir a los extranjeros es inherente a la soberanía, y es esencial para cualquier comunidad política. Si bien la soberanía es parte consustancial de un Estado, es admisible cuestionarse hasta que límite se podría considerar, que un Estado no pierde su esencia como soberano y así poder aceptar moralmente la entrada libre a migrantes. En consecuencia “la soberanía estatal estaría limitada (moralmente) por los principios de justicia.”⁴⁹ Actualmente el Estado soberano asume grandes retos para poder sostenerse como tal, principalmente el decaimiento del concepto tradicional de soberanía, y esto como efectos de la globalización que traen consigo el desafío de la pluralidad cultural. En definitiva pone también en cuestión el “modelo de ciudadanía nacional.”⁵⁰ Hoy en día los Estados tienen niveles de autonomía mucho menores que los exigidos por el concepto de soberanía absoluta que históricamente ha surgido, es decir los Estados poco a poco han disminuido su poder soberano bajo otros conceptos. Un claro ejemplo es cuando “[l]os gobiernos de los Estados nacionales se ven notablemente restringidos por las decisiones tomadas por burocracias internacionales, gerentes y juntas de las grandes multinacionales, y cuadros directivos de algunas poderosas organizaciones no gubernamentales.”⁵¹ Es claro que el poder absoluto y autosuficiente ya no es característica esencial de un Estado soberano.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 454.

⁴⁹ Carens, Joseph H., “Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas”, trad. Pablo Larrañaga, *Isonomia*, México, núm. 30, abril, 2009, p. 563, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_303.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁰ Cfr. Kymlicka, Will, *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 17; citado por Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, p. 18.

⁵¹ Cfr. Sassen, Saskia, *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003, pp.5-28; citado por Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, p. 18.

5. Nación

La nación desde el punto de vista jurídico-político corresponde a un sujeto político establecido en un territorio donde ejerce su soberanía como poder supremo. De tal manera, es esencial que en cada nación exista una organización político-jurídica que la administre autónomamente.⁵² “El Estado-nación es un sistema cerrado y autocontenido que debe evitar cualquier relación de dependencia con otro sistema.”⁵³

Desde el punto de vista moderno, nación es “como un conjunto de individuos que habita un territorio ancestral y que se une en torno a una historia, un lenguaje, una religión y una cultura comunes.” La nación, consecuentemente, no es una entidad con una cultura pura sino culturalmente homogénea. Esta característica resulta fundamental, ya que es la condición que posibilita la cohesión de los ciudadanos con otros miembros, así como una acción colectiva entre sus miembros.⁵⁴ Dado que los individuos pertenecientes a una nación son titulados como ciudadanos, ahora bien esta pertenencia no puede ser de pleno derecho a todos en cuanto deseen, sino a unos cuantos, y para ello la nación ejerce su criterio el cual estipula quien puede integrarse a ese territorio. “La pertenencia a la comunidad política está condicionada por la pertenencia a la comunidad cultural; solo aquéllos que hacen parte de la nación pueden ser parte de la comunidad política.” Esa comunidad cultural comparte un conjunto de tradiciones culturales, un lenguaje y un credo, cuestiones que se distinguen entre otros Estados como el estilo de vida o “proyectos de buen vivir de los sujetos”, por lo que se convierte en una condición necesaria para adquirir un estatus aceptado tanto por el Estado y la comunidad social, esto es, la ciudadanía.⁵⁵

De acuerdo a Ernest Gellner la idea de nación, se encuentra en las siguientes dos definiciones:⁵⁶

1. Dos hombres son la misma nación si y sólo si comparten la misma cultura, entendiendo por cultura un sistema de ideas y signos de asociaciones y de pautas de conducta y comunicación.
2. Dos hombres son de la misma nación sí y sólo si se reconocen como pertenecientes a la misma nación. En otras palabras, las naciones hace al hombre; las naciones son los constructos de las convicciones, fidelidades y solidaridades de los hombres.

⁵² Cfr. Kymlicka, Will, *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 17; citado por Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, p. 14.

⁵³ Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, p. 14.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁶ Gellner, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, 2ª edic., trad. Javier Setó Melis, Madrid, Alianza, 2008, p. 74.

Finalmente Gellner interviene acerca de la construcción de las naciones, que si bien, su origen se constituye bajo un argumento producido por los hombres y no sobre un hecho natural, en sus palabras: “Las naciones como medio natural, otorgado por Dios, de clasificar a los hombres, como inherente [...] destino político, son un mito; el nacionalismo, que a veces toma culturas que ya existen y las transforma en naciones, a veces las inventa, y a menudo las destruye”.⁵⁷

Según Hobsbawm, “la ecuación nación = estado = pueblo, y especialmente pueblo soberano, sin duda vinculaba nación a territorio, toda vez que la estructura y la definición de los Estados eran entonces esencialmente territoriales.”⁵⁸ Sin duda, Hobsbawm maneja que esta triada de conceptos son similares, pero lo propondremos de tal manera, primeramente para la constitución de una nación debe anteceder la del Estado, y al erigirse un Estado con principios nacionalistas esenciales, se constituye en pueblo soberano evidentemente en un territorio. En sus palabras, “Las naciones no construyen estados y nacionalismos, sino que ocurre al revés.” Y por consiguiente, “el nacionalismo antecede a las naciones”.⁵⁹ En definitiva, el vínculo de construcción de un Estado se encamina del siguiente modo: *Estado-Nacionalismo-Nación*.

A. Nacionalismo

“El nacionalismo es fundamentalmente un principio político que sostiene que debe haber congruencia entre la unidad nacional y la política.”⁶⁰ Esta ilación entre nación y poder político, es lo que en resumen denominaríamos un sentimiento patriótico y el respeto por su autoridad.

De igual forma, si la elevación de una nación se debe a la formación de un nacionalismo, entonces para la transformación final primeramente debe existir un pensamiento. Es decir, de esta manera se conduce al nacionalismo, un sentimiento o un movimiento nacionalista, y la mejor manera de entenderlo es por medio de este principio. El *sentimiento nacionalista* lo describe Gellner como “[...] el estado de irritación que suscita la violación del principio o el de satisfacción que acompaña a su realización” y el *movimiento nacionalista* “es aquel que obra impulsado por un sentimiento de este tipo”. Entonces, “[...] el nacionalismo es una teoría de legitimidad política que prescribe que los límites étnicos no deben saltar por encima de los políticos, y especialmente [...] que,

⁵⁷ Cfr. Gellner, Ernest, *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell, 1983, pp. 48-49; citado por Hobsbawm, Eric, *Naciones y Nacionalismo de 1780*, trad. Jordi Beltran, Barcelona, Crítica, 1991, p. 18.

⁵⁸ Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo de 1780*, trad. Jordi Beltran, Barcelona, Crítica, 1991, p. 28.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁰ Gellner, Ernest, *op. cit.*, nota 56, p. 67.

dentro de un estado dado, no deben diferenciar a los detentadores del poder del resto.”⁶¹ Esta teoría de legitimidad no siempre realiza lo que propone, es decir en varias ocasiones viola sus principios. De modo que, si la conjetura de que los límites étnicos no deben estar por encima del sistema político, puede ocurrir que hasta en los límites políticos del Estado no siempre incluyan a un nacional, es decir, se permite la intervención de gente ajena, gente que aún no pertenece a esa nación y además que sin sentido nacional intervengan en el sistema político. De tal manera que, el principio nacionalista es violado en múltiples ocasiones, convirtiendo una mezcla de ajenos a la nación y ajenos a los intereses comunes en una sociedad. “Incluso puede suceder que la nación esté exenta de mezcla de foráneos, pero conste de múltiples [E]stados, de tal modo que ninguno pueda invocar ser *el* nacional.”⁶²

El nacionalismo también da lugar a los oscuros sentimientos de la xenofobia y a una fuerte tendencia hacia el aislamiento y la agresión con el fin de protegerlo. Tienen la capacidad para generar emociones en sucesivas generaciones, poseen un poder explosivo que va más allá de lo “racional” usos los cuales, las elites y las ciencias sociales consideran apropiado. “Evocando un heroico pasado es como jugar con fuego, como la historia de demasiadas naciones y etnias, presos en conflictos actuales, que así se puede llamar.”⁶³ En el fondo, estas concepciones llevan a la idea de que los Estados con el objetivo de proteger el principio de nacionalidad, buscan el modo más útil de protegerse, sin menoscabar a sus nacionales pero si a un ajeno a su sentimiento nacionalista, esta clase de subordinación va más allá de la calidad de ciudadano y no de un integrante más que aún no es nacional.

El nacionalismo sería la política continua de reproducción de la identidad como miembro de un Estado-nación en particular. Mientras que, usualmente el término “nacionalismo” es empleado para describir aquellas reivindicaciones vehementes de una identidad compartida con el propósito de conseguir una reorganización del mapa político o la formación de un nuevo Estado, éste sería más bien el programa político normal del Estado-nación. La tarea diaria de conservar, mantener y estimular el sentimiento de pertenencia y cohesión de su población es igualmente una política nacionalista, la cual es el resultado casi natural y normal de la labor del Estado.⁶⁴ La identidad nacional sin duda es imaginaria, pero de todos modos se siente, se conoce y se vive, aunque sea el

⁶¹ *Ibidem*, p. 68.

⁶² *Ibidem*, p. 67.

⁶³ Zilbershats, Yaffa, “Reconsidering the Concept of Citizenship”, *Texas International Law Review*, Texas, Universidad de Texas Escuela de Derecho, vol. 36, núm. 4, verano, 2001, p. 701, <http://www.tilj.org/content/journal/36/num4/Zilbershats689.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶⁴ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, “Ciudadanía más allá del Estado-nación: pertenencia y derechos en un mundo global”, en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 39.

resultado del nacionalismo, pero no obstante cuenta con fundamentos sociales y políticos.⁶⁵

La cuestión es, por qué las personas con quienes se comparte un territorio y la pertenencia formal a un Estado-nación deben ser los objetos de nuestra identificación y solidaridad, por encima de aquellas a las que estamos unidas a través de otros lazos. El carácter fundamentalmente excluyente del nacionalismo muestra la contradicción con el nacionalismo liberal. La teoría liberal, en todas sus vertientes, se pronuncia a favor de la protección universal de las personas, mientras que el nacionalismo privilegia los apegos hacia un grupo particular. “La tensión resultante entre el universalismo y particularismo ha hecho que algunos observadores sugieran que la propia noción de nacionalismo liberal es un oxímoron.”⁶⁶ Es decir, el principio nacionalista por evidentes razones a su existencia, como identidad singular, excluye ajenos a sus sentimientos y movimientos nacionalistas, por tanto esta contradicción no permite un principio liberal que otorgue protección a todas las personas, puesto que tolera la entrada a sólo un grupo en particular. Más allá de un problema de coherencia se encuentra un problema ético sustancial: ¿Por qué deben importar más los vínculos nacionales que los demás? ¿Por qué se debería dar prioridad a los compatriotas? Sólo por hecho de un compromiso moral o el de un compromiso de justicia.⁶⁷

El nacionalismo como lo llama Gellner es “[...] una clase muy concreta de patriotismo que pasa a generalizarse e imperar tan sólo bajo ciertas condiciones sociales”, requisitos que subordinan la entrada a un clase muy especial. Entonces a tal criterio se puede estipular que el nacionalismo viene siendo un tipo de *clase social universal*, supeditada a ciertas condiciones para poder pertenecer. Esta clase de patriotismo se distingue por rasgos verdaderamente característicos, la singularidad de pertenecer a este tipo de patriotismo, su lealtad son culturalmente homogéneas, y se basan en una cultura que lucha por una cultura superior es decir alfabetizada.⁶⁸

Desde el punto de vista de Yaffa Zilbershats, hablar de un nexo nacionalista, corresponde a los lazos del pasado o al más utilitaria nexo del presente o futuro, en que la inmigración contiene respecto a un Estado. Ésta es una importante cuestión en que el nacionalismo no debe ser exclusivo para los ciudadanos, sino que los extraños pueden contener un nexo nacionalista. Los lazos del pasado son aquéllos que implican una

⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶ Cfr. Levinson, Sanford, “Is Liberal Nationalism an Oximoron? An Essay for Judith Shklar”, *Ethics*, 105, April, 1995, pp. 626-645; citado por Bosniak, Linda, “Desnacionalizando la ciudadanía”, en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 236.

⁶⁷ Bosniak, Linda, “Desnacionalizando la ciudadanía”, en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, pp. 236.237.

⁶⁸ Gellner, Ernest, *op. cit.*, nota 56, p. 234.

historia compartida, lenguaje, cultura y en ocasiones una común religión. Éste es un factor el cual crea un “*nationalist-ethos*”⁶⁹ es decir una carácter nacionalista el cual establece un vínculo entre una persona para unirse entre un ciudadano y un Estado. Sobre los lazos de un común presente y futuro, en una sociedad de personas las cuales viven en un Estado en el que se comprometen a vivir de acuerdo a los principios rectores establecidos sobre el carácter social que los caracteriza, el cual fue creado dentro de una constitución. Este vínculo tiene un carácter menos nacionalista, sin embargo, en cierta medida es más utilitarista.⁷⁰ Debido a que las normas de inmigración en un Estado son un importante elemento en la cuestión de la ciudadanía, el Estado da el carácter a su sociedad, permite la entrada de migrantes con el propósito de admitir o establecer personas quienes son conectados a la sociedad de acuerdo a estos nexos, ya sean del pasado o sobre la base utilitarista de un nexo con el presente o futuro. Sin embargo, cuando las personas están establecidas en un Estado y viven ahí, por un significativo periodo de sus vidas dentro de sus límites, ellos pueden obtener el derecho a que el Estado les otorgue la ciudadanía.⁷¹

B. Transnacionalismo

La primera acepción del concepto “transnacional” tiene un componente geográfico muy importante y es aquella que enfatiza en la frontera, a la manera del autor Caren Kaplan⁷², con una diagonal que divide a la palabra distingue físicamente entre aquéllos que viven dentro del territorio nacional y los que están fuera de él. En esta definición, el “desarrollo trans/nacional” serían las acciones y políticas de desarrollo enfocadas a los connacionales que viven “más allá de las fronteras de la nación”. La segunda acepción del concepto “transnacional” según Pablo Castro Domingo, “[e]s aquella en la que se enfatiza el carácter político del fenómeno y en particular el papel central que juega el Estado-nación como institución reguladora de la sociedad en la formación y reproducción de sujetos que son marginados o excluidos.”⁷³ Así la transnacionalidad es la cimentación progresiva de una relación entre el Estado y la nación, la cual excluye a algunos; mientras que en algunos lugares de destino de transnacionalidad excluye a los transmigrantes, los cuales es muy difícil o hasta imposible que sean incorporados a esa *trans-nación*, “quedando los transmigrantes en una condición de exclusión y en un espacio mínimo entre naciones”. La

⁶⁹ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 692.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Ibidem*, p. 693.

⁷² Citado por Castro Domingo, Pablo (coord.), *Dilemas de la migración en la sociedad posindustrial*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008, p.167.

⁷³ *Ibidem*, p. 168

tercera acepción del concepto transnacional “tiene sentido histórico y es aquella en la que se propone que el Estado-nación como fórmula preeminente de organización y regulación de la sociedad está perdiendo su importancia en su contexto de cambio histórico”.⁷⁴ Desde esta perspectiva histórica, evidentemente nos trasladamos al prefijo “trans” que significa “al otro lado” o “a través de”, lo cual hace que cualquier post-concepto se extienda a través de, y en este caso más allá de su entorno natural.

Según Rainer Bauböck, explica que el término transnacional “[...] se aplica a las actividades humanas e instituciones sociales que se entienden a través de las fronteras nacionales.”⁷⁵ Atiende al enfoque de su funcionalidad, el transnacionalismo político es mucho más que una actividad política transfronteriza, que se refiere a los límites cambiantes y traslapados que definen la pertenencia a una comunidad política.⁷⁶ Algunas actividades políticas definen la posesión de una nación, y si éstas van más allá de su límite fronterizo son acciones contradictorias de su poder, tal como los flujos migratorios. Los flujos migratorios son también una de las consecuencias del establecimiento de empresas transnacionales, actualmente un país constituye empresas en otros países ya sea para desarrollarse o incrementar su crecimiento global. Así, el establecimiento de empresas transnacionales en un país diverso al de su nacionalidad, da la aceptación de otros nacionales en el lugar donde se erige una empresa extranjera. Como se ha observado los países ya no son totalmente independientes, tanto por el establecimiento de empresas extranjeras en su territorio que es permitido, así como las intervenciones de organizaciones internacionales que tratan de regular los acuerdos entre gobiernos. Ahora bien, ya que los países aceptan reunirse para implementar acuerdos entre ellos, existe la OMC, que se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible. Sobre todo la libre circulación de capitales. Así como la OCDE, constituida por 34 Estados con el objetivo de coordinar sus políticas económicas y sociales.

Por su parte, las NU y las ONGs no necesariamente son consideradas como organizaciones internacionales sino como organizaciones multinacionales y transnacionales respectivamente. Por lo que transnacionalismo político es entendido como un “lugar para la participación política”, es decir, como un espacio en el cual la actividad política se extiende más allá de las fronteras nacionales.⁷⁷ El transnacionalismo

⁷⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁵ Bauböck, Rainer, “Hacia una teoría política del transnacionalismo de los emigrantes”, en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 179.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 182.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 183.

político no se refiere únicamente a las actividades de los gobiernos y a los intereses organizados de la sociedad sino que, además, incluye la idea de una comunidad política que se extienda a través de las fronteras territoriales.⁷⁸ La característica básica de las relaciones políticas transnacionales que permite distinguirla de las relaciones internacionales y multinacionales, es que crean una pertenencia traslapada entre comunidades políticas que se creen separadas e independientes. De tal manera que, “[E]l transnacionalismo político no es únicamente un conjunto de actividades a través de las cuales los migrantes se involucran en la política doméstica de su país de origen; también afecta la identidad colectiva y la noción de ciudadanía dentro de la población, tanto en las sociedades emisoras como receptoras.”⁷⁹

Según Francisco Ibarra Palafox, los flujos migratorios tienen una realidad demasiado poderosa e imposible de detener por los Estados nacionales, sobre todo por los países más ricos, pero ello no quiere decir que no tengan un legítimo derecho de regularlos: “Por el contrario, mientras los [E]stados sean los primordiales actores de la arena internacional, y actores fundamentales de la vida política nacional, ellos gozarán de una legitimidad para regular los flujos migratorios que penetren sus territorios.”⁸⁰ Sin embargo, la influencia de terceros nacionales pone en riesgo el concepto de ciudadano, que es el perteneciente a una comunidad, a través de la influencia de extranjeros a una identidad nacional. Así es innegable que la inmigración puede amenazar con dividir dos naciones con dos culturas y dos lenguas.⁸¹ Ahora bien la cuestión es como los Estados nacionales responderán ante tal repercusión.

En definitiva, el transnacionalismo de comunidades internacionales tiene ambos efectos, primeramente entre el efecto positivo, las relaciones internacionales, la generación de empleos e inversiones extranjeras, y su derivación primordial el flujo libre de capitales. Sobre el efecto negativo, la influencia de flujos migratorios, el uso excesivo de materiales y las repercusiones al medio ambiente, si bien las empresas extranjeras son ajenas al cuidado de ello, al estar en países ajenos a veces pierden el cuidado debido como lo haría un nacional y lo que es peor una pertenencia solapada entre países que ponen en riesgo la ciudadanía plena de una comunidad. Hoy en día el desafío del futuro

⁷⁸ *Ibidem*, p. 194.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 208-209.

⁸⁰ Ibarra Palafox, Francisco, “La ciudadanía migrante”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, t. I, núm. 356, 2006, pp. 484-485, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2313/26.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁸¹ Flores, Imer, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): a propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Díaz Müller, Luis T. (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2006, p. 227-228, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1790/15.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

es el generado por un lado por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los Estados, y por el otro el nuevo absolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales.⁸²

6. **Nacionalidad**

Nacionalidad, es uno de los aspectos más importantes de un ciudadano, así es la conexión más fuerte entre una persona y el Estado; pese a ello, no hay un criterio internacional que pueda definir con claridad tal conexión, ni que establezca en cuales circunstancias el Estado debe otorgar la nacionalidad sobre una persona y cuando una persona tiene el derecho para llegar a ser ciudadano.⁸³ Sin embargo, si se proclama como un derecho universal que toda persona tiene derecho a una nacionalidad.⁸⁴ De ahí que, la nacionalidad constituye una relación jurídica entre una persona y un Estado, que se caracteriza por la existencia de ciertos deberes y derechos recíprocos entre el Estado y el Individuo.⁸⁵

En un Estado dónde sus normas constituyen un carácter importante para la nacionalidad de las personas, el Estado a través de ellas determina sobre la admisión de las personas, y a efecto de la inmigración el cupo de personas será limitado. Con base a la determinación del cupo de personas el Estado hace uso de un criterio que valore quien es factible para pertenecer, así como afirma Zilbershats hacer uso de un “nexo o conexión con el pasado”, ejemplo: que la entrada por efecto de la inmigración sería permitida a personas quienes tienen una historia común y quienes son vinculadas por una cultura común. Por otra parte, hacer uso de “nexos o conexiones al presente y al futuro”, ejemplo: una admisión preferente a personas que hacen una contribución en el desarrollo del Estado, quienes la presencia en el Estado es importante por un punto de vista económico y quienes están dispuestos a adoptar los valores constitucionales del Estado al cual ellos desearon migrar.⁸⁶

Según Zilbershats, expone este tipo de analogía entre nacionalidad por virtud de conexión del pasado, y por virtud de conexión con el presente y el futuro, a la membresía de un club, pero, no es completa ni absoluta. Los Estados no son únicamente familia o clubes. Los Estados, son comparados a las familias o comparados a un club, porque

⁸² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 25, p. 134.

⁸³ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 691.

⁸⁴ Véase Artículo 15 de la DUDH.

⁸⁵ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho internacional público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, t. II, p. 358.

⁸⁶ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 733.

tienen un componente adicional, es decir, un territorio. En realidad, ambos familias y clubes tienen propiedad pero no tienen soberanía sobre la propiedad. El hecho que un Estado tenga soberanía sobre un territorio significa que está moralmente comprometido hacia aquellos quienes eligen hacer de ese territorio el centro de sus vidas.⁸⁷ Dichos tipos de nexos o conexiones del individuo con el Estado son compatibles para el criterio de admitir personas, sin embargo no todos entran en esta regla, debido al límite de personas que son permitidas a pertenecer, así el argumento de pertenecer no depende de un nexo o una conexión sino de un límite, que claramente uno depende del otro.

Ahora bien, la virtud de pertenecer a una nación, se otorga por medio de dos circunstancias, una por nacimiento y la otra por naturalización, la de nacimiento no sólo implica un derecho inherente, sino también un derecho factible de residir en un Estado sin que la voluntad lo anteceda, según Louis Henkin “[...] el lugar de nacimiento es una característica, no es lo mismo que una residencia larga ni una indicación de una voluntad “*contrato social*” de un acuerdo de la sociedad[...].”⁸⁸, es decir un derecho obtenido no por voluntad sino por circunstancias ajenas al individuo sin haber deseado hacerlo. Por el contrario, la nacionalidad por naturalización se otorga principalmente por un periodo significativo de residencia y claramente sobre un límite de cupo de personas. A veces sucede que las personas autorizadas para residir ahí, ya sea por un derecho inherente desde nacimiento, no aceptan o no desean vivir en determinado lugar, y es el ejemplo claro de las personas con doble nacionalidad: “La doble nacionalidad es un excelente indicador de tolerancia de la sociedad no sólo por múltiples lealtades sino por el derecho de que los individuos escogen sus afiliaciones.”⁸⁹ De acuerdo a Zilbershats, un motivo para justificar la doble nacionalidad se encuentra en “[...] el bien del individuo”. La doble nacionalidad en la mayoría de los casos hoy en día, no obliga a una persona sino que es el resultado de su libre albedrío. En consecuencia, es posible decir que si una persona por su propia voluntad escoge sostener una doble nacionalidad, obviamente es por su beneficio y se le debe dar la oportunidad de implementar ese deseo.⁹⁰ Una de las particulares ventajas de poseer la doble nacionalidad, es que el individuo sigue disfrutando de los derechos que su país de origen le otorga, sin el hecho de residir ahí. Por otra parte, la persona, la cual ahora también es ciudadano del país al que ha migrado, puede trabajar y mandar dinero a su país de origen y beneficiar en su economía, y simultáneamente él puede disfrutar de los derechos los cuales se le otorgaron.⁹¹

⁸⁷ *Ibidem*, p. 710.

⁸⁸ Cfr. Henkin, Louis, *International Law: Politics and Values*, Boston, Brill Academic Pub, 1995, p. 20; citado por Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 721.

⁸⁹ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 727.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 730.

Parece ser que esta clase de tolerancia por parte de la sociedad se ha vuelto aceptable, sin embargo no cuestionable, en consecuencia, estamos de acuerdo en las desventajas de una doble nacionalidad sobre este enfoque que Zilbershats lo denomina un derecho inalienable, pero que estorba al derecho de otros. Las personas de doble nacionalidad gozan de derechos los cuales les fueron otorgados y sin embargo no gozan de esa facultad. Desde luego que sí, el cupo de las personas que gozan de la virtud de tener una doble nacionalidad no hacen uso de ese derecho, ese lugar reservado por parte del Estado al ciudadano que actualmente no reside, pero sí goza de aquella nacionalidad, debería ser utilizado por aquéllos que aspiran ser reconocidos, como sucede con la mayoría de la población migrante que durante largo tiempo ha residido en un país, dónde además no se les reconoce por el Estado el derecho a pertenecer completamente a esa sociedad, por qué no permitirles tomar el lugar del que muchos no hacen uso. Sobre este argumento, es el momento de crear una norma de derecho internacional que obligue a los Estados a conceder la nacionalidad a los individuos que bajo un estatus irregular viven dentro de su territorio. De este modo el problema tanto de personas apátridas, inmigrantes, refugiados, será resuelto y cada persona en un Estado le será permitido llegar a ser miembro. Además, este proceso eliminaría la amenaza de deportación, el cual es en efecto, un equivalente a una violación de todos los demás derechos atribuidos a la persona por el Estado.⁹²

7. Ciudadanía

En el contexto de las migraciones internacionales, “[...] la ciudadanía significa el derecho a entrar y permanecer”⁹³ en una comunidad política, es decir, “[...] el reconocimiento de la pertenencia en un país que ha dejado de ser extraño sin el temor siempre latente a la expulsión o la irregularidad.”⁹⁴

Por otra parte, el concepto de nacionalidad debe distinguirse cuidadosamente del concepto de ciudadanía; la diferencia que los distingue es un sentido técnico es decir la forma para hacerse de algo. La ciudadanía es “[...] la facultad de ejercer funciones de carácter político, lo que se llama sintéticamente *ius honoris* y *ius suffragi*, es decir el derecho a elegir y a ser electo para el desempeño de funciones públicas.”⁹⁵ De tal manera que el contenido y alcance de la ciudadanía son típicamente políticos. En la mayoría de

⁹² *Ibidem*, p. 734.

⁹³ Cfr. Dauvergne, Catherine, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 121; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 106.

⁹⁴ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p.106.

⁹⁵ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 85, p. 358.

los países en Latinoamérica se ha distinguido entre ciudadanía y nacionalidad, ya que basta con que la persona sea nacional para que se le reconozcan los derechos fundamentales que otorga la Constitución, mientras que la ciudadanía es una noción esencialmente referida a los derechos políticos. Sin embargo, en la mayoría de las constituciones del mundo, no distinguen entre nacionalidad y ciudadanía.⁹⁶ De este modo, podríamos decir que la nacionalidad es meramente un lazo entre el Estado y el individuo que goza de ciertos derechos, mientras que la base de un ciudadano es el vínculo entre el Estado-nación y la persona que los faculta no sólo de algunos derechos que otorga su constitución sino de algunos más. De acuerdo a Zilbershats los lazos que primordialmente unen al Estado con el ciudadano, son con el objetivo de preservar los valores que constituye un Estado, y en sus palabras define:

[...] ciudadanía como la integración de una residencia permanente y la obligación de lealtad en su sentido más amplio, aceptando la obligación de preservar los valores de la Constitución del Estado, su cultura y su idioma. Por tanto, una persona viviendo fuera de las fronteras de un Estado a quien le es leal a esos valores, podría ser reconocido como un potencial inmigrante, pero tal persona no se le concederá la ciudadanía a no ser que él, actualmente pase a ser residente en el Estado. Como consecuencia, una persona que reside en un Estado pero que no es leal a él, no debería tener el derecho a la ciudadanía.⁹⁷

Así, una vez que el Estado ha dado a una persona la oportunidad de inmigrar y él ha ejercido el derecho y subsecuentemente vivir dentro del Estado por un substancial período de tiempo, el Estado debe permitir a él, convertirse en un completo miembro de la sociedad, es decir un ciudadano del Estado.⁹⁸

Según Eduardo Jiménez de Aréchaga declara que algunos tratadistas sostienen que los Estados tienen el deber de admitir en su territorio a los extranjeros que deseen radicarse en él, basado en la teoría del dominio que marcaba Francisco de Vitoria, deduce esta obligación del "*ius communicationis*" es decir sobre el concepto de "sociedad y comunicación natural" que parte primordialmente de un derecho natural y del *ius gentium*. De acuerdo a esta concepción, el Estado debe permitir al extranjero el ingreso a su territorio, el mantenimiento de comunicaciones y la realización de actos de comercio internacional. Sin embargo, la discrecionalidad del Estado para aceptar o rechazar extranjeros en su territorio, es aceptable siempre que al rechazarlos no incurra en discriminación por razones de raza, sexo, idioma o religión.⁹⁹

⁹⁶ Ibarra Palafox, Francisco, "Constitucionalismo y ciudadanía frente al desafío multicultural", en Astudillo, Cesar y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 660, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3455/28.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹⁷ Zilbershats, Yaffa, *The Human Right to Citizenship*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2002, p. 182.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 181.

⁹⁹ Citado por Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 85, p. 386.

Si bien no existe un sistema jurídico internacional que acepte al migrante como parte integrante de una nación. Por su parte, en las democracias actuales “[l]a ciudadanía es el equivalente moderno al privilegio feudal [...] un estatus hereditario que refuerza importantemente las oportunidades en la vida. Al igual que los derechos hereditarios feudales, cuando se mira de cerca, la ciudadanía es difícil de justificar.”¹⁰⁰ Por medio de este privilegio tiránico, la ciudadanía es el equivalente a excluir al migrante, puesto que sólo unos cuantos son permitidos a pertenecer a una sociedad y ser reconocidos como ciudadanos. Este tipo de exención, derivado de la conexión del Estado con el individuo, para algunos no trae privilegios pero sí exclusiones que corresponden a una clase de desigualdad social, tal es el caso de las pruebas de ciudadanía en la que algunos residentes aplican para la ciudadanía. Estas pruebas son consideradas injustas por el hecho de excluir y permitir la elección del Estado de decidir a quien acepta como su miembro por medio de ellas. Además, se parecen mucho a las pruebas de alfabetización que afroamericanos fueron requeridos a tomar en algunos estados del sur en los EUA en la primera mitad del siglo veinte. Realmente su objetivo no es una prueba de conocimiento pero si para excluir. El resultado es que estas pruebas están designadas para elegir y son injustas.¹⁰¹

De acuerdo al Sociólogo conocido por sus ensayos sobre ciudadanía, Thomas Humphrey Marshall considera a la clase social como otro sistema de desigualdad. Como la ciudadanía puede basarse en un conjunto de ideales, creencias y valores. Por tanto es razonable esperar que el impacto de la ciudadanía sobre la clase social adopte la forma de un conflicto entre principios opuestos. Desde el contexto que exponía Marshall, la ciudadanía como una institución en desarrollo en Inglaterra al menos desde la última parte del siglo XVII, era claro que su desarrollo coincide con el surgimiento del capitalismo, que también es un sistema no de igualdad sino de desigualdad.¹⁰² Es evidente que la clase aún funciona aunque en otros términos. “La desigualdad social se considera necesaria porque tiene un fin. Proporciona el incentivo para el esfuerzo y crea la distribución del poder. La desigualdad entonces, aunque necesaria puede tornarse excesiva.”¹⁰³

Se necesita una teoría que contemple los aspectos más importantes dentro del fenómeno migratorio, es el derecho a la migración que derivaría latentemente a un derecho a la ciudadanía, debe ser desarrollada con el fin de dar cuentas de los crecientes movimientos transnacionales y de los desafíos que representa el marco internacional de los derechos humanos. En primer lugar la migración debe ser vista no como un

¹⁰⁰ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 55.

¹⁰¹ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 56.

¹⁰² Marshall, T. H. y Bottomore, Tom, *Ciudadanía y clase social*, trad. Antonio Bonanno, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 37.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 39.

quebrantamiento a determinada sociedad cultural, sino, como una consecuencia derivada de las acciones de las sociedades transnacionales. Así mismo, la ciudadanía debe ser “[...] desterritorializada (menos nacional y más igualitaria).”¹⁰⁴ De tal manera que la dispersión de millones de personas a través de los países tenga una respuesta a su irresolución jurídica, se habla de millones de migrantes ya en situación irregular o regular y de personas desplazadas. La manera, como afirma Boaventura de Sousa Santos, la ciudadanía debe ser, “descanonizada (menos sagrada-perfeccionista y más democrática), de manera tal que el pasaporte y la visa dejen de ser un fetiche jurídico de acuerdo con el cual la vida cambia y del que depende la dignidad humana de muchas personas.”¹⁰⁵ Además se dice que hasta cierto punto socialista, de manera que no sólo integre a unos cuantos como un tipo de privilegio social a determinadas clases de personas, así como lo reafirma de nuevo Boaventura, “[...] más consecuente socialmente y menos única, para que la doble o la triple ciudadanía pase a ser la regla y no la excepción.” Como se ha afirmado, parece ser que la ciudadanía está por debajo de una evaluación patriótica, es decir mientras que la soberanía nacional obtiene mayor valor sobre el de la ciudadanía, la acción de la soberanía es devaluar el concepto de ciudadanía o hacerle depender de ella, de tal manera que la ciudadanía debe ser revaluada, mientras que la soberanía territorial sea devaluada en tanto al beneficio de los individuos.¹⁰⁶ Al parecer en su generalidad las teorías sobre ciudadanía, tienen repercusión sobre la soberanía de los Estados que primordialmente tiene que contemplar este aspecto, y como señalan Will Kymlicka y Norman Wayne, una teoría de la ciudadanía puede tener un alcance potencialmente ilimitado, ya que prácticamente todo problema de filosofía política implica relaciones entre ciudadanos o entre los ciudadanos y el Estado.¹⁰⁷

El derecho a una identidad corresponde hacia todos pero determinarlo como un privilegio bajo el concepto de ciudadanía, es algo que todo individuo debería gozar por el sólo hecho de ser persona moral capaz de pertenecer a un país determinado, y no solamente el de pertenencia derivado de un privilegio de nacer en determinado lugar. La ciudadanía como lo refiere Zilbershats, “[...] es una encarnación del más fuerte vínculo entre el individuo y el Estado, un vínculo el cual es reflejado por el hecho de que el ciudadano está facultado de todos los derechos los cuales el Estado le concede y es

¹⁰⁴ Cfr. Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogota, ILSA, Universidad Nacional, 1998, p. 147; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 93.

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Cfr. Kymlicka, Will y Norman, Wayne, “El retorno del ciudadano, Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *Revista Ágora*, no. 7, invierno, 1997, p. 6; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 34.

sujeto de todas las obligaciones que impone.”¹⁰⁸

Una parte significativa más no esencial de la ciudadanía es la conexión que existe entre otras personas y quienes son completos miembros de un Estado. Sin embargo, este tipo de conexión aunque significativa pero lateral como argumenta Zilbershats deriva la división entre los Estados. “La división dentro del Estado refleja una realidad en la cual las sociedades humanas son ubicadas a un lado de otras.” Pero esto no es aceptable, que en las sociedades humanas o entre los Estados todos sean extraños unos de otros al depender de la comunidad a la que se pertenece, cuando todas las personas del mundo son miembros de una sociedad. La realidad en los Estados, es que esta clase de segmentación existe entre ciudadanos quienes son miembros de un Estado y extranjeros quienes no lo son.¹⁰⁹

Por otra parte, autores como Zilbershats y Joseph Carens desarrollan un tipo de analogía, primeramente, consideran que la ciudadanía es un tipo de membresía para un Estado, este tipo de privilegio al que no cualquiera puede ser miembro para pertenecer a él, se asemeja a la membresía de un club o al de una familia. Sin embargo, la diferencia entre la membresía de un club y la membresía de una familia se expresa por el hecho de que la última se basa por un lazo de sangre o de un vínculo civil mientras que la membresía de un club, no.¹¹⁰ Aún, sobre estas diferencias, las semejanzas que unen este tipo de analogía es el privilegio y la decisión de la comunidad de poder pertenecer a su dimensión o extensión territorial. A pesar de ello, no debemos olvidar que todos somos miembros de una sociedad en general, que la pertenencia a un mundo es lo único que nos caracteriza y lo que nos hace singulares es la cultura y el idioma.

Ahora bien, para que se pueda considerar ser miembro de una sociedad determinada, primeramente el tipo de conexión es la característica, así la ciudadanía sobre la base de una conexión al pasado, es análoga a la conexión de la familia, y la ciudadanía en la base de una conexión al presente y futuro, el cual es semejante a la membresía de un club, estos tipos de conexiones tienen en común un factor adicional. El número de participantes es limitado. Los Estados se abstienen de conceder la ciudadanía a personas quienes viven dentro de su territorio y además evitan que personas quienes se encuentran fuera del Estado impedirles el acceso.¹¹¹ De todas las maneras posibles, se observa que una persona que desee pertenecer a una sociedad determinada, es probable que siempre se tenga la presencia de cualquier tipo de conexión para poder ser miembro. Sin lugar a dudas, el interés y la aceptación por parte de la mayoría de los miembros es uno de los

¹⁰⁸ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 690.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 695.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 696.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 709.

principales factores que hace factible ser parte de una comunidad, independientemente si la conexión es aceptable. Del mismo modo, otro factor esencial para poder adquirir una ciudadanía es residir en determinada comunidad. La residencia es el principio básico para instituirse una ciudadanía en determinadas conexiones.

El fruto de la globalización como lo es la fácil transportación y comunicación entre los Estados ha provocado que en la realidad las relaciones entre la mayoría de las personas en el mundo se dispersen, puede decirse que ellos residen únicamente en un sólo Estado. Si el enfoque es que la ciudadanía debe concederse a personas por virtud de su residencia en el Estado, y la mayoría de las personas residen en un solo Estado, la consecuencia debe ser que la mayoría de las personas en el mundo deben, en cualquier punto de tiempo, poseer sólo una nacionalidad.¹¹² De acuerdo a Marshall ciudadanía es:

[...] una condición otorgada a aquellos que son miembros plenos de una comunidad. Todos los que poseen la condición son iguales con respecto a los derechos y deberes de que está dotada esa condición. No hay ningún principio universal que determine cuáles deben ser estos derechos y estos deberes, pero las sociedades en que la ciudadanía es una institución en desarrollo crean la imagen de una ciudadanía ideal con la cual puede medirse el logro y hacia la cual deben dirigirse las aspiraciones.¹¹³

Según Marshall no pretende dividir la ciudadanía en tres partes, pero si presentar un análisis sobre este concepto. Deriva las tres partes, en elementos, civil, político y social. El elemento civil consiste en los derechos necesarios para la libertad individual — libertad de la persona, libertad de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, a cerrar contratos válidos, y el derecho a la justicia. Con el elemento político se refiere al derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembro de un cuerpo investido de autoridad política, o como elector de los miembros de tal cuerpo. Las instituciones correspondientes son el parlamento y los concejos del gobierno local. Con el elemento social se refiere a todo el espectro desde el derecho a un mínimo de bienestar económico y seguridad al derecho a participar del patrimonio social y a vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares corrientes en la sociedad. Las instituciones más estrechamente conectadas con estos derechos son el sistema educativo y los servicios sociales.¹¹⁴ Sin embargo, bajo el elemento social, las desigualdades sociales son constituidas bajo este elemento, seleccionada a través de la educación y sus relaciones con la estructura ocupacional, de tal manera que la ciudadanía funciona como un instrumento de la estratificación social.¹¹⁵

¹¹² Cfr. Thomas M. Franck, *Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice*, 90/3, AJIL, pp. 359-382; citado por Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 725.

¹¹³ Marshall, T. H. y Bottmore, Tom, *op. cit.*, nota 102, p. 37.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

“Este concepto [de ciudadanía] gira en torno a las calidades que debe tener un sujeto para pertenecer a una comunidad política, y a los derechos y las obligaciones básicas de los que deben ser titulares, los miembros de la polis, por tanto, establece las características y dinámicas típicas que debería tener la relación entre el individuo y el cuerpo político.”¹¹⁶ Otro término de ciudadanía de acuerdo a Brian Turner es “[...] el conjunto de prácticas (jurídicas, políticas y económicas y culturales) que definen a una persona como miembro competente de una sociedad y que, en consecuencia, moldean el flujo de recursos hacia las personas y los grupos sociales.”¹¹⁷ Las concepciones anteriormente generalizadas determinan ese vínculo tan especial entre el individuo y el Estado, que al final de cuentas no son tan válidas como un derecho, puesto que no todos gozan de ello, sino de la particularidad que el Estado deba otorgar, además del privilegio de obtenerla por causas diversas al individuo. Pero qué sucede con esa población que desea obtener una ciudadanía determinada por causas homogéneas a sus intereses. La situación de la población migrante hace el merecimiento a una nueva ciudadanía, de modo que un modelo de ciudadanía migrante sería factible como lo asigna el autor Ibarra Palafox, bajo la idea de que se debe construir una nueva ciudadanía, que se podría llamar ciudadanía migrante, y debería reunir las siguientes características:¹¹⁸

- a) Facilitar que los integrantes de las minorías etnoculturales generadas por la migración el acceder al goce y disfrute de las libertades y derechos fundamentales.
- b) Debe incorporar un elemento cultural.
- c) Deberá incluir un conjunto de derechos socioeconómicos básicos para el desarrollo de la persona.
- d) Que incorpore a la residencia como una regla esencial para la adquisición de la ciudadanía.
- e) La libertad de tránsito debe ser un derecho que se integre plenamente al estatuto ciudadano.

a) “Estas libertades fundamentales son, en esencia, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la libertad de tránsito, la libertad de asociación, las libertades políticas básicas (derecho a votar y ser electo, derecho de asociación política), la libertad de adquirir propiedad, así como aquella libertad que implica el derecho a no ser arrestado arbitrariamente, sin juicio justo.”¹¹⁹

b) “...[L]a cultura es el contexto que permite a las personas el goce de sus libertades fundamentales. En efecto, como ya lo han explicado Kymlicka, Joseph Raz y Y. Tamir, la cultura es indispensable para asignar valor a las diferentes opciones que tiene ante sí una

¹¹⁶ Bonilla Maldonado, Daniel, *op. cit.*, nota 10, p. 11.

¹¹⁷ Cfr. Turner, Brian, *Contemporary Problems in the Theory of Citizenship*, London, Saga, 1993, pp. 1-18; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 35.

¹¹⁸ Ibarra Palafox, Francisco, *op. cit.*, nota 80, pp. 496-497.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 497.

persona cualquiera, pues sólo a través de una cultura particular estamos en posibilidades de identificar aquello realmente valioso para nosotros.”¹²⁰

c) “Los derechos socioeconómicos son también prerrequisito para que las personas accedan a la libertades básicas y derechos fundamentales que ofrece toda Constitución democrática-liberal.”¹²¹

d) “Asimismo, y en atención a la creciente presencia y formación de minorías etnoculturales al interior de los Estados receptores de migración, es indispensable que la residencia pueda constituirse en un requisito indispensable para su adquisición.”¹²²

e) En atención al importante desarrollo que los medios de comunicación han tenido lugar, el fenómeno migratorio transnacional ha adquirido una gran dimensión e intensidad. “En virtud de ello, un número importante de los inmigrantes que se encuentran dispersos en los Estados receptores se trasladan a su país de origen con relativa frecuencia, tanto para asuntos de negocios como para renovar sus lazos culturales y familiares.”¹²³ Por lo que, es importante que la libertad de tránsito sea universal, entre fronteras nacionales y no dentro de las mismas, ya que cualquier tipo de lazo es importante para cualquier individuo.

Finalmente, la base fundamental para seguir con estas conjeturas, es que no hay límites en el moderno sistema para considerar que no deban existir nuevos impulsos a la igualdad social, según Marshall el moderno impulso hacia la igualdad social es la última fase de una evolución de la ciudadanía.¹²⁴

A. Ciudadanía formal y sustantiva

El interés creciente en una ciudadanía formal como plantea Marshall, y la pertenencia a una nación, han provocado en gran medida escalas reales y potenciales de migraciones a los países industriales avanzados. “La ciudadanía, en su sentido formal y legal, es claramente un factor importante que afecta la distribución de derechos, aunque no es condición ni necesaria ni suficiente para la posesión efectiva o el ejercicio de varios derechos.”¹²⁵

La ciudadanía formal y la sustantiva plantean cuestiones de tipos muy diferentes; en su caso, relativas a la identidad nacional y al rol histórico de las naciones como forma de

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 497-498.

¹²¹ *Ibidem*, p. 500.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 503.

¹²⁴ Marshall, T. H. y Bottmore, Tom, *op. cit.*, nota 102, pp. 153.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 133.

organización moderna preeminente de una comunidad política, en el respeto de los derechos, y en particular los derechos sociales, de los individuos que viven en una comunidad.¹²⁶ La importante distinción entre ciudadanía formal y sustantiva, la primera puede definirse como “pertenencia a una nación”; la segunda, “como una variedad de derechos civiles, políticos y especialmente sociales, que implica también cierta clase de participación en los asuntos del gobierno.”¹²⁷

De acuerdo a W. Rogers Brubaker observa: “[...] que aquello que constituye la ciudadanía —la variedad de derechos o el modelo de participación— no está necesariamente vinculado con la pertenencia formal a un Estado.”

La ciudadanía formal no es una condición ni suficiente ni necesaria para la ciudadanía sustantiva. Que no es una condición suficiente es claro: uno puede poseer la pertenencia formal a un Estado y sin embargo ser excluido (por ley o de hecho) de ciertos derechos políticos, civiles o sociales o de la participación efectiva en los asuntos de la conducción en una variedad de marcos. Que la ciudadanía formal no es una condición necesaria de la ciudadanía sustantiva, talvez sea menos evidente. Sin embargo, mientras se puede requerir la ciudadanía formal para ciertos componentes de la ciudadanía sustantiva (v.g., votar en elecciones nacionales), otros componentes son independientes de la participación formal en el Estado. Los derechos sociales, por ejemplo, son accesibles para los ciudadanos y para los residentes legales no ciudadanos según términos prácticamente en el libre gobierno de asociaciones, partidos políticos, uniones, con[c]ejos de fábrica y otras instituciones.¹²⁸

Las cuestiones sobre ciudadanía formal por diversas razones han sumado mucha importancia, debido a que ha sido necesario distinguir para contemplar a otros individuos establecidos en un Estado determinado pero que evidentemente el vínculo con el Estado o su pertenencia formal a una nación es diferente. Un individuo que se ha establecido por extrañas circunstancias, como es el caso de la gran inmigración de posguerra en algunos países de trabajadores extranjeros a los que se les niega la ciudadanía pero han residido por mucho tiempo; además otras cuestiones en los que la internacionalización ha sido necesario, pero un mínimo de reconocimiento ha sido necesario para distinguirlos de los otros, puesto que su residencia es innegable. Entonces debe distinguirse que los derechos de los ciudadanos deben concebirse como los derechos humanos de todos los individuos que son miembros asentados en una comunidad, con independencia de su pertenencia formal a una nación, como lo distingue una ciudadanía sustantiva.¹²⁹ Por lo demás, para tener en cuenta las cuestiones acerca de una ciudadanía formal y una sustantiva, primordialmente se deben examinar los derechos civiles, políticos y sociales en el marco de una concepción de los derechos humanos, antes que la ciudadanía. Ya

¹²⁶ *Ibidem*, p. 136.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 106.

¹²⁸ Cfr. Brubaker, W. Rogers, *Citizenship and National in France and Germany*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992, pp. 36-38; citado por Marshall, T. H. y Bottmore, Tom, *Ciudadanía y Clase social*, *op. cit.*, nota 102, p. 106-107.

¹²⁹ Marshall, T. H. y Bottmore, *op. cit.*, nota 102, p.116.

que también los derechos humanos se deben considerar a escala global, sobre todo en el contexto de las masivas desigualdades entre naciones antes que del concepto de ciudadanía.

B. Ciudadanía nacional

El modelo de ciudadanía nacional se caracteriza por: “La creencia en la nación como identidad, el territorio como lugar de existencia de la nación y, finalmente, la ciudadanía como un estatus jurídico y político reconocido por el Estado.”¹³⁰ El modelo de ciudadanía nacional se basa en la existencia de una nación. Aunque que parezca como algo natural, la nación es el resultado de un cuidadoso proceso de invención y construcción para hacer una distinción sobre las demás. La nacionalidad conlleva la puesta en marcha de un proceso continuo de elaboración de una identidad que, por una parte, permita adscribir un sentimiento de pertenencia a las personas frente a un pasado, un territorio y un sistema de gobierno y, por otra, distinguir a sus miembros de aquéllos que viven más allá de sus fronteras o que, viven dentro de las mismas, como en el caso de las minorías, supongan un obstáculo para sus pretensiones de homogeneizar culturalmente a la población con base en una misma lengua o religión.¹³¹ Así, el modelo de ciudadanía nacional que Iker Barbero González plantea se basa en:

a) la defensa de la nación como forma de identidad y cohesión de una población que b) se asienta en un territorio claramente limitado por fronteras, y c) que se organiza bajo la forma política del Estado, el cual, con base en criterios subjetivos —identidad nacional— y objetivos —nacimiento o permanencia prolongada dentro de las fronteras territoriales— reconoce a los individuos un estatus jurídico y político dentro del espacio donde ejerce soberanía. El modelo de ciudadanía nacional supone que los individuos se identifican, ante todo, con la nación y que es a ésta entidad a la que deben lealtad.¹³²

La ciudadanía puede determinarse como el conjunto de prácticas (jurídicas, políticas, económicas y culturales) que definen a una persona como miembro competente de una sociedad y que, en consecuencia, moldean el flujo de recursos hacia las personas y los grupos sociales.¹³³ Cuando se habla de este modelo de ciudadanía nacional, se limita al espacio político y conceptual del Estado-nación. La participación como ciudadano de una comunidad entre tanto políticas como de distribución económica, se desenrollan en un preciso lugar. La ciudadanía también implicaría un estatus jurídico reconocido por el

¹³⁰ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 36.

¹³¹ *Ibidem*, p. 37.

¹³² *Ibidem*, p. 45.

¹³³ *Cfr.* Turner, Brian, *Contemporary Problems in the Theory of Citizenship*, London, Saga, 1993, pp. 1-18; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 35.

Estado-nación a las personas que nazcan, se encuentren o ingresen en su territorio y que comparten la misma nacionalidad. “Ciudadanía y nacionalidad serían sinónimos, lo cual no es únicamente *inocuo deslíz semántico*, sino una importante aseveración teórica y política.”¹³⁴

Por otra parte, en caso particular, una amplia definición de ciudadanía nacional es como lo determina la Primera Sección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los EUA:

Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

Esta enmienda fue aleccionada en la interpretación para prohibir la segregación racial en los colegios públicos, donde la Corte Suprema de los EUA determinó que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas.¹³⁵ Este fallo revocó los precedentes del caso *Plessy contra Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), por la cual se mantenía la constitucionalidad de la segregación racial en los EUA.

Finalmente, este modelo de ciudadanía nacional encuentra sus críticas en el texto, *Sobre la cuestión judía*, en él, Marx desarrolla el hecho de los llamados *derechos del hombre* “[...] los *droits de l’homme*, a diferencia de los *droits du citoyen*, no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad.”¹³⁶ Este tipo de equiparación entre los derechos del ciudadano con los derechos del hombre burgués, conducen a un tipo de reducción de los mismos, a la cual los judíos aspiraban a una verdadera emancipación.

C. Ciudadanía posnacional

La ciudadanía “posnacional”, un ejemplo de ello lo constituye el modelo de ciudadanía de la UE. Europa en su situación híbrida entre una mera confederación y una verdadera federación de Estados, representa el laboratorio político más célebre desde la perspectiva

¹³⁴ Cfr. Purvis, Trevor y Hunt, Alan, “Identity versus Citizenship: Transformations in the Discourses and Practices of Citizenship”, *Social & Legal Studies*, 8 (4), 1997, p. 466; citado por Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, *op. cit.*, nota 64, p. 35.

¹³⁵ Véase Caso *Brown versus Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹³⁶ Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, España, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009, p. 147.

Nota: *droits de l’homme* (derechos del hombre) *droits du citoyen* (derechos del ciudadano)

de la materialización del constitucionalismo de los derechos en el nivel supranacional.¹³⁷ Sin embargo, existen restricciones, las cuales para convertirse en ciudadano europeo es requisito indispensable pertenecer a una nación que es miembro de la UE, entonces, cada nación con base en criterios nacionalistas y no universalistas, pretende definir quienes son sus ciudadanos y quienes sus súbditos. Así, esta solución de otorgar una ciudadanía por el hecho de pertenecer a alguna de dichas nacionalidades, resuelve el problema de las fronteras y hace una diferencia entre ciudadanos y extranjeros, “ofrece a la UE el aspecto y la configuración de una potencia postcolonial; en lugar del que correspondería a la realización de una cosmopolis *postnacional*.” Así Europa, protege su territorio consolidado, incluso impone “acuerdos de cooperación” a los países que se encuentran, como quiera que sea, del otro lado (probablemente algún Estado espera su turno para ser incluido), de la frontera ampliada en el espacio representado por los nuevos miembros.¹³⁸ Estos tipos de acuerdos tratan más sobre beneficios económicos para una parte, que a cambios de políticas de moderación a los flujos migratorios, sin importar que tanto respeten los derechos humanos. Según Yasemin Soysal en el modelo posnacional, la personalidad universal reemplaza a la nacionalidad, y los derechos humanos universales reemplazan a los derechos nacionales. La fundamentación de las obligaciones estatales frente a las poblaciones extranjeras va más allá del propio Estado-nación. Los derechos y las reivindicaciones de los individuos son legitimados por ideologías arraigadas en una comunidad transnacional y por medio de códigos, convenciones y leyes internacionales sobre derechos humanos que son independientes de la ciudadanía concedida por un Estado-nación. Por tanto, el individuo trasciende al ciudadano. El anterior es el rasgo fundamental que diferencia al modelo posnacional del nacional.¹³⁹ “La idea de una ciudadanía posnacional lleva un paso más adelante a la anterior perspectiva al fijar su atención en las prácticas políticas que se desarrollan en el dominio de lo que algunos han denominado la sociedad civil global.”¹⁴⁰ La sociedad global como tal es ese trozo de vida asociativa que existe por encima del individuo y por debajo del Estado pero también a través de las fronteras nacionales.¹⁴¹

¹³⁷ Vitale, Ermanno, “Ciudadanía y migrantes. Un ejercicio analítico”, trad. Pedro Salazar Ugarte, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 248, tomo LVIII, 2007, p. 109, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/248/pr/pr5.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016)

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 111-112.

¹³⁹ Soysal, Yasemin, “Hacia un modelo de pertenencia posnacional”, en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 135.

¹⁴⁰ Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, p. 228.

¹⁴¹ *Cfr.* Wapner, Paul, “Politics Beyond the State: Environmental Activism and World Civic Politics”, *World Politics*, 47, 1995, pp. 311-313; citado por Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, p. 228.

D. Ciudadanía transnacional

El cambio de enfoque hacia la “ciudadanía transnacional” Rainer Bauböck se aleja de los análisis meramente descriptivos y se aproxima a las cuestiones suscitadas por las teorías normativas de la democracia. La teoría política ha trabajado tradicionalmente con base en modelos de “sociedades cerradas”,¹⁴² los cuales suponen la lealtad de los ciudadanos frente a un único Estado. El transnacionalismo de los migrantes cuestiona ambas suposiciones. Sin embargo, la preocupación es de qué manera el transnacionalismo afecta el concepto de ciudadanía y cómo deben responder los gobiernos ante este reto.¹⁴³

La globalización no sólo afecta la preponderancia de la soberanía y la ciudadanía nacional sino que, además crea al mismo tiempo comunidades desterritorializadas y posnacionales como una alternativa a las entidades políticas territorialmente agrupadas. Las actividades políticas de los migrantes son orientadas de una manera fuerte tanto por los Estados emisores como por los receptores. En efecto, los Estados también participan activamente para moldear los “campos sociales transnacionales emergentes” a través de sus iniciativas para ejercer control político u otorgar derechos, dicho de otra manera a través de la firma de tratados internacionales, y tanto de acuerdos no vinculantes, pero que generan obligaciones morales. Desde una perspectiva normativa, Bauböck se cuestiona si el transnacionalismo político contribuye a una forma de democracia más incluyente, o si debilita los estándares democráticos de representación y control político. En la práctica estas políticas internacionales, acuerdos y convenciones entre países, emergentes tanto de acuerdos presidenciales como diplomáticos, ya no tanto de convenciones establecidas dentro de las transnacionales, sino de efectos de diplomacia entre naciones pueden debilitar los niveles democráticos de cada país. La propia definición de transnacionalismo, por tanto, considera que los Estados son entidades políticas cerradas cuyas fronteras se ven atravesadas por flujos de personas, de dinero o de información y que, en este proceso, emergen redes, organizaciones o campos sociales.¹⁴⁴ La migración es básicamente un fenómeno global en tanto supone movimiento de personas a través de la jurisdicción territorial de Estados independientes; se convierte en transnacional sólo cuando crea pertenencias, derechos y prácticas traslapadas que reflejan un sentimiento de pertenencia simultáneo frente a dos

¹⁴² Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971, pp. 537; citado por Bauböck, Rainer, *op. cit.*, nota 75, p. 177.

¹⁴³ Bauböck, Rainer, *op. cit.*, nota 75, pp. 177-178.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 178-179.

comunidades políticas diferentes.¹⁴⁵ En un contexto transnacional, no obstante, la exclusión de los migrantes del estatus de miembros y la titularidad de derechos en su propia patria no sólo los humilla sino que disminuye sus libertades y oportunidades en escenarios sociales en los que participan activamente.¹⁴⁶ Los migrantes transnacionales, por tanto, podrían tener un derecho moral a ser considerados como ciudadanos en el exterior y no como “pochos”.¹⁴⁷ Sin embargo, dicha cuestión se separa mucho del carácter democrático que los Estados deben manifestar, puesto que las poblaciones divididas distan mucho de los derechos que a los ciudadanos se les concede.

E. Ciudadanía desnacionalizada

En ocasiones se asume que la ciudadanía es una cuestión nacional, una institución o conjunto de prácticas sociales que están encuadradas necesariamente dentro de la comunidad política del Estado-nación.¹⁴⁸ Para considerar que la ciudadanía se desnacionaliza, se empieza a sostener que la ciudadanía, de hecho, asume formas no nacionales, tal es el hecho de que las nociones de ciudadanía están situadas más allá del Estado-nación, se debe a que, se desarrollan nuevas formas que superan y buscan reemplazar la vieja noción de ciudadanía nacional. Así como algunos hablan de la emergencia de una ciudadanía transnacional; otros, del desarrollo de una ciudadanía global y otros de una ciudadanía posnacional, se podría hablar de una ciudadanía desnacionalizada.¹⁴⁹ Esto es un debate más sobre el significado de ciudadanía, a pesar de que el término ciudadanía es considerado como algo natural, no se puede dejar de lado el argumento de su definición como tal, debido a su realidad. Pero a pesar de ello, evidentemente la realidad va cambiando y con ello los conceptos también. Asumir que este tema puede ser resuelto categóricamente o empíricamente supone, a la vez, sostener que la ciudadanía tiene un significado previamente definido. De hecho, nada se aleja más de la realidad en esta materia.¹⁵⁰ La ciudadanía es uno de los conceptos más centrales en la política, el cual su significado está en constantes discusiones. La ciudadanía es un ejemplo clásico de lo que William Connolly denomina como “un concepto esencialmente discutido”. En palabras de Connolly:

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 186.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 208.

¹⁴⁷ *Cfr.* Smith, R. C., “Migrant Membership as an Instituted Process: Transnationalization, the State and the Extraterritorial Conduct of Mexican Politics”, *International Migration Review*, 37 (2), p. 306; citado por Bauböck, Rainer, *op. cit.*, nota 75, p. 208.

¹⁴⁸ Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, pp. 217-218.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 218.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 220.

[...] cuando un concepto es discutido porque el estado de cosas que describe es un logro valioso, cuando la práctica descrita es internamente compleja en la medida en que su caracterización supone referirse a muchas dimensiones y cuando las reglas convencionales de aplicación son relativamente abiertas, permitiendo que las partes las interpreten de manera diferente frente al surgimiento de situaciones nuevas e impresas, entonces el concepto es un “concepto esencialmente discutido”.¹⁵¹

Para Linda Bosniak el concepto de desnacionalización en sus palabras: “lo concibo como un argumento que sostiene que el Estado-nación está perdiendo su carácter central como el *locus* [lugar] de nuestra vida institucional y política común. No obstante, sigue siendo poco claro el significado preciso de los distintos términos que se emplean para señalar la postura de la desnacionalización.”¹⁵² Para confirmar si la ciudadanía efectivamente se está desnacionalizando, como se sostiene, primeramente se debe determinar si las prácticas e instituciones comúnmente designadas por el término superan las fronteras del Estado-nación. Desde esta perspectiva, el argumento de la desnacionalización parece perfectamente plausible, aunque, su poder y capacidad de persuasión varía según el discurso de la ciudadanía en que se apoye.¹⁵³

A fin de cuentas, aspirar a una ciudadanía más allá de la nación es valioso cuando lo que se desea es una sobresaliente afirmación sobre la justicia que se aspira para la población que no puede sustentarse en ninguna de las actuales formalidades de ciudadanía, como es el caso de la población migrante, aquella que no tiene una identidad y un estatus jurídico ni político debidamente reconocido por el Estado. Por lo que, este tipo de desvinculación entre la ciudadanía y el Estado-nación apoyaría a principios de justicia social e igualdad democrática. Si bien, los conceptos en constante desarrollo reflejan y ayudan a moldear el mundo social y político en el que se vive. Todos los esfuerzos para redescubrir la ciudadanía tienen una profunda importancia pues existen muchos asuntos en juego.¹⁵⁴

F. Ciudadanía cosmopolita

La ciudadanía cosmopolita o el derecho de ciudadanía mundial a la que aspira Kant en su *Tercer artículo definitivo Sobre la Paz Perpetua* se limita a las condiciones de una universal hospitalidad. El derecho de hospitalidad según Kant, es “la facultad de los extranjeros recién llegados, no se extiende más allá de las condiciones de posibilidad para intentar un tráfico con los antiguos habitantes”. De esta manera se establecen

¹⁵¹ Cfr. Collony, William E., *The Terms of Political Discourse*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1993, pp. 272; citado por, Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, p. 220.

¹⁵² Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, p. 222.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 229.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 239.

relaciones con otras comunidades lejanas y así se puede establecer por medio de las relaciones una *constitución cosmopolita*.¹⁵⁵ De igual manera, cuando en una comunidad internacional se ha establecido de común acuerdo que en alguna comunidad en particular surge la violación de derechos, es incuestionable que ésta no trascienda a todos lo demás, a partir de ello Kant infirió necesario plantear la idea de un derecho cosmopolita, la cual “[...] no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes en un derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella.”¹⁵⁶ El concepto del derecho mundial de ciudadanía o *derecho cosmopolita* no los protegerá contra una agresión y una guerra, pero la mutua convivencia y provecho los proveerá para una breve aproximación que al tiempo los uniría independientemente de sus desigualdades.¹⁵⁷ Claramente este y no tan nuevo concepto es la garantía que Kant afirmaba para una paz perpetua entre naciones, de las relaciones entre ellas sin desconocer la identidad nacional a la que se pertenece.¹⁵⁸

Por su parte, Vitale considera que la ciudadanía cosmopolita debe entenderse como “[...] la posibilidad de que todos sean titulares y gocen efectivamente del derecho a migrar. Entendido este derecho como perfecta simetría entre el derecho a emigrar y el derecho a inmigrar, sin importar la colectividad de origen y la de destino.”¹⁵⁹ Encima este derecho lleva idealmente consigo el derecho político a votar en las cuestiones de interés global. Dichas cuestiones incluyen lo referente a la migración, al menos ya no estarán bajo el yugo de un poder externo para resolver cuestiones sobre el derecho a la migración. Pero todos los derechos tienen límites en su ejercicio, no son ilimitados. El derecho a la libre circulación y a la residencia, no significa que se pueda circular en el lugar o espacio donde se desee. Incluso en las calles de carácter público pueden existir limitaciones de acceso justificadas y nadie dirá que violan la libertad de circulación. La ciudadanía cosmopolita como derecho a migrar será efectiva cuando todas las sociedades políticas predispongan las condiciones jurídico-administrativas para garantizar que dicho derecho se satisfaga en un plazo de tiempo razonable (tiempo compatible con la duración y las etapas de una vida humana), en la forma de *ius domicilii*¹⁶⁰ de

¹⁵⁵ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 29, p. 64.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 67.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 77.

¹⁵⁸ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 29, pp. 109.

¹⁵⁹ Vitale, Ermanno, *op. cit.*, nota 137, p. 108.

¹⁶⁰ Nota: Europa en el 2003, aprobó una directiva que entró en vigor en enero 2006, sobre los residentes que llevan mucho tiempo en su territorio y que se orienta en dirección de la ciudadanía dependiente del *ius domicilii*, es decir, de la ciudadanía que depende de la simple residencia.

ciudadanía de residencia, predisponiendo de connotados étnicos y culturales.¹⁶¹ El cosmopolitismo liberal señala que la nacionalidad debe ser considerada como un rasgo “moralmente irrelevante” para distinguir a las personas.¹⁶² Pero hay necesidad de enfatizar la solidaridad con los marginados y subordinados, y concentrarse en los efectos excluyentes e injustos que el nacionalismo puede generarles.¹⁶³ Se sostiene que la cuestión de adquirir el título de ciudadano como un privilegio a una membresía específica es una trampa porque estos dependen, como quiera que sea, de quienes ya son ciudadanos de un Estado y no así de los migrantes, así dichas reglas tienen un carácter heterónomo que embona mal con la igualdad humana fundamental y con el principio democrático.¹⁶⁴

8. *Residencia*

La residencia es el principio básico que conduce a erigirse la ciudadanía, determinado por un considerable tiempo. Este tiempo puede variar, los Estados rigen dicho principio al juzgar cual es el tiempo adecuado y suficiente para que un individuo se considere como parte de la sociedad. Sin embargo, estos criterios lo único que provocan son la exclusión, que el Estado disfraz a través de un tiempo considerable, por lo que, más que un requisito en ocasiones equivale a un abatimiento por parte del individuo.

Ahora bien, “¿Qué es lo que tienen en común los residentes y ciudadanos que es moralmente significativo y lo hace justificable para otorgarles derechos que no son dados a visitantes? A diferencia de los visitantes, ambos residentes y ciudadanos viven dentro del Estado y participan en la sociedad civil en forma continua. Como ciudadanos, los residentes también son miembros de una sociedad.”¹⁶⁵ Ésta es la característica que los convierte en algo particular, pero podría suceder que algunos extranjeros tengan el propósito o el deseo de pertenecer a una sociedad, sin embargo, no se les está permitido, en virtud que su estado de permanencia es debidamente temporal y las circunstancias son otras. A pesar de todas las políticas restrictivas a que un residente permanezca en un Estado como un individuo por el tiempo que el gobierno lo establezca depende de su conducta, aún se es parte de una sociedad civil, sociedad a la cual le cumple como todo un ciudadano, por tal razón los residentes también son parte de esta sociedad civil,

¹⁶¹ Vitale, Ermanno, *op. cit.*, nota 137, p. 108.

¹⁶² Véase Nussbaum, Martha, “Patriotism and Cosmopolitanism”, en Joshua Cohen (ed.), *For Love of Country: Debating the Limits of Patriotism*, Boston, Beacon Press, 1996, p. 133.

¹⁶³ Bosniak, Linda, *op. cit.*, nota 67, p. 237.

¹⁶⁴ Vitale, Ermanno, *op. cit.*, nota 137, p. 107.

¹⁶⁵ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 96.

independientemente del tiempo que el Estado decida convertirlos en completos ciudadanos. Entonces que pasaría si al determinado tiempo el residente involuntariamente se encuentra involucrado en un conflicto criminal, entonces el Estado le negará por completo una ciudadanía y por tanto el tiempo invertido y gastado al cumplir como todo residente en camino a una ciudadanía ha sido tirado a la borda sólo por esta clase de políticas injustas y severas, que traen consigo un criterio restrictivo y no democrático.¹⁶⁶ Sin embargo, la ciudadanía no garantiza un lugar en la sociedad. Así, si el derecho a permanecer en el territorio donde ellos viven es diverso al país de origen de sus padres y estos pasan a concederles su ciudadanía, aquélla ciudadanía no les asegura un lugar en la sociedad, al cual ellos más claramente pertenecerán. Si son miembros de cualquier sociedad, son miembros de una sociedad donde comparten su cultura y donde pertenecen plenamente. Seguramente son mucho más que miembros de una sociedad, de la cual sus padres vienen, en un territorio donde ellos nunca vivieron y no tienen amigos, cuya cultura y costumbre no son familiares en el mejor de los casos. Quizás ellos tienen algún reclamo a la pertenencia en ambas sociedades. Pero negarles el derecho a estar en el territorio donde viven y así un formal reconocimiento legal y protección a su estatus como miembro de la sociedad, es tratarlos injustamente.¹⁶⁷ El punto principal es respetar ese derecho de residencia a un miembro de la sociedad por el hecho de haber establecido lazos que lo vincula con una comunidad y no necesariamente por vínculos familiares. En los EUA el objetivo de un periodo de residencia entre el conceder un estatus como residente permanente y posteriormente otorgar la ciudadanía obligan a cortar con las relaciones entre la persona que desea ser naturalizada y su país de origen, además imponerles aprender los principios del sistema estadounidense constitucional, y así asimilarse en ese país desde el punto de vista nacional-cultural. La realidad legal en los EUA es que no reconoce un proceso automático de naturalización, puesto que un residente permanente debe vivir en los EUA previo al llegar a ser un ciudadano.¹⁶⁸

Por otra parte, Zilbershats no está de acuerdo sobre estas relaciones, ya que más allá de los acuerdos para preservar los principios de la Constitución, las personas que viven en los EUA no se les debe exigir tener alguna conexión particular, por tanto se les debe permitir desarrollar sus afiliaciones culturales como lo deseen. En este contexto, hablar de multiculturalismo en los EUA o incluso de nacionalista-cosmopolitanismo

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 97-102.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 103.

¹⁶⁸ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 705.

(cosmopolitismo),¹⁶⁹ el cual significa “[...] que un nacionalismo pueden llevarse bien con una muy solvente, y menos claramente definida cultura nacional, es característica de la mayoría de los nacionalismos.”¹⁷⁰

En definitiva, es claro que la residencia es un requisito indispensable para que se pueda obtener una ciudadanía, evidentemente para aquellas personas que su país de origen es diverso, además la residencia es la prueba justificable de una pertenencia a la comunidad. Ésta es una afirmación que no se puede negar, sin embargo, es válido preguntarse qué tan importante y por qué motivos los requisitos legales para obtener una ciudadanía se limitan única y exclusivamente en una residencia. Tal como lo plantea Carens ¿Por qué deben los requisitos legales ser limitados a la residencia?

Fundamentalmente, éste es un argumento acerca de la prioridad moral de una sociedad civil en relación a la sociedad política. Vivir en una sociedad es lo que hace a una persona miembro de una sociedad civil. La vida en una sociedad inevitablemente uno llega a ser envuelto en una densa red social de asociaciones, adquirir intereses e identidades vinculados con los otros miembros de la sociedad. Legalmente la ciudadanía ofrece un importante significado por el cual estos intereses e identidades pueden ser protegidos y expresados. Para muchas personas parecerá un instrumento esencial. En suma, a largo plazo la membresía en una sociedad civil crea “un derecho moral a la pertenencia política”.¹⁷¹ Será por tal motivo que la residencia es tan restrictiva.

II. TEORÍAS

Hablar de teorías es preparar el camino para construir propuestas viables a la resolución de un fenómeno, en este caso hablar de teorías de justicia, de libertad social y de ciudadanía son ideales para considerar los principios básicos en el derecho a la migración. Primero enunciar teorías sobre justicia y libertad social resuelve el modelo de justicia sobre la población migrante, las cuales aceptan como derecho universal y libertad fundamental el derecho a la migración. Segundo, el derecho a la migración en sus aspectos laterales y aún más fundamentales requieren de un derecho a la ciudadanía, evidentemente porque es necesario el reconocimiento de una identidad dentro de algún Estado determinado, independientemente de su pertenencia nacional, que llevará al

¹⁶⁹ Del griego *cosmos* Κόσμος (universo) y *polis* Πόλις (ciudad), es un concepto que puede comprender algún tipo de gobierno mundial. El ideal cosmopolita desarrollado por Kant en su breve escrito “Sobre la paz perpetua”, publicado en 1795. Tres son las principales propuestas kantianas: la formación de gobiernos democráticos, la instauración de una federación de Estados libres, y la constitución de un derecho cosmopolita.

¹⁷⁰ Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 708.

¹⁷¹ *Cfr.* Carens, Joseph H., “Why Naturalization Should be Easy: A Response to Noah Pickus”, en Noah M. Jedidiah Pickus, *Immigration and Citizenship in the Twenty-first Century*, Rowman & Littlefield publishers, Estados Unidos, 1998, pp. 143-145; citado por Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, nota 63, p. 710.

individuo a una certeza jurídica; certidumbre jurídica que todo individuo necesita para poder vivir establemente.

En el supuesto de que el sistema jurídico internacional de derechos humanos no es suficiente para cubrir las necesidades de la población migrante, surge la exigencia de un sistema íntegro y equitativo que cubra las libertades fundamentales del migrante, como individuo que no puede prescindir de moverse de un lugar a otro. Para que un sistema jurídico se considere más completo se derivan circunstancias indispensables que conllevan a una certeza jurídica más viable, como lo es un modelo de ciudadanía liberal otorgado al migrante. Ahora bien, el derecho a la migración pertenece a cuestiones de libertades, tanto que la libertad de circular libremente no debe ser intervenida por el Estado bajo ilimitadas restricciones y fundamentos irracionales. El derecho a la libertad en sus respectivas variantes como la libertad personal, la libertad de expresión, la libertad familiar, la libertad de asociación y la libertad de creencia religiosa, son el tipo de libertades más comunes, y sobre ello hay lugar suficiente para más libertades como lo es un derecho pleno a la libre circulación de las personas entre las fronteras, sin relatividad a la pertenencia nacional. El objetivo del liberalismo que se intenta plasmar es la libertad plena del individuo, con el único límite de no interferir en las libertades y los derechos de los demás. De acuerdo al liberalismo que manifiesta Judith Shklar, “[...] sólo tiene un objetivo primordial: asegurar las condiciones políticas necesarias para el ejercicio de la libertad personal.”¹⁷²

1. Teorías clásicas de la justicia

A. Paz perpetua de Immanuel Kant

El objetivo de Kant en su opúsculo era conducirse a una idea cosmopolita, una noción global del derecho y de la justicia, para crear una estructura mundial que principalmente gobierne la paz entre los Estados nacionales y, evidentemente ir en contra de toda guerra. A través de esta idea trataba de conciliar los conceptos de soberanía y paz entre los pueblos, puesto que ningún Estado puede obligar a otro a formar parte de un tratado y mucho menos sobre la paz en general. Pretendía que por medio de la razón práctica del humano se pueda llegar a la paz perpetua, y consecuentemente lograr la mejor convivencia entre los pueblos además de una tolerancia entre sus discordias, y esto por

¹⁷² Cfr. Shklar, Judith, “The Liberalism of Fear”, en Nancy L. Rosenblum, ed., *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p.3.

medio de decisiones puramente morales.¹⁷³ Sin duda, Kant expresaba a través de sus ideas al señalar un derecho de gentes como el desarrollo de un análisis universal, entendido éste como una justicia global para todas las comunidades, a través de acuerdos filantrópicos y no de acuerdos en sentido fariseo. De igual forma, y de manera importante se refleja la conducta hospitalaria que debería tomarse ante los extranjeros. Así, en su tercer artículo definitivo de la paz perpetua, Kant nos habla que “[e]l derecho de ciudadanía mundial debe limitarse a las condiciones de una universal hospitalidad”, se trata no de procurar el bien de los demás de manera desinteresada, incluso a costa del interés propio; sino de reconocerlo como un derecho. “Fúndase este derecho en la común posesión de la superficie de la tierra; los hombres no pueden diseminarse hasta el infinito por el globo, cuya superficie es limitada, y, por tanto, deben tolerar mutuamente su presencia, ya que originariamente nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta.”¹⁷⁴ Evidentemente entre comunidades más estrechas y sobre todo la comunicación entre ellas, la violación de un derecho repercute a los demás, así lleva a una globalización de violación de derechos semejantes a los ocurridos en otros pueblos, de aquí se infiere que “[...] la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica,” sino un complemento necesario para una clase de “derecho público de la humanidad” que desde luego favorece la paz perpetua, que se convierta en condición necesaria que aproxime a un estado pacífico.¹⁷⁵ A saber, las decisiones de cada pueblo de elegir quien entra y circula por su territorio son decisiones que ningún otro Estado puede interferir, y eso sin duda, la voluntad de cada Estado de fundar su derecho de gentes a como mejor le interese, a dado como resultado la separación de los mismos pueblos. Sin embargo, este *derecho cosmopolita* que se conceptualiza no protege al extraño contra la agresión y la guerra, pero sí garantiza una mutua convivencia y provecho que es seguridad que los aproxime y los unifique.¹⁷⁶ Esta idea cosmopolita de Kant, no pretende idealizar un mundo sin fronteras y barreras entre Estados, o de constituir al mundo en un sólo gobierno, sino que todos los pueblos sigan la misma línea ideal de un concepto global de justicia para todos a través de las fronteras entre ellos.

Al igual que todos los teóricos pretenden haber encontrado la solución a los problemas sociales, ya sea por medio de un tratado que pretenda un antagonismo con la soberbia de los Estados y modificar su forma de gobernar o de mantener el orden, la respuesta que Kant afirma para dar resultados es lo que llamó la “razón práctica”, pues la obligación moral del hombre parte a través de esta razón, libre de toda coacción. Es evidente que,

¹⁷³ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 29, pp. 109.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 77.

este tipo de aproximación a un estado liberal moderno, no pretende el unir a los Estados bajo una misma constitución, sino estar ligados con base a los mismos principios de justicia y libertad, y sobre todo nunca olvidar y perder su soberanía como entes políticos. Según Kant, es “[...] un deber, y al mismo tiempo una esperanza fundada de que hagamos realidad el estado de un derecho público, aunque sólo sea en una aproximación que pueda progresar hasta el infinito”, esta idea de paz perpetua entre Estados soberanos bajo los falsamente “llamados tratados de paz”, en realidad, son simples armisticios que interrumpen la hostilidad y nunca conducen a una verdadera paz. Por esta razón, una tarea no es interminable, sin embargo, si está bajo un plazo de inversión, puesto que la idea de una justicia cosmopolita, “[...] no es una idea vacía sino una tarea que, resolviéndose poco a poco, se acerca permanentemente a su fin con la mayor rapidez al fin apetecido, ya que el movimiento del progreso ha de ser, en lo futuro, más rápido y eficaz que en el pasado [...]”.¹⁷⁷

B. Libertad de Isaiah Berlin

En su mayoría el principio argumentativo de los fenómenos sociales es la libertad, este concepto no se detiene únicamente en hacer lo que se nos plazca, sino hacerlo respetuosamente sin perjudicar a los demás, con detenimiento a un tipo de conducta establecido. De acuerdo al DLE define libertad como “[...] la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”¹⁷⁸ Sin embargo, no podemos ser tajantemente libres y hacer lo que se nos plazca, puesto que siempre hay límites para toda circunstancia, aún en nuestras más mínimas libertades. Para algunos desafortunadamente y para otros virtuosamente esto es cierto, puesto que a veces tenemos derecho de escoger libremente algo, y a la par perjudicar la libertad de algunos; en otros términos, si escogemos un tipo de libertad, como lo es, el que económicamente se desea crecer, quizá esta cuestión podría menoscabar la libertad económica de otros, claramente en ocasiones el aumento de alguna libertad consecuentemente lleva en detrimento otro tipo de libertad. Entonces lo correcto es posicionarnos en el lugar igualitario para ambas partes puesto que es inevitable desfavorecer el límite de libertad de otros, indudablemente el perjuicio sería equitativo pero no desigual. Dicho del modo como lo afirma Isaiah Berlin, “[...] a veces hay que reducir la libertad de algunos para asegurar la libertad de otros.”¹⁷⁹ Y a la par de esta

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 107.

¹⁷⁸ Diccionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=NEeAr5C> (fecha de consulta: 23 de enero de 2016).

¹⁷⁹ Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, p. 126.; hay traducción en español, Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. Julio Bayón, Madrid, Alianza Universal, 1988, p. 195.

idea, Berlin define que “[n]o podemos ser absolutamente libres y debemos ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto de ella”, pese a que ceder un poco implique deshacerse de algo, sin embargo, tener en cuenta que el perderla toda implica destruir la esencia misma del individuo, entonces ¿Cuál debe ser este mínimo? Que al otorgarse no se pierda el carácter del individuo, en qué el hombre puede ceder sin ofender la esencia de su naturaleza humana.¹⁸⁰ Entonces libertad en este sentido significa estar libre de: “que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiable, pero no reconocible. La única libertad que merece este nombre es la de realizar nuestro propio bien a nuestra manera.”¹⁸¹

Naturalmente la esencia del hombre es algo que todos pretendemos conocer, sin embargo, es indudable que a pesar de ello, el carácter de esencia y límite sobre el ser humano lo pretende caracterizar el Estado, así como la libertad es facultada por el Estado, entonces ahora surge otra cuestión, somos libres de elegir nuestra esencia, o de escoger la esencia que el mismo Estado pretende otorgarnos. De modo que, estamos a disposición de lo que el Estado otorgue como derechos, de los límites que pretenda otorgar y a quienes se le concede dicha virtud.

Por otra parte, nos encontramos que el término justicia puede ir en contra de la libertad, según John Stuart Mill la justicia exige que cada individuo tenga un mínimo de libertad, así que sería necesario reprimir a todas las demás en caso necesario por la fuerza, para impedir que privaran a alguno de su libertad.¹⁸² Entonces, algunas libertades están sobre otras, para que algunas puedan ser realizadas se privaría de algunas, por tanto ¿Cuál libertad es primordial que rige a las demás? El ejercicio del Estado es determinar que tipo de acciones están para reducir el mínimo de libertades a cada ciudadano. Pero, en ocasiones esta teoría puede ser utilizada sin mayor razonamiento que contraviene el supuesto principal, el de justicia e imparcialidad para todos. En el caso concreto, el Estado figura que ajenos a su territorio desean intervenir en su esfera como el caso de migrantes, así reacciona al suprimir de las mínimas facultades al individuo migrante. Además, si los Estados eligen quienes entran en su territorio, presuponen que un inmigrante interfiere en su decisión de aceptación al establecerse sin autorización, puesto que el Estado tiene la autoridad para prevenir que interfieran en su libertad de elección, y si es necesario el uso de la fuerza para impedir intromisión o revertir la acción. Indudablemente, el efecto de la ley es privar a algunos de su libertad con tal de preservar la de otros, limita a unos cuantos y no a todos por igual, entonces acaso la libertad y la

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 196.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Citado por Berlin, Isaiah, *op. cit.*, nota 179, p.127.

justicia es para unos cuantos. Así, el fin necesario del Estado es “[l]a defensa de la libertad [que] consiste en el fin negativo de prevenir la interferencia de los demás.”¹⁸³

De acuerdo a la afirmación de John Rawls al decir que si hay seguridad hay justicia,¹⁸⁴ no es acaso limitar las libertades de otros para asegurar la preservación de un derecho sobre la justicia de otros, se suprime la libertad de otros. En consecuencia, surgen otras cuestiones, ¿Cuál es el límite para suprimir estas libertades? ¿Se puede suprimir la libertad de vivir a costa de otros? ¿Por qué algunos tienen que rechazar el derecho a ser tratados con dignidad y respeto para preservar la libertad de otros? Acaso las libertades no son iguales para todos: ¿Por qué la humillación y la indignación no son considerados como formas coactivas a decisiones oprimidas? Esto hace un referente al derecho que tienen los inmigrantes a ser tratados con justicia, dignidad, respeto y el derecho a la libertad de sus propias decisiones, sin la supresión del Estado de elegir libremente donde vivir, donde trabajar y en qué trabajar. Desde luego que sí, la reacción del Estado está primero que las decisiones del individuo, pero es indudablemente irrazonable, así que, “la libertad del pez grande es la muerte del pez chico; la libertad de algunos tiene que depender de las restricciones de otros.”¹⁸⁵

Evidentemente, la libertad no es la misma para todos, por tanto, la libertad para un campesino al no poder escoger el tipo de trabajo o lugar donde vivir, no es la misma libertad de un pobre vagabundo de no tener elección de que comer el día de hoy o la libertad de un político de que gobernar el día de hoy al día de mañana. El acuerdo es que algunos no conocen o ven la libertad como algunos la plasmamos, qué sucede con aquéllos cuya libertad es mínima o a veces nula, entonces para ellos qué es libertad y el valor que le dan, acaso, la libertad no debería ser siempre la misma para todos, no por el valor que le dan, si la conocen o no, sino por el concepto que ello significa. Por otra parte, indudablemente entre más valoramos algo, como lo es la libertad, más adoramos tenerla, en otras palabras, entre más conocemos el valor y disfrute de gozar de la libertad, más añoramos tenerla en diversas circunstancias. Si la libertad de pensar en ciertos ideales y después obrar, si deseamos vivir y gozar de ciertas facultades que los más beneficiados gozan, pero las instituciones humanas no me lo permiten, entonces hasta cierto punto ni siquiera se es libre de pensar. El tipo de libertad que se tiene es de escoger lo que se nos ofrece, ni siquiera del deseo de propios pensamientos, así se decide no luchar por lo que se desea obtener sólo porque no se puede obtener. Indudablemente hasta la libertad de pensamiento también es limitada. Por su parte, la libertad corresponde hasta cierto punto

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ Rawls, John, “La justicia como imparcialidad”, trad. Roberto J. Vernengo, *Cuadernos de Crítica* 32, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1984, pp. 46.

¹⁸⁵ Berlin, Isaiah, *op. cit.*, nota 179, p.194.

a la obediencia, pero la obediencia no significa esclavizar al individuo a realizar algo que impida los mejores deseos como ser humano, el caso de superarse o el de buscar mejores opciones de desarrollo, y tal como decía Kant, “nadie puede obligarme a ser feliz a su manera.”¹⁸⁶ Evidentemente el término libertad gozaría de muchas facultades si se atribuyera ilimitadamente, sin embargo, la aparente ambigüedad ha cegado a muchos liberales contemporáneos sin darse cuenta de que a veces lo que se pretenda debe ser razonable. Así como asienta Berlín, “[...] lo que estos piden es claro y su causa es justa, sin embargo, [...] no tienen en cuenta la variedad de necesidades humanas básicas, ni la ingenuidad con que los hombres pueden probar, para su propia satisfacción, que el camino que conduce a un ideal también conduce a su contrario.”¹⁸⁷

C. Teoría de la justicia de John Rawls

Por su parte, dentro de la teoría de John Rawls refleja que el objeto principal de los principios de justicia social es la estructura básica de toda sociedad. La explicación de los dos principios de la justicia son los siguientes:¹⁸⁸

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

Estos principios son objeto de un acuerdo entre la sociedad, libres e iguales derivados de un contrato social, de tal manera que denomina a su teoría de justicia como: imparcial, pues a través de condiciones imparciales se pueden obtener resultados imparciales. Es como el hecho de la discriminación, que para acabar con ella se tiene que empezar con discriminar aquello que causo el primer acto de discriminación. La imparcialidad de la situación contractual a la cual él llama posición original se garantiza por un velo de la ignorancia que impide a los participantes del acuerdo observar y tener todos los conocimientos particulares, entre ellos los relacionados con su propia identidad y con la

¹⁸⁶ Citado por Berlin, Isaiah, *op. cit.*, nota 179, p.194.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 233.

¹⁸⁸ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, 2da. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 67-68; también véase, Flores, Imer B., “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre 1999, pp. 85-122, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/1/art/art4.pdf>. (fecha de consulta: 24 de enero de 2016).

sociedad a la cual pertenecen.¹⁸⁹ La justicia como imparcialidad es un ejemplo de lo que se ha llamado una teoría contractualista. La idea de ser contractual es que los principios de justicia serán escogidos por personas racionales.¹⁹⁰

Los principios que las personas elegirán para gobernar una sociedad si se encontraran tras un “velo de la ignorancia”, sin saber nada acerca de su propia situación personal (clase, raza, sexo, talentos naturales, fines y valores individuales, entre otras), las personas tras el “velo de la ignorancia” elegirán dos principios. De acuerdo a Rawls, el primer principio garantizará igualdad de libertad para todos. El segundo permitirá desigualdades sociales y económicas, siempre y cuando éstas fueran en beneficio de los menos aventajados (principio de diferencia) y dependieran de posiciones abiertas a todos en condiciones de igualdad de oportunidades. Las personas en la posición original darían prioridad al primer principio, que prohíbe la reducción de libertades básicas en aras de mayores beneficios económicos.¹⁹¹

Las enunciaciones de las libertades básicas que asienta Rawls son las siguientes:

Las libertades básicas son la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como está definida por el concepto de estado de derecho. Estas libertades habrán de ser iguales conforme al primer principio.¹⁹²

Por consiguiente, en una sociedad se dan por asentadas las libertades básicas y aseguradas por la autoridad a través de leyes, sin embargo, no en todos los casos se puede asegurar tal aseveración. El asentamiento de leyes no es garantía de que ellas se respeten aun las libertades más básicas del individuo, y sobre todo de la seguridad de poder ejercerlas con libertad. Así pues, la distribución de beneficios no es como los ciudadanos aseguran haber elegido, no es cuestión de distribuir en partes iguales en el hecho de dar a cada quien lo mismo, sino de aseverar que algunos necesitan de más atributos que otros. “La distribución natural no es ni justa ni injusta, como tampoco es justo o injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son

¹⁸⁹ Caballero, José Francisco, “La Teoría de la Justicia de John Rawls”, *Iberofórum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, México, año I, núm. II, otoño, 2006, pp. 22, http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf también en <http://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573007.pdf> (fecha de consulta: 10 de junio de 2015).

¹⁹⁰ Rawls, John, *op. cit.*, nota 188, p. 29.

¹⁹¹ *Cfr.* Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, p. 60-65, 136-142, 243-248; citado por Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 55.

¹⁹² Rawls, John, *op. cit.*, nota 188, p. 68.

hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos.”¹⁹³

D. Esferas de la justicia de Michael Walzer

Michel Walzer en defensa del pluralismo y la igualdad bajo los criterios de una justicia distributiva, determina que el objetivo del igualitarismo político es una sociedad libre de dominación. La palabra igualdad no va más allá de una adulación fuera de control, ni tampoco de la esperanza de eliminar las diferencias, sino de un medio de control en la sociedad. A pesar de ello, tener el medio de dominación no significa que a todos se les reparta en partes iguales, así, “[...] no hay razón para que se tenga la misma cantidad de las mismas cosas.” Por tal motivo “[...] cuando nadie posee o controla los medios de dominación, mujeres y hombres son iguales entre sí (para toda cuestión de importancia moral y política).”¹⁹⁴ Sin embargo, a pesar de que los medios de dominación se constituyen siempre de manera diversa entre las sociedades, el medio de dominación siempre será poseído por alguien. “La dominación siempre es propiciada por un conjunto de bienes sociales dados. La cuna, la sangre, la riqueza heredada, el capital, la educación, la gracia divina, el poder estatal: todo ello ha servido en una época u otra para que unos dominasen a otros.”¹⁹⁵

Así como los tipos de dominación, la justicia también es una construcción humana, sin embargo como advierte Walzer, es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera, pero los principios de la justicia son en sí mismos plurales en su forma. Estos principios de justicia exigen que los bienes sociales deberían ser distribuidos por razones de acuerdo a su importancia social, lo cual es producto inevitable del “particularismo histórico y cultural.”¹⁹⁶ Es decir, la distribución de bienes se da con base en la prioridad determinada sobre el estatus del individuo y particularmente sobre los ciudadanos que son lo que han determinado la biografía de un Estado. “Los bienes en el mundo tienen significados compartidos porque la concepción y la creación son procesos sociales. Por la misma razón, los bienes tienen distintas significaciones en distintas sociedades. La misma «cosa» es valorada por diferentes razones, o es valorada aquí y devaluada allá.”¹⁹⁷ En cambio, existe una diferencia entre los *principios de justicia* de Walzer y el *principio de*

¹⁹³ *Ibidem*, p. 104.

¹⁹⁴ Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 11.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 21.

diferencia de John Rawls, conforme esta última las desigualdades se justifican sólo si se orientan a generar el mayor beneficio posible a la clase social menos aventajada, independientemente de un particularismo histórico y cultural.¹⁹⁸

Ahora bien, existe un vínculo entre el merecimiento y la justicia, en ambos la consecuencia es una distribución específica. El merecimiento como afirma Walzer, “[...] parece requerir un vínculo especialmente estrecho entre los bienes particulares y las personas particulares, mientras que la justicia sólo en ocasiones requiere un vínculo tal.” Sin embargo, el merecimiento no posee el carácter urgente de la necesidad de la misma manera que el de la justicia, pero ambos poseen esta indudable necesidad de adquirirse.¹⁹⁹ De acuerdo al criterio de la necesidad, “a cada quien de acuerdo con sus necesidades”, generalmente se atribuye a ser la mitad distributiva de acuerdo a la máxima de Marx: “hemos de distribuir la riqueza de la comunidad de modo que las necesidades de sus miembros sean satisfechas”. Sin embargo, esta máxima se considera incompleta, “cada quien de acuerdo a su capacidad”, así se manifiesta que las plazas de trabajo deberían ser distribuidas sobre las bases de las cualidades individuales y no sobre la base de las necesidades.²⁰⁰ La idea de la justicia distributiva de Walzer, presupone un mundo con demarcaciones dentro del cual las distribuciones tengan lugar: un grupo de hombres y mujeres ocupado en la división, el intercambio y el comportamiento de los bienes sociales, en primer lugar entre ellos mismos. En esta comunidad política sus miembros se distribuyen el poder entre sí y evitan, tanto como puedan, compartirlo con alguien más. El bien primario que se distribuye entre todos es el de pertenencia en alguna comunidad humana.²⁰¹ La pertenencia es un bien social que se constituye por sus nociones; su valor es determinado por el trabajo y la conservación; después, el mismo se encarga de su distribución. Mas no se distribuye entre ellos, al ya ser propio y mucho menos se otorga a los extraños.²⁰² Este planteamiento de pertenencia se atribuye para ir en contra de un mundo de vecindades. Los vecinos son los extraños, puesto que si se originara el libre movimiento y de pertenencia, la sociedad carecería de una cohesión interna, puesto que la pertenencia ya no sería exclusiva, sino para todos. El libre movimiento podría interferir con los esfuerzos por elevar el nivel de vida de las clases más pobres de un país en particular, ya que tales esfuerzos no podrían ser efectuados con la misma energía y el mismo éxito en todo el mundo. Así, el impulso de otras culturas, el trabajo eficiente de las instituciones políticas, podría ser derrotada por la creación

¹⁹⁸ Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, p. 75; citado por Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 28.

¹⁹⁹ Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 37.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 44.

²⁰² *Ibidem*, p. 45.

continua de poblaciones heterogéneas.²⁰³ Sin embargo, este planteamiento como afirma Walzer, debe tener un fuerte argumento que pese contra los beneficios de la movilidad y la libertad contractual y esta razón evidentemente debe ser el preocuparse por el bienestar de su propio pueblo, por el éxito de su propia cultura y políticas. Henry Sidgwick presentó estos argumentos como una serie de consideraciones utilitaristas que pesan contra los beneficios de la movilidad laboral y la libertad contractual.²⁰⁴

De tal manera, que de acuerdo a Walzer el argumento del Estado es la preocupación por su pueblo para restringir los beneficios de la movilidad, así mismo Walzer justifica, que la restricción sirve para defender la libertad y el bienestar, las políticas y la cultura de un grupo de gente comprometida entre sí y con su propia vida en común. “Pero la restricción a salir reemplaza el compromiso por la coerción”. Si se refiere a las personas sujetas a coerción, no existirá ya comunidad alguna que valga la pena defender.²⁰⁵ Ahora bien, sobre la base del principio de nacionalidad no se le puede restringir al que tenga derecho a ella, sin embargo, consta de un límite significativo, aceptado teóricamente aunque no siempre en la práctica, si bien “el reconocimiento de la afinidad nacional es una razón para permitir la inmigración, no reconocerla es una razón para la expulsión”.²⁰⁶ Al respecto, en este principio los Estados llevan un control riguroso respecto a la naturalización, sin embargo, en cuanto a la inmigración son más tolerantes, al convertir a los inmigrantes en residentes y nada más, así se cuestiona Walzer “¿Por qué son admitidos? Porque liberan a los ciudadanos de tareas arduas y desagradables. En ese caso, el Estado es como una familia con sirvientes viviendo con ella.” Este tipo de determinación, de quienes son extranjeros y quienes huéspedes por un grupo exclusivo de ciudadanos, “[...] no es libertad comunitaria sino opresión.”²⁰⁷ Evidentemente, los ciudadanos tienen libertad de constituirse como deseen, de elegir quien entra y quien sale, hacer la exclusividad que deseen, fundarse en forma de clubes privilegiados y de gobernarse entre ellos. “Pero no pueden exigir jurisdicción territorial y dominar al pueblo con quien comparten el territorio. Hacerlo equivale a obrar fuera de su esfera y más allá de sus derechos.” Además el “dominio de ciudadanos sobre no-ciudadanos, de miembros sobre no-miembros, es posiblemente la forma más común de las tiranías en la historia humana.”²⁰⁸ Edmund Burke se acercó lo máximo a plasmar este derecho fundamental, así: “El gobierno es una invención de la sabiduría humana para proveer a las necesidades

²⁰³ *Ibidem*, p. 50.

²⁰⁴ Cfr. Henry Sidgwick, *Elements of Politics*, Londres, 1881, pp. 295-296; citado por Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 49.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 52.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 74.

humanas. Los hombres tienen el derecho de que estas necesidades sean satisfechas por esta sabiduría.”²⁰⁹ Pero la sabiduría debe ser con base en la razón y la prudencia, más no de la inteligencia de aprovecharse del derecho de pertenencia.

Por otra parte, los extraños son admitidos además de concederles un mínimo de libertades, el de aceptar el tipo de trabajo que se les concede sólo a ellos, “[...] ya que los hombres y las mujeres son libres sólo cuando eligen su propio trabajo, y los impuestos son el precio a esa elección”.²¹⁰ Así, el trabajo no será realizado por un ciudadano a menos de que realmente se pague muy bien por él y que las condiciones de trabajo sean muy buenas. Los ciudadanos saben que si quieren contratar a sus conciudadanos como barrenderos y limpiapisos, los costos serán altos de hecho mucho más altos que las tareas más prestigiosas o agradables. En tal caso, el trabajo deberá ser compartido. “Estamos tan acostumbrados” decía George Bernard Shaw, “[...] a ver el trabajo sucio realizado por gente sucia y mal pagada, que hemos llegado a pensar que es una desgracia hacerlo, y que a menos de que exista una clase sucia y desgraciada, no será hecho en absoluto”. Si se ofreciese dinero y descanso suficientes, insistía Shaw “la gente se ofrecería a hacerlo”.²¹¹ Evidentemente la sociedad no reclama el hecho de que extranjeros realicen actividades de las cuales el ciudadano no está dispuesto a realizar. Así como el capitalista se apoya en sus derechos y libertades como comprador cuando intenta hacer el día laboral tan largo como sea posible, el trabajador se apoya en sus derechos como vendedor cuando desea reducir el día laboral a una duración normal definida. De tal manera, que se busca el mayor beneficio por cada una de las partes, derecho contra derecho, cada uno al exhibir por igual el sello de la ley de intercambios.²¹²

Por consiguiente, el poder político tiene el deber de proteger al individuo contra todo abuso de poder, pero ese poder puede convertirse en tiránico, por las razones de que el poder es tan deseado y disputado. Y por ende los ciudadanos tienen que gobernarse así mismos. “El hecho de gobernar, [...] nunca puede ser absolutamente igualitario, pues en cualquier momento dado alguien o algún grupo tiene que decidir esta o aquella cuestión y luego hacer cumplir la decisión y acatar su cumplimiento. La democracia es una manera de asignar el poder y legitimar su uso o mejor dicho, es la manera política de asignar el poder.”²¹³

²⁰⁹ Cfr. Burke, Edmund, *Reflections on the French Revolution*, London, 1910, p. 57; citado por Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 90.

²¹⁰ Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, pp. 182-186.

²¹¹ Cfr. Shaw, George Bernard, *The Intelligent Woman's Guide to Socialism, Capitalism, Sovietism and Facism*, Harmondsworth, Inglaterra, p. 105; citado por Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 187.

²¹² Cfr. Karl, Marx, *El capital*, New York, 1967, vol. III, pp. 820; citado por Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 198.

²¹³ Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 313.

Después de la Segunda Guerra Mundial se ha visto como se han expandido los gobiernos democráticos en el mundo. Desde luego que los procesos de transición a la democracia implicaron diferentes niveles y ritmos para la implementación de reformas democráticas.²¹⁴ Esto se debió al proceso de globalización donde su consecuencia fue la liberación económica y comercial. El problema de la disociación entre democracia como forma de gobierno y la presencia de minorías etnoculturales en las sociedades democráticas, radica en que tal disociación con frecuencia genera un estatuto de desigualdad para esas minorías al interior de estas sociedades:²¹⁵

¿Cómo puede ser realmente democrático un Estado que en su interior posee una población dividida entre quienes tienen derechos políticos y quienes no los tienen?, ¿podríamos llamar democrático a un Estado cuyo gobierno, no obstante que es obedecido por sus minorías etnoculturales, éstas no tienen la mínima posibilidad de participar en su control o en su conformación? Frente a semejantes contradicciones, la democracia palidece.²¹⁶

Y esto lo reafirma Samuel P. Huntington al decir que “los México-americanos son más propensos a la democracia que los mexicanos. Sin embargo, las profundas diferencias que existen entre los valores y la cultura de mexicanos y de estadounidenses impacta a los México-americanos.”²¹⁷ Ellos, que en su momento fueron los más partidarios a un justo reconocimiento de sus derechos, aceptaron la voluntad del gobierno al que decidieron respetar su ideología. Naturalmente, en su momento pertenecían a una población dividida aspirando al reconocimiento de ciertos derechos y de una identidad en particular. Así, el significado de democracia es relativamente sobre los sistemas sociales pertenecientes, por tanto, un extranjero respeta más el valor democrático de otro país, que los que aún se consideran más patrióticos; esto sugiere una importancia por lo ajeno, indudablemente bajo un interés propio. Aunque en realidad, es observable que un extranjero tiene más respeto por leyes en territorio foráneo, que por sus ideologías dentro de su natal país, acaso será que su significado ha restado valor, esa es otra cuestión. Además, no se debe olvidar la nube de publicidad global que se le ha dado a los países al ser difundidos como democráticos, sobre todo cuando su valor se aminora.

Es evidente, que tanto la justicia como la democracia son relativas a los significados sociales. Así, la relatividad de la justicia se desprende de la clásica definición *dar a cada quién lo suyo*, de acuerdo a Walzer, “de distribuir los bienes por razones internas”. No es

²¹⁴ Ibarra Palafox, Francisco, “En busca de la igualdad: minorías etnoculturales y democracia representativa”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 623-642, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2834> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²¹⁵ *Ibidem*, p. 624.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 625.

²¹⁷ *Cfr.* Huntington, Samuel P. *American Politics. The Promise of Disharmony*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981, p. 253; citado por Flores, Imer, *op. cit.*, nota 81, p. 228.

correcto afirmar esto y aquello para cada quien en partes iguales, sino hasta saber de qué manera la relación de las personas entre sí por medio de las cosas se debe distribuir y por qué, “el adjetivo justo no determina la vida esencial de las sociedades que describe, tan sólo la modifica.” Hay un número infinito de vidas posibles, configuradas por un número infinito de culturas, religiones, lineamientos políticos, condiciones geográficas, etcétera; por lo que es evidente el número infinito de formas justas de distribuir. “Una sociedad determinada es justa si su vida esencial es vivida de cierta manera esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros.”²¹⁸ El contexto social en que habitamos será algún día diverso al del día de hoy, y así el concepto de justicia y democracia asumirán otro carácter y relatividad, lo cierto es que la realidad no tiene una base permanente sino que se apoya en los fenómenos presenciales. “La vigilancia eterna no es garantía alguna de eternidad de justicia.”²¹⁹

2. Teorías contemporáneas de la migración

A. Derecho a la migración de Ermanno Vitale

Según Vitale un liberal no debe darse ningún peso moral a las fronteras existentes; más bien se debe permitir a la gente redefinirlas sobre la base de valores morales legítimos. Desde el punto de vista liberal el fundamento legítimo debe ser la libertad de elección en el respeto a los derechos de los demás. “Si la mayoría decide no seguir formando parte del Estado al que pertenece ¿Por qué no puede permitírsele la secesión, o la unión con otro Estado? Obligar a un grupo a permanecer dentro de un Estado en contra de su voluntad viola los principios liberales de libertad y consentimiento.”²²⁰

Aquí se reafirma el liberalismo igualitario que Kymlicka sostiene, para acceder a una cultura societal resulta esencial la libertad individual.²²¹ “Que dentro de los principios del liberalismo igualitario, es decir, una teoría sobre la igualdad moral de las personas y la titularidad de los derechos fundamentales en cada individuo por igual, incluidos los derechos sociales, quedan comprometidos, en aras de la coherencia teórica.”²²² Es imprescindible que todos sean tratados con genuina igualdad, además lo que debe

²¹⁸ Walzer, Michael, *op. cit.*, nota 194, p. 322.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 328.

²²⁰ Vazquez, Rodolfo, “Migración, ciudadanía y fronteras. Comentarios a Ermanno Vitale”, *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 29, octubre, 2008, p. 201, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/migracion-ciudadania-y-fronteras-comentarios-a-ermanno-vitale--0/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²²¹ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells Auleda, Balcelona, Paidós, 1996, p. 151.

²²² Vazquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 220, p. 201.

sucedir es una acomodación de las diferencias y así se constituye la esencia de la verdadera igualdad y para acomodar las diferencias resultan necesarios los derechos específicos.²²³ Kymlicka en defensa de la tesis de fronteras abiertas de Vitale, afirma que un coherente liberal debe aceptar que: “[...] aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales estos no deben constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido.”²²⁴

La existencia de libertades que distinguen la pertenencia de un derecho a la migración es aceptable, el argumento a favor es que este derecho como derecho de la persona, para la realización plena de aquella libertad personal no puede suprimirse. Que como libertad personal es condición primordial para adquirir la condición de felicidad como ser humano. “El derecho a migrar surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación, entendido como derecho de la persona y no del ciudadano: es por tanto un derecho de primera generación, [...] sólo 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.”²²⁵ Para Vitale, el derecho a la migración debe servir como una idea reguladora de las políticas migratorias, de acuerdo con políticas razonables:

Reivindicar que el derecho a la migración debe ser un derecho de las personas no significa negar que los flujos migratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos, eligiendo y no impidiendo (sobre la base del culturalismo que ha reemplazado al racismo) las migraciones de las personas y, mucho menos, permitiendo su gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece derechos fundamentales).²²⁶

Significa reconocer a los inmigrantes “extracomunitarios” una posibilidad razonable de obtener una ciudadanía como es el caso de la UE que el supuesto es inspirarse en valores liberales y democráticos, igual que la mayoría de los países concernientes a la migración. Razonable quiere decir después de una permanencia relativamente breve en el territorio con un trabajo estable y regular. A lo largo de un período no tan largo pero si razonable. Con respecto a liberal y democrático solamente los pertenecientes a las CE, esto es efectivamente particular.²²⁷

²²³ Kymlicka, Will, *op. cit.*, nota 221, p. 152.

²²⁴ Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales. Presentación de Miguel Carbonell*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 37-38; citado por Vazquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 220, p. 201.

²²⁵ Vitale, Ermanno, “Derecho a migrar: ¿el cumplimiento de la edad de los derechos?”, trad. Pamela Rodríguez Padilla, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 253, tomo LX, 2010, p. 55, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/253/pr/pr4.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²²⁶ Vazquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 220, p. 202.

²²⁷ Cfr. Vitale, Ermanno, “Ciudadanía ¿último privilegio?”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 474; citado por Vazquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 220, p. 202.

No se pueden reemplazar los derechos vitales para que un individuo pueda desarrollarse, además es esencial una igualdad plena de derechos, los Estados pueden reconocer un derecho a la migración como un derecho fundamental, “[...] al predisponer las formas jurídicas y favoreciendo las condiciones sociales y administrativas que lo hacen practicable,”²²⁸ pero ello no significa que sea con base a restricciones irrazonables. Si bien, un derecho nunca es plenamente ilimitado, por lo que todo derecho siempre tiene restricciones, y éstas son fundadas bajo el argumento de defender otros derechos, pero a veces la defensa de ellos son innecesarios.

B. Hipótesis de una migración sin fronteras

Los autores Pécoud y Guchteneire plantean la hipótesis de una *migración sin fronteras*, investigan consecuencias éticas, económicas, sociales y de derechos humanos del libre desplazamiento de las personas que son la justificación más importante para ese planteamiento. “En un mundo globalizado en el que los flujos migratorios parecen burlar los intentos de los Estados por controlarlos, esta hipótesis impugna las opiniones convencionales sobre la migración y critica las actuales políticas y prácticas.”²²⁹

Dicha conjetura tiene su razón con base en lo estipulado en la DUDH, “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país.”²³⁰ Afirman que sólo la emigración se reconoce como un derecho fundamental, lo que hace que se cuestionen por el significado real de este derecho cuando no hay posibilidades a la inmigración. El derecho a la emigración es problemático mientras las personas no puedan inmigrar, o ni siquiera viajar, a otros países por causa de las severas restricciones aplicadas a la inmigración:²³¹ “El derecho a salir no entraña el correspondiente derecho a entrar en un país determinado.”²³² Así que, el derecho a salir del propio país no tiene significado alguno sino podemos entrar en otro país. Así mismo, el número de personas que circulan no va a disminuir en un futuro próximo, y cada vez se verá más claramente que las medidas de control, por sofisticadas y costosas que sean, no detienen verdaderamente a las personas.²³³ Sin duda, es urgente que las nuevas ideas políticas

²²⁸ Vitale, Ermanno, *op. cit.*, nota 137, pp. 97-112.

²²⁹ Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 13.

²³⁰ Párrafo 2 del Artículo 13 de la DUDH.

²³¹ Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 14.

²³² Cfr. Dowty, A., *Closed borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 14; citado por Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 23.

²³³ Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 46.

sostengan que el problema migratorio debe ser resuelto por los Estados a través de diversas estrategias políticas, y no del mismo método que se han manejado.

El respeto a los derechos exige que incluso los migrantes indocumentados gocen de una protección jurídica mínima; de acuerdo a la DUDH, los individuos están protegidos por el hecho de ser personas, no por su nacionalidad o su ciudadanía, y a veces estos derechos se ejercitan en un plano supranacional, así se limita la autonomía de los gobiernos.²³⁴ Significa que la sociedad civil, los grupos de derechos humanos y las ONGs pueden discutir las medidas gubernamentales y a veces denunciarlas a los tribunales; en otras palabras, el controlador es controlado y los Estados se ven limitados en sus iniciativas. A pesar de ello, controlar la migración es particularmente difícil para las democracias liberales, así que el tema de controles fronterizos se ha tendido a nuevas tecnologías de vigilancia y medidas innovadoras, las cuales no son suficientes para controlar la migración. En consecuencia, una de las perspectivas éticas más preocupantes es el número de muertos o desaparecidos durante el trayecto a migrar. Así mismo la migración es propensa a desigualdades entre las personas y los países. “La movilidad es considerada ya un privilegio desigualmente distribuido entre los seres humanos: los ciudadanos de los países desarrollados pueden viajar e instalarse en casi todas las partes del mundo, mientras que sus semejantes de los países menos desarrollados dependen de una incierta expedición de visados y permisos de residencia para migrar.”²³⁵ Así lo afirma Carens, que la “[...] ciudadanía es un privilegio de nacimiento difícil de justificar.”²³⁶ Pero si es una premisa que va en contra de la inmigración, pues la misma no favorece de ninguna manera a esta población.

No es del todo ingenuo pensar que esta hipótesis puede dar respuestas al problema planteado, pero si es más cándido suponer que las medidas actuales o que los arreglos secundarios del sistema migratorio contemporáneo dan respuestas a largo plazo. La hipótesis de migración sin fronteras no es una medida simple y directa que eliminaría de golpe todas las injusticias, ni una utopía irrealista. Es una visión innovadora para el futuro de la migración y una fuente inapreciable de ideas para imaginar políticas migratorias más justas.²³⁷

²³⁴ Cfr. Sassen, Saskia, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996; Soysal, Yasemine, *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994; citado por Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 19.

²³⁵ Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 24.

²³⁶ Cfr. Carens, Joseph H., “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders”, *The Review of Politics*, 49(2), 1987, pp. 251-273; citado por Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 24.

²³⁷ Pécoud, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *op. cit.*, nota 22, p. 46.

C. Argumento de fronteras abiertas de Joseph Carens

Una completa teoría de justicia indudablemente requiere que los ciudadanos tengan ciertas clases de derechos y en una justicia democrática como afirma Carens los ciudadanos deben tener ciertas clases de derechos económicos y sociales. Pero es importante cuestionarse sí todas las disposiciones son compatibles con este tipo de justicia. Por consiguiente, qué exige la justicia con respecto a similitudes y diferencias entre los derechos de ciudadanos y derechos de los residentes. Existe el hecho de que la presencia de inmigrantes es oficialmente autorizado en un sentido sociológico, esto es, que la mayoría de los ciudadanos dan la bienvenida o al menos aceptan la presencia de inmigrantes. No significa que la mayoría de sus derechos sean respetados o que aún lo menos sean establecidos. Por tanto, si su presencia es regulada de tal manera que permiten una mínima circulación, esto podría significar que la sociedad ha aceptado su presencia, a tal punto que si al considerar tolerable su presencia como cualquier individuo, por qué no facultarlos de los mismos derechos que un ciudadano.²³⁸ Parte de la iniciativa que Carens figura es tratar de identificar el mínimo paquete de derechos legales a los no ciudadanos asentados que están moralmente autorizados. Desde luego, este mínimo puede cambiar para ser mucho más alto de lo que algunos desearían.²³⁹ Los Estados no deben discriminar a los migrantes. Sin embargo, si pueden otorgar un trato distinto al de un ciudadano, siempre y cuando este trato sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. Un ejemplo común, son las distinciones entre las personas migrantes y los ciudadanos en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos, sin embargo, esta proporción de derechos a veces va más allá de estos derechos, al extenderse a tales como derechos sociales y económicos. Un patrón sistemático y de amplias diferencias legales entre inmigrantes y ciudadanos han sido reemplazadas por un patrón en el cual inmigrantes asentados generalmente disfrutan de los mismos derechos civiles, económicos y sociales como los ciudadanos. Muchos de estos cambios fueron traídos por Tribunales de justicia en nombre de normas legales que reflejan profundos principios democráticos. En otras palabras, no fueron vistos simplemente como cambios cautelosos en la política, pero si más bien como transformaciones requeridas por la justicia. Comúnmente al vivir en una sociedad donde la presencia de migrantes es indudable, parecía que todos viven bajo el mismo aspecto, y las diferencias entre derechos no parecía ninguna a simple vista, sin embargo, estas diferencias se muestran únicamente en la particularidad de derechos. Algunas personas llegan a vivir así por años,

²³⁸ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 90.

²³⁹ *Idem.*

sin tener ninguna extrema necesidad de los más amplios derechos, además aprenden a vivir con la mínima protección, como el derecho al voto, sin embargo, para los migrantes esto particularmente resulta insignificante. “Y eso sucede cuando normalmente no distinguimos entre ciudadanos y no ciudadanos o aun entre no ciudadanos y no residentes. Todo lo que importa es una física presencia.”²⁴⁰ Otra cuestión particular es el derecho a buscar empleo, sin embargo, este derecho no es visto como un derecho humano, ha sido observado como una membresía específica de un derecho. Los migrantes irregulares no son miembros de la sociedad, en el sentido de que requieren de la tierra para esta clase de membresía específica de un derecho, por lo menos durante el principio de su presencia. El hecho de que migrantes irregulares no son autorizados al derecho de buscar empleo no significa que no tengan el reclamo moral sobre ellos, si es que ellos encuentran trabajo. Algunos de los derechos que los Estados democráticos proveen no son derechos humanos básicos, derechos de los niños, o derechos sobre el trabajo. Varios de estos derechos son permisos administrativos conectados con las funciones de regulación del Estado; como una licencia de conducir, acceso a la escuela para hijos de inmigrantes irregulares. Otros son derechos de accesos al servicio público, tales como bibliotecas y albercas públicas. Son derechos de membresía no derechos de ciudadanía. Cada Estado democrático provee estos derechos no únicamente a ciudadanos sino también a residentes permanentes.²⁴¹ Entonces el migrante hace pertenencia a la sociedad pero no bajo una autoridad, sino como derecho de membresía.

¿Pueden los migrantes llegar a ser miembros de la sociedad sin una autorización legal? Si, ellos pueden, por qué la membresía social no depende sobre un permiso oficial. Son personas quienes viven y trabajan para ayudar a sus familias para llegar a ser miembros de una sociedad, cualquiera que sea su estatus legal. ¿Cuánto tiempo debe pasar antes de que los migrantes irregulares obtengan un fuerte reclamo moral para permanecer? O desde la perspectiva opuesta, ¿Cuánto tiempo el Estado ha aprendido y expulsado a migrantes irregulares?²⁴²

Acaso hay complicidad del Estado sobre la migración irregular que ciertamente refuerza a la razón moral para la regularización. Este argumento, el Estado es complice sobre la migración irregular únicamente tiene sentido cuando hay un alcance de la acción del Estado (o una inacción) o hacer alguna diferencia en el número de migrantes irregulares. Si los factores estructurales hacen inevitable la migración irregular, podemos criticar la política del Estado de ser inefectiva o contraproducente pero no por complicidad.²⁴³

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 91 y 93.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 139-144.

²⁴² *Ibidem*, p. 151.

²⁴³ *Ibidem*, p. 153.

A través del derecho de membresía que maneja Carens plantea una teoría de membresía social, como un específico desafío de ciertas maneras de pensar acerca de los derechos humanos. Es un discurso común de los derechos humanos como derechos que todos los seres humanos disfrutan en contra de todos los Estados, simplemente en virtud de su humanidad. La teoría de la membresía social está principalmente concertada con personas quienes están ya presentes. Eso nos es de mucha ayuda el pensar acerca de las admisiones y sobre todo para considerar un derecho a la migración, sino del reconocimiento de la población ya establecida. Esta teoría le concierne únicamente cuestiones acerca del acceso al estatus legal de ciudadanos y el acceso de los derechos legales que los ciudadanos normalmente gozan. El reclamo moral que fluye de una membresía social necesita ser complementado por lo menos de otras consideraciones. 1) Un Estado democrático tiene una responsabilidad moral de proteger los derechos humanos en general de cada persona dentro de su jurisdicción a pesar de sus reclamos de membresía. 2) Un Estado democrático está moralmente obligado por normas como, reciprocidad, proporcionalidad, racionalidad e imparcialidad. Finalmente, la membresía social es una teoría acerca de las bases para el reclamo moral que los Estados democráticos deben respetar. Esto establece mínimos requerimientos morales para los Estados democráticos cuando asignan derechos legales y ciudadanía.²⁴⁴ El tipo de membresía social incluye también, el derecho de reclamos para aquéllos que pretenden ser excluidos. Algunos criterios de exclusión son sin duda, moralmente inadmisibles. El Estado no puede legítimamente excluir a migrantes en potencial con base en la raza, identidad étnica o religión.²⁴⁵ Sin embargo este tipo de exclusión puede ser justificado. Todos los Estados usan una clase de filtro de seguridad, al negar la admisión de la persona percibida de ser una amenaza a la seguridad nacional. Durante la mayor parte del siglo veinte, los EUA utilizaron como justificación a la seguridad nacional para excluir a personas identificadas como homosexuales o lesbianas, así como a todas las clases de personas cuyas opiniones no conformaron la actual ideología estadounidense.²⁴⁶ Actualmente podría decirse que los criterios de exclusión son otros, aquéllos que pertenecen a cierta nacionalidad, que podrían considerarse como una preocupación para la seguridad del país en cuestiones de terrorismo o de economía.

Ahora bien, los reclamos morales a la membresía con base en una reunificación familiar que ha creado el desarrollo sustancial de los flujos de migración aún en Estados que preferirían no recibir inmigrantes. La respuesta es que los Estados sienten la obligación moral de hacerlo, una obligación que fue a veces reconocida por oficiales de

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 161-162.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 174.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 175.

gobierno y a veces presionados por reglas de la Corte acerca de las implicaciones de compromisos profundamente constitucionales. Así, las personas pueden ser libres para irse, pero no deben ser forzados por el Estado a elegir entre el hogar y la familia. Cualquiera que sea el interés del Estado en controlar la inmigración, el interés no puede plausiblemente ser interpretado a requerir una completa prohibición en la admisión de no ciudadanos y no pueden normalmente ser suficiente para justificar restricciones en la reunificación familiar. Además el caso para excluir inmigrantes es realmente injusto, al basarse en criterios de conocimiento como del idioma oficial, de historia, cultura del Estado al que pretenden pertenecer, sin embargo, este criterio es banalmente absurdo, el ir en contra del principal argumento como lo es la reunificación familiar, a base de un criterio de exclusión. Claro que es injusto pero a costa de ello el Estado tiene que justificarse, y este obstáculo para la reunificación familiar puede ser encontrado en la manera que algunos Estados tratan de prevenir el abuso del derecho a la reunificación familiar. Dada aquí la presuposición, el Estado tiene el derecho a controlar la inmigración, el Estado claramente está autorizado a tomar las medidas que previenen esa forma de fraude.²⁴⁷

Del mismo modo, una reflexión contemporánea acerca del comienzo de los refugiados en la sombra del holocausto, se debe recordar una fundamental verdad: los judíos que huían de Hitler merecidos de protección, y la mayoría de ellos no la obtuvieron.²⁴⁸ Admitir refugiados judíos no habría resuelto el problema de los Nazis. Y así como los judíos alemanes aspiraban a la emancipación, tanto cívica como política. Todo inmigrante aspira a un mínimo de emancipación cívica. “Toda emancipación es la reducción del mundo humano, de las relaciones, al hombre mismo. La emancipación política es la reducción del hombre, de una parte, a un miembro de la sociedad burguesa, al individuo egoísta independiente, y, de otra parte, al ciudadano del Estado, a la persona moral.”²⁴⁹ Bruno Bauer resolvía así la cuestión judía, “la crítica de la cuestión judía es la respuesta a esta cuestión. Y el resultado es el siguiente: antes de poder emancipar a otros, tenemos que empezar por emanciparnos a nosotros mismos.”²⁵⁰

Hay por lo menos tres clases de razones que pueden generar una obligación para admitir refugiados: la conexión causal, un asunto humanitario y las presuposiciones normativas del sistema del Estado.²⁵¹ El deber de admitir refugiados puede así ser visto como una obligación que emerge de la responsabilidad que hace alguna provisión a

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 186-190.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 192.

²⁴⁹ Bauer, Bruno y Marx, Karl, *op. cit.*, nota 136, pp. 165.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 195.

enmendar las fallas previsibles de una institución social.²⁵² La segunda manera en la cual un Estado democrático admite refugiados es al otorgar el asilo. Asilo es mucho más significativo y mucho más controversial que un reasentamiento, como un camino para admitir refugiados en Estados democráticos.²⁵³

La idea del derecho a una membresía, implícitamente acepta el principio de que los derechos son concernientes o relativos a un régimen. Un refugiado quien se coloca en un Estado pobre tendrá menos derechos y oportunidades que uno que se coloca en uno rico, aun si ambos son tratados como miembros de pleno derecho de la sociedad donde ellos se han colocado. Algunas veces las circunstancias cambian, y una situación insegura llega a ser segura. Si las cosas llegar a ser mejor en su país de origen y ellos quieren regresar a casa, ellos deben ser libres de hacerlo. Pero no se les debe forzar a irse. Evidentemente el tiempo pasa y podría suceder que llegaran a pasar bastante tiempo en el lugar donde fueron restablecidos, por lo que, ellos se vuelven miembros y deben ser permitidos a quedarse. "Nadie debería ser previsto a vivir en el limbo indefinidamente."²⁵⁴ Cada Estado está supuesto a proteger los derechos humanos básicos de estos dentro de su jurisdicción. "Si cada Estado hace esto, no deberíamos preocuparnos acerca de admitir a cualquier refugiado o a todos en general."²⁵⁵

El derecho de ir a donde se interese es una importante libertad humana en sí misma. Eso es precisamente esta libertad, y todo lo que dicha libertad hace posible, que se aparte de una pena de prisión. Libertad de movimiento es también un prerrequisito para algunas otras libertades. Si, las personas fueran libres para vivir sus vidas como ellos decidan, mientras esto no interfiera con el legítimo reclamo de otros, ellos han de ser libres de moverse donde ellos quieran. De este modo, la libertad de movimiento contribuye a la autonomía del individuo ambos directa o indirectamente. Fronteras más abiertas mejoraría esta libertad. Desde luego, la libertad de movimiento no puede ser espontánea o totalmente libre, pero las restricciones en la libertad de movimiento requiere algunas clases de justificaciones morales, esto es, algunos argumentos tales como, por qué la restricción de movimiento es con el fin de preservarse. Desde entonces el control del Estado sobre la inmigración restringe la libertad humana de movimiento, esto requiere una justificación. Esta justificación debe tomar en consideración los intereses de aquellos excluidos así como los intereses de aquéllos ya dentro del país. La segunda razón porque las fronteras deberían normalmente estar abiertas es que la libertad de movimiento es esencial a la igualdad de oportunidades. Si se tiene la capacidad de moverse donde las

²⁵² *Ibidem*, p. 196.

²⁵³ *Ibidem*, p. 198.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 204-206.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 221.

oportunidades tienen mayor beneficio se haría: “Por tanto, la libertad de movimiento es un prerequisite esencial para la igualdad de oportunidades.”²⁵⁶ El punto no es empezar con una teoría general de libertad humana o igualdad y tratar de deducir el caso de fronteras abiertas a partir de ello. Se trata de mostrar porque esto es importante para los seres humanos de poder moverse libremente a través de las fronteras. Una justicia global requiere ser una transferencia masiva de recursos de países ricos a países pobres y una transformación del orden internacional económico, no de fronteras abiertas. En muchos sentidos, la reducción de desigualdades internacionales y especialmente, el eliminar la extrema pobreza, son más urgentes y tareas morales más fundamentales que abrir fronteras. En principio, libertad de movimiento no está en conflicto con una justicia global, antes bien es parte de lo que una justicia global requiere.²⁵⁷

Fronteras abiertas podría no ser la mejor manera de dirigir estos problemas, pero el argumento de fronteras abiertas lleva alguna justificación de satisfacción e inacción. Las mismas razones que se tienen para circular libremente dentro de un Estado también pueden ser las mismas para hacerlo entre los Estados. Dado lo aceptable de esta analogía entre las dos clases de movimiento, los oponentes tienen que ofrecer una exposición razonada para los derechos humanos que ellos realmente aceptan (ejemplo: el derecho a la libertad de movimiento dentro del Estado) y explicar por qué ese fundamento no aplica para la libertad de movimiento a través de las fronteras. La libertad de movimiento de un ciudadano dentro de un Estado ayuda a promover un sentido común de identidad nacional. Esto es porque el Estado lo acepta. El hecho de que la libertad de movimiento dentro de los Estados pueda contribuir a un sentido común de identidad nacional es simplemente una razón relevante para hacerlo un derecho humano.²⁵⁸ Un segundo desafío para la analogía entre una interna libertad de movimiento y la libertad de movimiento externa es que a través de las fronteras se busca mostrar que la misma está unida a la ciudadanía mientras que la libertad de movimiento a través de las fronteras no lo es. El problema dentro de este argumento es que ello no es fácil de explicar, entonces por qué el derecho a una interna libertad de movimiento debe ser visto como una membresía específica de un derecho humano en lugar de un general derecho humano.²⁵⁹

Los principios democráticos realmente requieren que miembros permanentes de una sociedad tengan el derecho de votar. Por tanto, si pensamos en el derecho a participar en elecciones democráticas como un derecho humano, esto es una membresía específica de derecho humano, mismo que se debe únicamente a personas quienes viven en sociedad

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 227-228.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 230-234.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 235-240.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 241.

(o quienes tienen algún reclamo comparable) y no todos quienes resultan estar dentro de un país durante una elección.²⁶⁰

Diferentes libertades pueden entrar en conflictos y entonces han de estar balanceados uno en contra de otro. Por tanto, la existencia de restricciones en la libertad de movimiento por alguna de las otras formas de libertad o mejorar en general las libertades no demuestra que la libertad de movimiento es sin importancia o que no puede ser un derecho humano. Ciertamente, uno de los fundamentales objetivos de los derechos es proteger los vitales intereses de las minorías y del individuo. Aun si las personas tuvieran el derecho de moverse a través de las fronteras, algunos no tendrían los recursos económicos necesarios para hacerlo. Pero la necesidad de recursos económicos hace efectiva esta formal libertad, no quiere decir que dicha libertad no importa. Esto simplemente significa que una formal libertad no es suficiente. Sin ese derecho, no se puede ser libre de moverte aunque se tengan los recursos económicos para hacerlo.²⁶¹

El argumento sobre fronteras abiertas contiene dos componentes. El 1) es que las fronteras abiertas contribuirán a la reducción de la desigualdad económica internacional, al eliminar las barreras para evitar que personas en Estados pobres vengán a Estados ricos para mejorar su situación. La 2) es que la libertad de movimiento debe ser considerada como un derecho humano por su importancia intrínseca de una libertad humana. Críticos argumentarían que estos dos componentes están fundamentalmente en desacuerdo el uno con el otro. Dirán que la preocupación por desigualdad implica dar prioridad a los pobres en la admisión a Estados ricos, pero tratar a la libertad de movimiento como un derecho humano esto excluye por qué debe ser igual para todos. Algunos que estarían con la idea de fronteras abiertas sugieren que se debe enfocar el objetivo de reducir la desigualdad internacional, al abandonar la idea que la libertad de movimiento debe ser vista como un derecho humano.²⁶² Libertad de movimiento dentro del Estado es correctamente visto como una libertad fundamental, y así también, la libertad de movimiento a través de las fronteras debería ser vista como tal.²⁶³

Desde esta perspectiva, libertad de movimiento, igualdad de oportunidades y justicia distributiva son principios morales que trascienden fronteras. Ellos son reclamos morales que las personas adquieren por su participación en una comunidad política y de sus conexiones con los otros miembros de esa comunidad. Por tanto, aún si se permite el libre movimiento a través de las fronteras mejoraría la libertad humana e igualdad, los Estados democráticos están bajo la no obligación de abrir sus fronteras, especialmente si ellos ven

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 242.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 248-250.

²⁶² *Ibidem*, pp. 252-253.

²⁶³ *Ibidem*, p. 254.

algunos costos en su propia ciudadanía al hacerlo. Al mismo tiempo, algunos teóricos piensan que el argumento de justicia global, incluye el argumento de fronteras abiertas, pero este deja de reconocer los límites a la justicia reclamada para los no miembros.²⁶⁴

La justicia delimitada vista así recae en última instancia en un reclamo acerca de legitimidad moral de la manera que el mundo está organizado. Ciertamente son ideas democráticas surgidas históricamente, pero la lógica interior de compromisos democráticos para la libertad humana e igualdades nos requiere ir más profundo. Esto requiere preguntarse si la manera en que el mundo está actualmente organizado es justo o no, y, sino, qué sería requerido para hacerlo justo. ¿Por qué la manera en que el mundo está organizado realza cuestiones de justicia? Porque la estructura de sí mismo está impuesta coercitivamente. Seres humanos entran a un mundo en el cual ellos son sujetos a la autoridad de un particular Estado y no tienen derecho a moverse a cualquier otro Estado, únicamente porque esa es la manera que los seres humanos han organizado el mundo. La ausencia de un mecanismo institucional debería ser visto no como una excusa por complacencia pero sí como una razón para la acción. No se puede simplemente asumir que las instituciones que se tienen son suficientes para la perspectiva de la justicia. Pero si se puede cambiar esa perspectiva y aceptar las instituciones tales como son.²⁶⁵

Cada día, a través del uso y la amenaza del uso de la fuerza, Estados democráticos ayudan a mantener un orden internacional que asume que los Estados pueden excluir inmigrantes en potencia sin tomar en consideración los intereses que aspiran los inmigrantes y sin ofrecer a ellos ninguna justificación de su exclusión más allá de la propia percepción del Estado y sus intereses.²⁶⁶ La justicia requiere la propia determinación de la comunidad, y de las diferentes elecciones que los Estados hacen que podrían dar lugar a desigualdades y hacerlo moralmente legítimos. El control discrecional del Estado sobre la inmigración es moralmente legítimo aun en un mundo ideal, según David Miller, porque esto es una consecuencia necesaria para estas desigualdades legítimas entre Estados.²⁶⁷ Esta tesis de responsabilidad del Estado tiene un análisis, según Carens 1) Se exagera la conexión entre la propia determinación y la desigualdad. 2) Falla la importancia actual de la conexión entre iguales puntos de partida y responsabilidad. 3) Y el más importante, se asumen los reclamos morales de los seres humanos bajo los reclamos de la comunidad en el cual ellos nacen y dan participación en una comunidad auto-determinada, a un peso

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 256.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 258-259.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 260.

²⁶⁷ Cfr. Miller, David, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 308; citado por Carens, Josep H., *op. cit.*, nota 20, p. 263.

moral que no puede soportar.²⁶⁸ Por lo que, hay desigualdades entre Estados en el mundo de hoy que es deber del poder y otros a la propia determinación. Miller afirma que las personas no tienen un derecho fundamentalmente moral para emigrar mientras que ellos viven en una sociedad que les proporciona a ellos “el acceso a un adecuado rango de opciones”.²⁶⁹ Otro argumento en defensa del control discrecional del Estado sobre la inmigración es que una norma de fronteras abiertas sería intrínsecamente incompatible con la soberanía del Estado. Un derecho general a la libertad de movimiento, se piensa, que requeriría un gobierno mundial con el poder de hacer cumplir tal derecho. Un gobierno mundial sería una mala idea (para todos) por razones de una excesiva centralización y riesgos a la tiranía.²⁷⁰ Sin embargo, el monopolio del Estado sobre el legítimo uso de la violencia dentro de un particular espacio geográfico, no se cuestiona. Los Estados en la forma moderna empezaron a tratar de regular la entrada y salida a través de los pasaportes que fueron introducidos hasta la Primera Guerra Mundial. La soberanía y el control sobre la admisión son ligadas en la popular imaginación y a un discurso popular, pero a veces esclarecido en actuales compromisos políticos en el mundo real. ¿Por qué este panorama tan complejo de soberanía importa? Porque la soberanía que ejercen las unidades federales coexiste con las fronteras abiertas entre las diversas unidades. Las personas son generalmente libres de cambiar su membresía en comunidades políticas subnacionales a su voluntad, a pesar de la soberanía jurisdiccional que estas unidades subnacionales ejercen sobre algunas cuestiones importantes. El hecho que ciudadanos de Estados de la UE son en gran parte libres de moverse de un Estado miembro a otro, revela claramente el carácter ideológico del reclamo, ya que el control discrecional sobre la inmigración es necesario para la soberanía. Tener el derecho a migrar a través de las fronteras no determina a las personas moverse, pero tener un derecho de libre movilidad dentro de un Estado faculta a las personas moverse. La migración entre Estados de la UE es muy baja aun cuando los ciudadanos miembros de Estados tienen un derecho a moverse (con mínimas reservas). Si las diferencias económicas y políticas entre Estados como un todo no eran mayores que las diferencias económicas y políticas entre Estados de la UE, no habría razones para ver un derecho al libre movimiento como una amenaza a la soberanía bajo más circunstancias. El principio de la libertad de movimiento no es intrínsecamente incompatible con la soberanía del Estado, sin negar que hay circunstancias bajo las cuales la inmigración podría amenazar a la capacidad del Estado para gobernarse a sí mismo.²⁷¹

²⁶⁸ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 263.

²⁶⁹ Cfr. Miller, David, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 308; citado por Carens, Josep H., *op. cit.*, nota 20, p. 269.

²⁷⁰ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 270.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 271-272.

Carens afirma que no está en desacuerdo con el reclamo de cuidar más a sus cercanos y queridos que a extraños lejanos. Podrían haber algunos cosmopolitas quienes piensan que la idea de que todos los seres humanos son de igual valor moral, que se requiera individualmente o colectivamente dar el mismo peso a los intereses y preocupaciones a todos los seres humanos, siempre y donde sea, a pesar de sus relaciones con ellos. El principio de igual valor moral implica esa clase de universalismo abstracto, y el argumento de fronteras abiertas no conlleva a esta extrema forma de cosmopolitismo.²⁷² Pero no se puede dejar de lado las responsabilidades especiales que se tienen unos con otros aunque no sean compatriotas, por ejemplo nadie reclamaría que se está autorizado para favorecer a compatriotas por invadir (pacíficamente) países extranjeros y saquear a sus habitantes o, más generalmente, por violar los derechos humanos de esos quienes no son sus compatriotas.²⁷³ Pero si pueden reclamar que otros quieran entrar en su país. Injusto no es sólo cuando se comete al acto, sino también cuando te quedas segado ante la injusticia.

El argumento de fronteras abiertas se ha redactado desde el principio como un argumento acerca de ordinarios reclamos morales, que personas pacíficas buscan construir una vida decente, vidas seguras para ellos y sus familias. Esto no es un argumento para la admisión de terroristas o invasión de ejércitos, como aluden los países para excluir la entrada de migrantes. Tal como puede haber límites morales en el ejercicio de la soberanía sin denegarla a sí misma, puede haber límites morales en la protección de la seguridad nacional sin desestimar la fundamental importancia de ese objetivo. La exposición razonada de la seguridad nacional para restringir la inmigración es una contingente y una razonada auto-limitante, al menos al principio. Esto es una contingente porque entra en juego únicamente cuando los inmigrantes actualmente representan una amenaza a la seguridad nacional y a la auto-limitación porque esto únicamente justifica la exclusión de inmigrantes quienes hacen una amenaza. Así este razonamiento no proporciona justificación para el control discrecional sobre la inmigración. En el mundo real, los críticos podrían decir, que las preocupaciones para el orden público justificaría las restricciones significantes en la libertad de movimiento.²⁷⁴

Algunos liberales comparten el punto de vista que la justicia requiere un derecho humano para la libertad de movimiento a través de las fronteras pero no limitaciones en la desigualdad entre Estados. Una restricción al orden público implica a muchas más serias limitaciones en la libertad de movimiento para esta clase de liberalidad, precisamente porque el ideal liberal no requeriría relativamente un mundo igualitario. En contraste al

²⁷² *Ibidem*, p. 273.

²⁷³ *Ibidem*, p. 275.

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 276-277.

enfoque liberal, algunos igualitarios piensan que la justicia requiere relativa igualdad entre Estados pero no la libertad de movimiento.²⁷⁵

A su vez, un Estado trata de mantener fuera a los inmigrantes a fin de proteger su cultura, pero la cultura es pública y no se puede imponer llevarla a cabo si una sociedad no lo desea, además si la comunidad no desea continuar con el respeto a su cultura es porque ya no la consideran necesaria o importante, entonces los Estados no pueden justificar restricciones en la inmigración como una manera para preservar más, un amplio conjunto de compromisos culturales. La reclamación para la preservación cultural puede ofrecer una razón para restringir la inmigración y, asume que los Estados democráticos legítimamente pueden estar preocupados con proteger ciertos aspectos de la cultura pública tal como el idioma de la vida pública.²⁷⁶ Aunque no está de más recordar la premisa general, la cual consiste en que no hay culturas puras en el mundo. Todas son el resultado de un encuentro de culturas.²⁷⁷ A saber, es el caso que la mayoría de los Hispanos en EUA hablan el inglés, puesto que alrededor de seis de cada diez adultos hispanos en los EUA (62%) hablan inglés o son bilingües, acorde a un análisis del Pew en la encuesta nacional de latinos del 2013.²⁷⁸ Esto únicamente justifica restricciones en la inmigración si es que ellos amenazaran la cultura y únicamente en la medida que sea necesario para protegerla. Por tanto, los Estados estarían moralmente obligados a asegurar el apropiado acceso a la ciudadanía para inmigrantes y sus niños, garantizar los derechos legales de residentes y trabajadores temporales, crear una cultura política de inclusión y respeto a migrantes.²⁷⁹ Pero no restringirlos bajo el criterio de una protección de compromisos culturales. Tener fronteras abiertas no conduciría a la migración en masas, si las diferencias entre comunidades políticas eran tan limitadas como la justicia requiere. Las comunidades políticas importan moralmente, pero la pertenencia no tiene que implicar la exclusión. Entonces en un mundo justo de acuerdo a Carens, si un mundo justo tiene Estados, ellos deberían ser Estados con fronteras abiertas.²⁸⁰ En un mundo, como el nuestro, los Estados todavía tienen una obligación para construir y mantener una ética democrática de inclusión y el respeto de los derechos humanos. Un derecho humano es universal en el sentido de que es un derecho que cada individuo posee simplemente en virtud de su humanidad, pero el contenido de un derecho debe ser ligado

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 278.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 284-285.

²⁷⁷ Flores, Imer, *op. cit.*, nota 81, p. 204.

²⁷⁸ *A majority of English-speaking Hispanics in the U.S. are bilingual* (Una mayoría de hispanos que hablan inglés en los EUA son bilingües), 24 de marzo de 2015, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/03/24/a-majority-of-english-speaking-hispanics-in-the-u-s-are-bilingual/> (fecha de consulta: 26 de enero de 2016).

²⁷⁹ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 20, p. 288.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 287.

a la posición social de la persona, y en ese sentido al derecho de una membresía específica. Los Estados también pueden ejercer otra clase de actos que los conviertan en justos, pueden presionar para minimizar el tiempo que los inmigrantes tendrían que esperar para la regularización de sus estatus y maximizar la protección legal en el ínterin, dentro de las limitaciones de que es políticamente factible en un contexto particular. Pero promover la justicia tanto como sea posible dentro de los límites de lo que le es factible.²⁸¹ Si se acepta el principio que esto debería poder implicar y si se hace un reclamo acerca de lo que la justicia requiere con respecto a la inmigración, independientemente de lo que se dice que la justicia requiere tendrá que ser posible en algún sentido. ¿Pero en qué sentido podría algo ser posible a fin de que sea un deber de la justicia?²⁸² La presuposición de un mundo justo es muy ostentosa hacia la manera que las cosas deben ser, un mundo justo limita a la pregunta de lo que debería ser de cierto modo. Si un mundo requiere de fronteras abiertas, el problema de la inmigración irregular desaparecerá en mundo justo.²⁸³

Si bien, en opinión popular la mayoría afirmaría que como es su país, tienen el derecho de elegir a quien dejan entrar o de rechazar a cualquiera. Sin embargo, esta decisión en que los Estados tienen el derecho de elegir quien entra y quien sale de su país es una decisión basada que puede interpretarse como derechos de propiedad. Esta afirmación puede interpretarse como una pretensión de que el derecho a excluir a los extranjeros está basado en derechos de propiedad, quizá de carácter colectivo o nacional. Carens afirma que Locke y Robert Nozick asumen que los individuos en el estado de naturaleza tienen derechos, incluido el derecho a adquirir y usar una propiedad.²⁸⁴ Sumado a esto, todos los individuos tienen los mismos derechos naturales, que presumen una igualdad humanitaria. Los individuos pueden hacer lo que quieran con su propiedad. Pueden excluir a quien ellos quieran de la tierra de la que sean propietarios. Pero tienen este derecho como individuos, no como miembros de una colectividad.²⁸⁵ Si la propiedad es colectiva, los derechos de propiedad no pueden servir como protección de los individuos contra la colectividad. Si el derecho de propiedad colectiva es utilizado como fundamento para excluir a los extranjeros, se abre la posibilidad para utilizar la misma noción para justificar la redistribución del ingreso o cualquier otra cosa que decida la mayoría. Nozick sostiene que el territorio de una nación no es propiedad colectiva de sus ciudadanos. Prohibir a las personas entrar en un territorio porque simplemente no nacieron en ese

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 291-296.

²⁸² *Ibidem*, p. 300.

²⁸³ *Ibidem*, p. 306.

²⁸⁴ Cfr. Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, pp. 10-25, 88-119; citado por Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 49, pp. 55-56.

²⁸⁵ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 49, p. 57.

territorio, o porque hayan obtenido de cualquier otro modo las credenciales de ciudadanía, no es parte del mandato legítimo de un Estado.²⁸⁶

Según Carens un acercamiento a la idea utilitarista podría ayudar con el problema de la inmigración. Si bien, el principio fundamental del utilitarismo que es “maximizar la utilidad”, y el compromiso del utilitarismo con la igualdad moral consiste en que cada uno debe contar como uno, y no más que uno, en el cálculo de utilidad. Cualquier aproximación utilitarista dará mayor peso a las razones a favor de las restricciones que cualquier otra. Así, si más inmigración puede perjudicar económicamente a las ciudadanos, desde la perspectiva de cualquier posición utilitarista, esto puede contar como una razón en contra de una política más abierta. Pero puede ocurrir que otros ciudadanos se beneficien de una política más abierta. Y lo que es más importante, los efectos económicos de una mayor inmigración en los no ciudadanos también deberían ser considerados. Si nos centramos exclusivamente en los efectos económicos, la mejor política desde un perspectiva utilitarista sería aquella que maximizara los beneficios económicos agregados.²⁸⁷ Por lo que un criterio de utilidad respecto a la migración es cuestión de a quién o qué beneficia más, y así se determina si una inclusión o exclusión de migrantes es de mayor o menor utilidad.

La mayoría de los países que excluyen a los extranjeros, consideran a los migrantes como los otros que no se merecen un trato igual, o que simplemente no cuentan. Pero no se puede ignorar a los extranjeros sobre la base de que son otros, porque todos somos producto de una cultura liberal. “[L]a justificación general para las fronteras abiertas es que se está más enraizada en los valores fundamentales de nuestras tradiciones.” Ningún argumento moral parecerá aceptable si contraviene la asunción del igual valor moral de todos los individuos. Si se ha de justificar la restricción a la inmigración, tendrá que hacerse con base en argumentos que respeten este principio.²⁸⁸ Las personas viven en comunidades con vínculos y límites, pero estos pueden ser de diferentes formas. En una sociedad liberal, los vínculos y límites deberían ser compatibles con los principios liberales. La inmigración abierta puede cambiar el carácter de la comunidad, pero no deja a la comunidad sin su carácter.²⁸⁹

²⁸⁶ Cfr. Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 284, pp. 244-248; citado por Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 49, p. 58.

²⁸⁷ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 49, p. 69.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 76.

²⁸⁹ Carens, Joseph H., “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders”, *The review of politics*, Nueva York, vol. 49, núm. 2, primavera, Universidad de Notre Dame, 1987, p. 270.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

All animals are equal, but some animals are more equal than others.

(George Orwell, Animal Farm, 1944, X)

I. DE LOS PRINCIPIOS

El principio de los derechos humanos atribuye una posición universal de los seres humanos y sus derechos, con el poder que socava las fronteras de los Estados-nación, así, un Estado se debe constituir bajo los principios de los derechos humanos. Pero desafortunadamente, el principio de soberanía refuerza las fronteras nacionales y crea nuevas que posiciona al Estado muy por encima del sistema universal.

Podríamos encontrarnos bajo una antinomia como afirma Ferrajoli. Evidentemente los derechos universales sí corresponden a todo ser humano, sin embargo, existe una particularidad, la cuál para gozar y disfrutar de ellos, la determinación se hace con la exclusividad de territorialidad. Es decir, un ciudadano puede gozar de los derechos que el Estado le otorga, pero no puede gozar de algunos otros concedidos en otro país diverso al de su nacionalidad. Lo que convierte así, a los derechos universales muy por debajo del Estado-nación.

De acuerdo a Ferrajoli los derechos universales y de ciudadanía están destinados a convertirse en una explosiva con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias, si no se supera, una fuente permanente de peligros rebasará la paz y la credibilidad misma del derecho internacional.

El fundamento de los Derechos Universales reconocidos en la DUDH es que todo ser como miembro de la familia humana debe gozar de los mismos, sin embargo, son negados en múltiples ocasiones por las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que imponen las leyes migratorias.¹

Por otra parte, el “*ius cogens*” es una clase de norma que puede dirigirse a ordenar la conducta de los Estados sólo en aspectos que a ellos directamente le interesan o para ordenar dicha conducta en amparo de valores que interesan principalmente a los seres humanos (protección de su vida, dignidad, del ambiente en que viven, etc.); los principios se consideran que rigen la conducta de los Estados con objeto de preservar los elementos esenciales de estos sujetos y la naturaleza del sistema jurídico que regula sus relaciones directas. Los principios están claramente establecidos como tales en el derecho internacional público, con carácter regional desde la década de 1930 y a nivel general desde la década de 1970; en cambio las reglas de “*ius cogens*”, si bien están establecidas como categoría conceptual en los Convenios de Viena de 1969 y 1986 sobre la forma de celebración de tratados, además no han sido definidos e incluidos en ningún catálogo de derecho positivo en vigor y la propia doctrina discute cuales reglas pertenecen a esta categoría y cuales no.² También puede significar un elemento de distinción la circunstancia de que, mientras las reglas de “*ius cogens*” revisten una significación preponderantemente jurídica, los llamados principios generales del derecho internacional, tienen una clara y determinante incidencia política dentro del Sistema de Derecho Internacional de cada época. Estos principios se ubican dentro de un sistema jurídico de coordinación, cuyos sujetos principales son Estados soberanos que jurídicamente no admiten subordinación impuesta por fuerzas externas a su conjunto, debe tenerse mucho cuidado al establecer su naturaleza y mucha precaución y respeto de la hermenéutica jurídica propia de estos sistemas al identificarlos, caracterizarlos y describir sus efectos en las relaciones internacionales.³ Por tanto, los Principios Generales del Derecho que rigen la conducta de los Estados, son las reglas del “*ius cogens*” internacional como una especial significación jurídica y política respecto al actual sistema jurídico en que se insertan.⁴ Si los principios fueran considerados como normas que se conviertan en una regla del *ius cogens*, entonces estas normas serían vinculantes para los Estados, sin importar la ratificación de los tratados. Primeramente, los principios que rigen las

¹ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 15, julio-diciembre, 2006, p. 119, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

² Jiménez de Aréchaga, Eduardo *et al.*, *Derecho internacional público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 2005, t. I, pp. 439-440.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

relaciones entre los Estados, de acuerdo a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la CNU establece:⁵

- a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, y la seguridad internacionales ni la justicia,
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta,
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta,
- e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos;
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados,
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

Entre algunos de estos principios, de acuerdo al *principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos* significa que, todos los pueblos tienen el derecho de determinarse libremente, su injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la CNU. Además el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de igualdad de derechos de la libre determinación de los pueblos corresponde a los Estados, sin la injerencia de ningún otro poder similar a él.⁶

De acuerdo al *principio de la igualdad soberana de los Estados*, es que todos los Estados gozan de igualdad soberana, que tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:⁷

- a) Los Estados son iguales jurídicamente;
- b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
- c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
- d) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
- e) Cada Estado tiene el derecho de elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
- f) Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.

⁵ Asamblea General de las NU, "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", resolución 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970, p. 130, http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=declarat (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶ *Ibidem*, p. 132.

⁷ *Idem*.

El *principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la CNU*, rige lo siguiente:⁸

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas.

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidas.

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.

1. Principios de igualdad, no discriminación y de la dignidad humana

Los principios que rigen las relaciones entre los Estados son la base para que un debido respeto entre ellos se establezca, y a causa de ello se reconozcan los derechos que se examinan en el derecho internacional de los derechos humanos. Ahora bien, los principios generales de todo ordenamiento jurídico son el resultado de yuxtaponer los principios de igualdad, de no discriminación y el de respeto a la dignidad humana, que juntos forman un complemento fundamental para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

La igualdad jurídica es el objetivo de todo derecho, que todos gocen de las mismas facultades inherentes al ser humano. De acuerdo a Ferrajoli, caracteriza la igualdad jurídica como el derecho a la diferencia, es decir como el principio del igual respeto y valorización de todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como las otras.⁹ Por lo que, si siempre está presente dicho principio es indiscutible que no se respeten las diferencias entre los individuos con la finalidad de ejercer un derecho; es decir, es totalmente incoherente afirmar que la distinción está presente bajo el principio de igualdad. Así mismo, el principio de igualdad es constituido para evitar todo tipo de discriminación la cual es definida, entre algunas de las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación,¹⁰ esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados, que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las

⁸ *Idem.*

⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 133.

¹⁰ Convención sobre Racismo 1965, artículo 1(1); Convención sobre las mujeres 1979, artículo 1; Convención sobre los migrantes 1990, artículo 7; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad 1999, artículo 1(2).

condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.¹¹ La CIDH expresó que:

El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, “que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios”.¹²

Por su parte, el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[...] todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esa declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Los Estados, por tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.¹³ Sin embargo, las normas internacionales sobre derechos humanos requieren que las leyes migratorias sean aplicadas de una manera no discriminatoria, pero acaso un trato distinto no lesiona los derechos humanos. Por lo que, con base en la obligación de los Estados de garantizar y respetar el principio de igualdad y no discriminación la Corte IDH determinó:

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

Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.¹⁴

Algunos teóricos discuten que únicamente se debe considerar el mantenimiento y cambio de reglas pero no la posibilidad de crear excepciones a las reglas. Esto es un principio básico democrático, que las reglas deberían ser las mismas para todos, a diferencia del feudalismo el cual tenía diferentes reglas para los nobles y los plebeyos. En

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/2003, del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A No. 18, párr. 59, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹² *Ibidem*, párr. 26.

¹³ *Ibidem*, párr. 119.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 103 y 104.

las democracias no se supone estar en ninguna clase privilegiada. Las leyes y reglas deberían ser las mismas para todos.¹⁵

Y en lo que respecta, los migrantes jugarían, por decirlo de alguna manera, con “las manos amarradas” según Vitale; además, el hecho de que quienes deciden sobre los títulos para adquirir la ciudadanía sean aquéllos que ya son ciudadanos violaría el principio de igualdad natural entre los individuos: para respetar dicho principio, sería necesario que la decisión llegara como conclusión de un procedimiento idealmente compartido, entre los ciudadanos y los migrantes.¹⁶ Ahora bien, lo importante es determinar bajo que causas se puede considerar que existe discriminación sobre la persona, al respecto lo determina la Convención sobre Racismo de 1965 en su artículo 1 establece que la expresión:¹⁷

[...]“discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

De igual manera, la Convención sobre las Mujeres de 1979, establece que:

[...] la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.¹⁸

La no discriminación y la igualdad jurídica constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del PIDCP establece la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el mencionado Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 del PIDCP todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la

¹⁵ Carens, Joseph H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 68.

¹⁶ Vitale, Ermanno, “Ciudadanía y Migrantes. Un ejercicio analítico”, trad. Pedro Salazar Ugarte, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 248, tomo LVIII, 2007, pp. 97-112, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/248/pr/pr5.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁷ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1989, p. 168, <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁸ Véase Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979).

ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por cualquier motivo.

Sin embargo, se dice que no se determinará discriminación a toda clase de diferenciación en el trato, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud de los Convenios establecidos. En su parte, la Corte IDH estableció que:

[...] no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹⁹

Además, dentro del PIDESC en su artículo 4 estipula que los Estados partes en el Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al mencionado Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Estas múltiples restricciones a veces confunden al Estado con la facultad de actuar al realizar limitaciones irracionales, que condicionan derechos universales con fundamento en la necesidad del ejercicio de otros derechos aún mínimos y de menor importancia. En el caso en particular los Estados tienen una obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos, y dicha obligación tiene un carácter *erga omnes*.²⁰ La obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.²¹ En los Estados democráticos, la igualdad debe ser fundamental para con sus individuos y no únicamente con sus ciudadanos. Puesto que sin igualdad no hay democracia plena, o cuando menos la democracia se ve significativamente mermada.²² Se está de acuerdo, que la igualdad no es simplemente dar a cada quien lo mismo, puesto que algunos

¹⁹ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", Serie A No. 17, párr. 47; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 57, Corte Interamericana de derechos humanos, OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

²⁰ Obligaciones internacionales, obligaciones de un Estado *vis-à-vis* (frente a frente) la comunidad internacional como un todo, que son del interés de todos los Estados, tales obligaciones derivan del Derecho Internacional.

²¹ Corte IDH, *op. cit.*, nota 11, párr. 109.

²² Ibarra Palafox, Francisco, "En busca de la igualdad: minorías etnoculturales y democracia representativa", en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 623-642, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2834> (última consulta: 26 de enero de 2016).

necesitan más de algo y otros no lo necesitan, es el hecho de no negar la forma de subsanar las necesidades por los medios adecuados. Por lo que, las desiguales condiciones sociales de vida de la sociedad capitalista deben ser compensadas por medio de una distribución justa de los bienes colectivos.²³ Y una distribución justa, es dar lo necesario a cada quien de acuerdo a sus necesidades. Más allá de este derecho a la diferencia como afirma Ferrajoli, de la defensa del principio de igualdad y de los derechos fundamentales puestos en defensa del multiculturalismo, se debe aprender a conocer las culturas distintas y superar los prejuicios y el presuntuoso analfabetismo cultural.²⁴

En último lugar, el concepto de dignidad así como el de injusticia a veces son utilizados desmesuradamente, puesto que en ocasiones se tiende a llamar como injusto a todo aquello que consideramos que nos daña por el hecho de no parecernos o disgustarnos; sin embargo, la dignidad humana se ofende cuando no se pueden ejercer o defender los derechos más esenciales de la persona. Algunas características que consideramos parte de nuestra dignidad humana en ciertas ocasiones para algunos suele no importarles y en cambio para otros sí. Es la persona y la dignidad de ésta como absoluto, lo que ordena y da fundamento a todo el orden moral y jurídico. Como bien lo afirmó Kant que en “[...] el reino de los fines todo tiene un *precio* o una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”.²⁵ “La dignidad entonces sería entendida como un valor absoluto e incondicionado, sagrado, y que nu[n]ca admitiría excepciones, sustituciones o gradaciones”.²⁶ Es decir, algo de lo que nadie puede disponer. El término dignidad humana se configura en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ya en el sistema de derecho internacional o regionales. Que sin duda, la dignidad es la base o fundamento de los derechos humanos o de cualquier ordenamiento jurídico, de la justicia y la paz social; además, existe un reconocimiento universal de la existencia de esta dignidad, y hay también una convicción generalizada de que la misma es algo valioso, con un valor inmanente al propio hombre quien la posee.²⁷

²³ Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, trad. Francisco Cortés Rodas, *Daimon Revista de Filosofía*, España, Universidad de Murcia, núm. 15, julio-diciembre, 1997, p. 26, <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9401> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 133.

²⁵ Cfr. Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. al castellano de J., Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999, p. 199; citado por Saldaña Javier, “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente” en Torre Martínez, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 61.

²⁶ Saldaña Javier, “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente” en Torre Martínez, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 61.

²⁷ *Ibidem*, p. 62.

Para argumentar en contra del predominio y su secuela de desigualdades sólo es necesario prestar atención a los bienes en juego y a los entendimientos compartidos en tales bienes.²⁸ El respeto mutuo y el autorrespeto compartido son las fuerzas más poderosas de la igualdad compleja, y son también la fuente de su posible duración.²⁹

2. Principios de equidad, libertad y justicia

El principio de equidad sobrepone la voluntad del individuo por el respeto de las diferencias entre las personas, al dar a cada uno lo que merece. Es claro que bajo el concepto de equidad lleva implícito un principio de igualdad y justicia para el individuo, en donde la distribución de libertades sea proporcional.

El principio de libertad lógicamente debe contemplarse en cada sección del derecho, puesto que el derecho no es sólo regular conductas, sino también dar la condición necesaria para el ejercicio de una libertad, es imposible que un derecho sea considerado como tal, cuando la libertad de su ejercicio sea irrealizable.

John Stuart Mill recopila diferentes catálogos de libertades individuales, determina que tenemos que preservar un ámbito mínimo de libertad personal, si no hemos de degradar o negar nuestra naturaleza. Es por ello que, a veces hay que reducir la libertad de algunos para asegurar la libertad de otros, como afirmaba Isaiah Berlin.³⁰ Puesto que “no podemos ser absolutamente libres y debemos ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto de ella”. Entonces hasta dónde llega el límite para no ofender a la esencia de la naturaleza humana.³¹ Evidentemente, nuestro propio bien no debe perjudicar a otros, sin duda estamos ante una libertad limitada, entonces quién determinará ese límite sin saber cuál es nuestro fin necesario. Pero cuál es ese fin necesario, así la defensa de la libertad consiste en el fin negativo de prevenir la interferencia de los demás.³² No obstante, las circunstancias sociales o el cambio ideológico crean nuevas exceptivas que contradicen a las presuposiciones, de acuerdo a Shklar nos encontramos bajo una injusticia, a la que señalamos bajo la improductividad de nuestro límite de libertad. Entonces quién está facultado para determinar hasta que punto nuestra libertad no afecta a los demás y cuanta

²⁸ Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 329.

²⁹ *Ibidem*, p. 330.

³⁰ Citado por Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, p. 126.; hay traducción en español, Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. Julio Bayón, Madrid, Alianza Universal, 1988, p. 196.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p.197.

es suficiente para cumplir el fin necesario. Puesto que “[...] si hay normas para decidir tales conflictos, éstas están lejos de ser estables una vez que se las ha desafiado.”³³

Ahora bien, bajo las cuestiones de en qué límites nos debemos postular para conservar la libertad y la justicia de todos, el argumento de John Rawls determina que si hay seguridad hay justicia.³⁴ Primeramente, lo consustancial del ser humano es su libertad (incuestionablemente contra ciertos límites), tras esta libertad se tiene la facultad de exigir lo que se corresponde, es decir sobre el elemento de un principio de justicia no se puede soslayar la idea de que al otorgar justicia se debe conservar la seguridad de los demás. En otras palabras, el objetivo de la justicia es otorgar libertad al proteger la seguridad de los demás, sin menospreciar ninguno de los elementos necesarios para su fin, como lo es la libertad y la dignidad.

Pero aquí surge otro dilema, es cierto que las libertades se limitan para asegurar la preservación de otro derecho, entonces, quién es capaz de determinar ¿Cuál es el límite para suprimir estas libertades y a beneficio de quién? Acaso el Estado conoce nuestros objetivos y fines necesarios para determinar en qué límites se pueden realizar; bajo el argumento de la justicia es correcto, ¿Suprimir la libertad de alguien para vivir a costa de ellos? O bajo el argumento de que si hay seguridad hay justicia entre las naciones, ¿Por qué algunos tienen que rechazar el derecho a ser tratados con dignidad y respeto?, Y no exigir su libertad bajo el principio de un justo reconocimiento, ¿Por qué la humillación y la indignación no son considerados como formas coactivas a decisiones oprimidas? Y a esto se refiere al derecho que tienen los inmigrantes a ser tratados con justicia, dignidad, respeto y el derecho a la libertad de sus propias decisiones, las cuales en muchas ocasiones son oprimidas.

La libertad de acuerdo a Marx consiste en “[...] el derecho de hacer y emprender todo lo que no dañe a otro. Pero el derecho humano de la libertad no se basa en la unión del hombre con el hombre, sino, por el contrario, en la separación del hombre respecto al hombre.”³⁵ El derecho humano de la libertad deja de ser un derecho cuando entra en colisión con la vida política, mientras que; con arreglo a la teoría, la vida política sólo es la garantía de los derechos humanos, de los derechos del hombre individual, debe, por tanto, abandonarse tan pronto como contradice a su fin, a estos derechos humanos. Pero la práctica es sólo la excepción, y la teoría la regla.³⁶ Los clásicos derechos de libertad equivalen a otros tantos derechos a la propia identidad y a las propias diferencias también

³³ Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, trad. Alicia García Ruíz, España, Herder, 2010, p. 78.

³⁴ Rawls, John, “La justicia como imparcialidad”, trad. Roberto J. Vernengo, *Cuadernos de Crítica* 32, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1984, pp. 46.

³⁵ Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, España, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009, p. 147.

³⁶ *Ibidem*, p. 151.

culturales. El primer derecho de libertad que se afirmó históricamente fue la libertad de conciencia, dirigida a garantizar la convivencia de culturas y religiones diversas. Por lo que hace a los derechos sociales, equivalen a otros tantos derechos a niveles mínimos de igualdad sustancial, también necesarios para la convivencia civil.³⁷

Los principios bajo los cuales se gobierna una sociedad, según Rawls, de manera equitativa las personas los determinarán tras un “velo de la ignorancia”, sin saber nada acerca de su propia situación personal, donde la imparcialidad determine de que forma la distribución se otorgará. El primer principio garantizará igualdad de libertad para todos y el segundo permitirá desigualdades sociales y económicas, siempre y cuando éstas fueran en beneficio de los menos aventajados.³⁸ Desde el punto de vista práctico las desigualdades sociales siempre causan pesadumbre y con mayor razón cuando se da entre los menos aventajados, pero las desigualdades variablemente podrían causar no un disgusto sino una condición de igualdad y sobre todo cuando la misma se realiza sobre los más aventajados.

Por el contrario, la teoría de una sociedad política basada en derechos naturales y un contrato social impuesta por John Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, nos habla del Estado de la naturaleza en que uno se ve obligado a preservarse a sí mismo y a no destruirse por propia voluntad, también se verá obligado a preservar al resto de la humanidad en la medida en que le sea posible, cuando su propia preservación no se vea amenazada por ello.³⁹ Pero aunque este estado de libertad no se otorgue bajo una autorización válida, la libertad de la que goza el hombre es irrefrenable para disponer de su persona o sus posesiones, pero no es libre de destruirse a sí mismo, ni siquiera a persona alguna en su poder, a menos que lo reclamare algún uso más noble que el de la mera preservación. Cada uno está obligado a preservarse a sí mismo y a no abandonar su puesto por propio albedrío, así pues, por la misma razón, cuando su preservación no está en juego, deberá por todos los medios preservar el resto de la humanidad, y jamás, salvo para ajusticiar a un criminal, arrebatarse o menoscabar la vida ajena, o lo tendente a la preservación de ella, libertad, salud, integridad y bienes.⁴⁰ Finalmente, así como ningún Estado puede restringir la libertad religiosa ya que las diferencias entre los Estados están limitadas por el principio de diferencia internacional. Bajo este argumento, del principio de diferencia se debería otorgar a ciertas libertades entre los Estados, evidentemente bajo el

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, pp. 126-127.

³⁸ Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, p. 60-65, 136-142, 243-248; citado por Carens, Joseph H., “Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas”, trad. Pablo Larrañaga, *Isonomía*, México, núm. 30, abril, 2009, p. 55, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_303.pdf. (última consulta: 26 de enero de 2016).

³⁹ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. Carlos Mellix, España, alianza, 2003, p. 38.

⁴⁰ *Ibidem* pp. 240.

preámbulo de no menoscabar el concepto de soberanía. Indiscutiblemente sobre la libre circulación de las personas entre las fronteras, como ocurre con la libre circulación de bienes y servicios. Así, ¿Qué ocurriría con la libertad de movimiento entre Estados? ¿Sería considerada como una libertad básica en un sistema global de igualdad de libertades, o tendrían los Estados el derecho de limitar la entrada y la salida? Incluso en un mundo ideal las personas pueden tener fuertes razones para desear emigrar a otro país.⁴¹

3. Principios sobre nacionalidad y ciudadanía

Los principios sobre nacionalidad son adoptados en la legislación de cada Estado, los cuales se basan principalmente en la descendencia de una nacionalidad independientemente del lugar de nacimiento (*ius sanguinis*) o del hecho de nacer dentro del territorio de un Estado (*ius soli*). Estas dos técnicas comunes para transmitir la ciudadanía al nacer: *ius soli* (literalmente, derecho de suelo), el cual concede ciudadanía sobre la base del nacimiento en el territorio de un Estado, y el *ius sanguinis* (literalmente, derecho de sangre), el cual concede ciudadanía sobre la base de descendientes de parientes ciudadanos, son lo que generalmente se les conoce como vínculo hacia la comunidad a pertenecer.⁴²

Un asunto notable respecto a la nacionalidad fue el Caso Nottebohm (1955), se refiere a una decisión de la CIJ, donde se determinaron los criterios por el cual el Estado de Guatemala pudo rechazar válidamente la nacionalidad de un ciudadano del Principado de Liechtenstein, éste reclamaba la restitución e indemnización alegando que el Estado de Guatemala había actuado contra Friedrich Nottebohm ciudadano de Liechtenstein, de manera contraria al derecho internacional, el cual había conservado como domicilio fijo en el Estado de Guatemala por casi cuarenta y cinco años.⁴³ El fundamento a considerar por parte de la Corte fue un “vínculo de lealtad”, lo que hace determinante para el respeto de una nacionalidad. Además este juicio presenta el principio de nacionalidad efectiva en términos de los vínculos entre la vida de la persona interesada y la población o comunidad de un Estado y de un apego a un hecho social.⁴⁴

⁴¹ Carens, Joseph H., “Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas”, trad. Pablo Larrañaga, Isonomía, México, núm. 30, abril, 2009, p. 563, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_303.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴² Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 15, p. 32.

⁴³ Véase Caso Nottebohm (segunda fase) fallo 06 de abril de 1955, *reports* 1955, p. 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> también en http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/ST-LEG-SER-F-1_S.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁴ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª edic., New York, Oxford University Press, 2003, p. 404.

A. *Ius sanguinis* y *Ius soli*

La ciudadanía múltiple puede ser adquirida por el nacimiento (cuando los padres son de distintas nacionalidades o a través de la combinación entre el *Ius soli* y el *Ius sanguinis*) o por naturalización (si el Estado de origen no remueve la ciudadanía a aquéllos que se naturalizan, y si el Estado receptor no exige renunciar a una ciudadanía anterior). La doble ciudadanía es una herramienta propicia para las prácticas transnacionales. El beneficio más importante para los migrantes es que les otorga un derecho incondicional de entrada tanto a su país de origen como al de recepción. Usualmente este derecho se combina con el derecho a la reagrupación familiar, elimina las restricciones legales al libre movimiento dentro de las redes familiares transnacionales.⁴⁵

Según Henkin el conceder la nacionalidad por virtud de nacimiento indiferente del lugar donde las personas viven — ambos en relación al *Ius soli* y al *Ius sanguinis* es un fenómeno considerable. Estima que es tiempo de reconsiderar que nacer en un Estado determinado sea la base para una nacionalidad en casos donde el nacimiento es diverso del lugar de residencia, así como tampoco la indicación de un voluntario “contrato social” que se comprometa a pertenecer a una sociedad. El *Ius sanguinis* puede ser aún menos racional, puesto que el Estado y la nacionalidad de los padres no es igual que el lugar de nacimiento del individuo, esta base es aún menos satisfactoria, ya que la residencia u otros vínculos sugieren un compromiso mutuo, independientemente del lugar de nacimiento.⁴⁶ Este patrón es muy dado en los casos de adquirir la ciudadanía por naturalización, ya que las personas que cuentan con la virtud de adquirir otra ciudadanía la obtienen sin el principal vínculo que debería considerarse la base, como es el caso de una residencia y del compromiso de pertenecer a una sociedad y contribuir a ella. Puesto que algunos argumentan que la doble ciudadanía es una doble seguridad para el individuo, sin embargo seguridad que a veces deberían compartir.

Dentro de la Constitución de los EUA y sus adheridas enmiendas se contemplan las dos técnicas que conceden la ciudadanía en aquel Estado, al respecto son el *Ius soli* y *Ius sanguinis*, prácticamente así lo estipula la XIV enmienda de la Constitución de aquel país:

⁴⁵ Bauböck, Rainer, “Hacia una teoría política del transnacionalismo de los emigrantes”, en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 201.

⁴⁶ Cfr. Louis Henkin, *International Law: Politics and Values*, Boston, Brill Academic Pub, 1995, p. 20; citado por Zilbershats, Yaffa, “Reconsidering the Concept of Citizenship”, *Texas International Law Review*, Texas, vol. 36, núm. 4, verano, Universidad de Texas Escuela de Derecho, 2001, p. 721, <http://www.tilj.org/content/journal/36/num4/Zilbershats689.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Enmienda XIV (julio 9, 1868) 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.⁴⁷

B. ¿*Ius migrandi*?

¿Existe o no, un derecho a migrar? Habitualmente no, sin embargo, que se ejecuta la migración evidentemente sí. Sin embargo, la DUDH en su artículo plasma ese derecho en el que prácticamente el derecho a emigrar es facultativo pero no lleva una simetría con el derecho a inmigrar. Así el artículo 13 de la DUDH manifiesta que “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”⁴⁸ Sin duda, el derecho a migrar es una facultad de toda persona, no obstante, este derecho no es perteneciente a toda la comunidad en general, la mayoría de dicha facultad se ejerce libremente únicamente dentro del territorio de un Estado y no entre las fronteras de diversos Estados, puesto que las restricciones y limitaciones a esta libertad prohíben su pleno ejercicio.

Conforme a Ermanno Vitale expone el derecho a migrar como facultad de cada uno de los individuos de atravesar las fronteras de los Estados y de elegir libremente su residencia, temporal o definitiva, en aquellas que Bobbio ha definido como “la edad de los derechos”.⁴⁹ El derecho a migrar ocupa un puesto marginal y, no obstante, tiene una protección parcial y ambigua en la lista de los derechos fundamentales reconocidos en la expresión positiva del constitucionalismo moderno. La cuestión del derecho a migrar, de nueva cuenta y por muchas razones, debe afrontarse cuestionando la titularidad del mismo por parte de cada individuo; mientras que para todos los otros derechos de libertad la discusión gira hoy, en la mayoría de los casos, en torno al problema de las condiciones de ejercicio real de tales derechos (de sus garantías primarias y secundarias y de su efectivo disfrute).⁵⁰ Es decir, actualmente el criterio para determinar la titularidad de estos derechos es arbitrariamente, puesto que individualmente se determina quien es apto para

⁴⁷ Decimocuarta Enmienda a la Constitución Política de los EUA, <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁸ Véase Asamblea General de las NU, DUDH, <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴⁹ Vitale, Ermanno, “Derecho a migrar: ¿el cumplimiento de la edad de los derechos?”, trad. Pamela Rodríguez Padilla, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 253, tomo LX, 2010, p. 47, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/253/pr/pr4.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁰ *Ibidem*, p. 48.

ejercer ese derecho (como es el caso de solicitar una visa de entrada en cierto país), entonces, esto no es una igualdad de derecho y mucho menos imparcialidad, sino la breve determinación de conceder quien es apto para gozar de tal virtud y no de otorgar una libertad como cualquier otro derecho de libertad. En el pensamiento liberal y constitucionalista contemporáneo el tema del derecho a migrar suele evadirse, sin embargo, como afirma Vitale en la tradición marxista *lato sensu* aparece desarrollada ideológicamente e instrumentalmente “(los migrantes como factores de transformación revolucionaria del mundo)”.⁵¹ Evidentemente, el momento de alteración global ha hecho más fácil el hecho de migrar y el hecho además de querer hacerlo, muy a pesar de la falta de ese reconocimiento parcial como derecho autónomo de cada individuo. A la falta de este reconocimiento parcial existen muchas cuestiones, a pesar de ser considerado como un derecho aparentemente nuevo, la exigencia de un reconocimiento y protección se debe a la gran extensión de este fenómeno migratorio que se sigue dando. La cuestión es si éste es un derecho originario de la persona, en el sentido de que el mismo debe pertenecer a alguna clase de derechos en particular, pero ha sido sofocado por las otras libertades, ¿Estos derechos son considerados necesarios para la finalidad del ser humano, la de subsistir y desarrollarse, ó sofocados por los otros derechos de la persona y del ciudadano? o con mayor precisión ¿Por la interpretación a los mismos que han prevalecido histórica y jurídicamente? ¿Acaso se trata de un derecho que todavía debemos explorar y construir bajo el perfil teórico y jurídico?⁵²

Según Vitale el derecho a migrar surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación, entendido como derecho de la persona y no del ciudadano. Considerado como un derecho primordial, seguido sólo por el derecho a la vida, el cual está estrechamente vinculado cuando se entiende como vida digna de ser vivida y no como simple supervivencia. Es la expresión máxima de la libertad personal. De hecho, la posibilidad de elegir el lugar en el que se quiere vivir es la primera condición para buscar la felicidad; de acuerdo a Kant, “[...] para intentar desarrollar los talentos propios y realizar las legítimas ambiciones de cada quien.”⁵³ El derecho a migrar es una derecho de libertad y que por tanto para obtener su garantía y realización práctica, sólo tendrá lugar sí y sólo si, cuando la edad de los derechos alcance su plenitud. “El derecho a migrar significará que todos los derechos fundamentales se han reconocido efectivamente a todos y que finalmente los habitantes del planeta serán capaces de actuar colectivamente para

⁵¹ *Idem.*

Nota: *lato sensu* (en sentido amplio).

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem*, p. 55.

construir un mundo más civilizado y humano.”⁵⁴ En dicho sentido este derecho será un derecho final; considerado como una utopía y que por el momento es difícil proponer.

Por otra parte, devienen otras cuestiones sobre la titularidad de este derecho, existen argumentos que sostienen que no sólo el adulto tiene la personalidad para ser titular del derecho a migrar, sino también los niños. Pero, esta cuestión queda por verse si se tiene la capacidad jurídica para ejercerlo por sí mismo o si carece de esa “capacidad para actuar” y necesita que otros (por ejemplo, sus padres o tutores) lo ejerzan por él.⁵⁵ A la hora de resolver el caso “*Plyler versus Doe*”,⁵⁶ en el seno de la Corte Suprema de los EUA surgió una discusión sobre los derechos de los niños y su condición de “víctimas inocentes” de la entrada irregular al país. El juez Powell sostuvo que los niños eran las principales víctimas de la legislación discriminatoria ya que, si bien ellos habían ingresado irregularmente a los EUA, habían sido traídos por sus padres.⁵⁷ En la misma línea, el juez Brennan en “*Trimble versus Gordon*” sostuvo que “[...] los niños no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status [...] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia.”⁵⁸ Entonces esto puso en debate sobre si los niños tienen la capacidad para migrar por sí mismos o son “migrados” por decisión de sus padres. Uno de los argumentos más fuertes que se encuentra en contra de esta discusión, de si los niños son o no migrantes, es el elemento fáctico, es decir el hecho es que ya fueron víctimas inocentes de entrar irregularmente en ese país, entonces ahora lo que queda por hacer es ver cómo ayudar a esas víctimas, ya no tanto de llamarlos víctimas de una injusticia sino de la ignorancia. Según un informe de la CIDH sobre inmigración en los EUA, sólo este país recibe anualmente aproximadamente 90,000 niñas y niños no acompañados.⁵⁹ Este dato puede dar evidencia que hay algunos niños, que por sí mismos toman la decisión de cruzar la frontera en busca de un futuro más promisorio, sin embargo es muy cuestionable, el hecho de que niños puedan tomar decisiones de gran relevancia en sus vidas. Posiblemente en los tiempos de la Corte en la cual ejercía su cargo el juez Brennan, los niños podían migrar al seguir a sus padres, pero en nuestros

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 62-63.

⁵⁵ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 41.

⁵⁶ Goldar, Fernando y Heffes, Ezequiel, “Niños, migrantes e iguales en el Sistema Interamericano”, Congreso de derecho público. Democracia y Derechos, Universidad de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-fernando-goldar-y-ezequiel-heffes.pdf> (última consulta: 24 de enero de 2016); también véase 457 U.S. 202 (1982).

⁵⁷ Véase Fiss “El inmigrante como paria” en Una comunidad de iguales, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002, p. 31; Goldar, Fernando y Heffes, Ezequiel, *op. cit.*, nota 56.

⁵⁸ Véase 430 U.S. 762,770; Goldar, Fernando y Heffes, Ezequiel, *op. cit.*, nota 56.

⁵⁹ Véase CIDH, “Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detención y debido proceso”, OEA/Ser.LV/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 372, <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

días el panorama es muy diferente: miles y miles de niños dejan atrás sus casas, sus familias y hasta sus costumbres cuando deciden emigrar. Ciertamente es imposible negar que, ante esta abrumadora cifra, son los niños los que toman esa decisión tan dura (obligados generalmente por las condiciones sociales y económicas del país en donde se encuentran), y ejercen por sí mismos el derecho a migrar.⁶⁰ Entonces, aquí el panorama cambia, los menores pasan de ser víctimas de una injusticia por ser llevados a otro lugar dejando todo, ahora son víctimas de la ignorancia por desconocer plenamente la falta ya sea social o administrativa que cometen si es visto del lado de las políticas migratorias, sin embargo, ellos lo consideran justo y necesario, entonces se convierte en una víctima, no de los otros, sino de sus “propias pasiones desordenadas”.⁶¹

Bajo el individualismo ético que afirma Vitale es que cada individuo es el titular de los derechos fundamentales y la idea de que las libertades y oportunidades deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna. Este individualismo es la base primordial de todo derecho de libertad, en la que “los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen; más aún, los grupos valen sólo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las componen, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas”.⁶² Es decir, el pertenecer a una ciudadanía no te da valor como ser humano sino el valor de una comunidad es el individuo por sí mismo, independientemente de la cultura o etnia a la que se corresponde, ésta es una característica extra de la persona. En este sentido, “la mejor defensa de las minorías culturales o de los migrantes es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo en tanto agente moral y sujeto de derechos fundamentales”.⁶³ Los derechos universalmente conocidos pertenecen a todo ser humano, son inalienables e intransigibles. Y el *ius migrandi* debe considerarse como tal, el derecho de toda persona a la migración como una extensión del derecho a la libre circulación, no reservada y exclusiva para los ciudadanos. Para Vitale la única clase de ciudadanía compatible con el *ius migrandi*, no es la que se obtiene por la sangre o por el nacimiento, que no es sino un accidente natural, mucho menos por la pertenencia a una etnia o a una religión determinada, sino más bien por la clase de ciudadanía que corresponde a una sociedad

⁶⁰ Goldar, Fernando y Heffes, Ezequiel, *op. cit.*, nota 56.

⁶¹ Véase Shklar, Judith, *op. cit.*, nota 33, pp. 200.

⁶² Vazquez, Rodolfo, “Migración, ciudadanía y fronteras. Comentarios a Ermanno Vitale”, *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 29, octubre, 2008, p. 198, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/migracion-ciudadania-y-fronteras-comentarios-a-ermanno-vitale--0/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶³ *Idem*.

civil ilustrada, la individualista y artificial, como es la que se obtiene, por ejemplo, por el sólo hecho de la residencia.⁶⁴

II. DE LOS DERECHOS

1. *Derecho a la no discriminación*

Si bien la mayoría de los derechos exigen un ejercicio, ahora la práctica del derecho a la no discriminación, no es de sólo actuar sino de abstenerse de realizar una acción que menoscabe la dignidad de las personas por el sólo hecho de establecer algunas diferencias que impidan ejercitar un derecho de libertad. “La no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles.”⁶⁵ La acción de discriminar puede formular los siguientes elementos:

Discriminar tiene cuatro significados que pueden ser provechosamente diferenciados:
Transitivo: distinguir o diferenciar o establecer una diferencia entre personas o cosas.
Transitivo: percibir, darse cuenta o distinguir, con la mente o los sentidos, de las diferencias entre cosas.

Establecer una distinción o diferencia.

Hacer una distinción adversa respecto a algo o alguien.⁶⁶

Según Jesús Rodríguez Zepeda, “[...] la discriminación es una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.”⁶⁷

El hecho de discriminar no ocupa solamente realizar actos por las personas, sino de los actos mismos del Estado, como es el caso de leyes o la inacción de las mismas al evitarse cumplir. Los Estados tienen el compromiso y la obligación con su comunidad, sin embargo, en ocasiones la diferencia entre las personas de la misma comunidad es considerarla desigual, como es el caso de los migrantes. Si bien el principio de igualdad manifiesta que todas las personas son iguales ante la ley sin distinción alguna de

⁶⁴ *Ibidem*, p.199.

⁶⁵ Rodríguez Zepeda, Jesús, “Una idea teórica de la no discriminación”, en Torre Martínez, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 43-44.

⁶⁶ Cfr. Gross, Barry, *Discrimination in Reverse, Is Turnabout Fair Play?*, Nueva York, New York University Press, 1978, p. 7; citado por Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 65, p. 39.

⁶⁷ Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 65, p. 43.

cualquier tipo. Por otra parte, la justificación de los Estados al manifestar que las diferencias son justificadas, es que el principio típico, de que las cosas iguales han de ser tratadas igualmente y cosas diferentes de manera diferente. Algunas cuestiones en general es el hecho de obtener una ciudadanía en la que los requisitos a la par de ser factibles parecerían que su único propósito es desalentar a las personas para ejercer un derecho, es tal la cuestión de que uno de los requisitos es llevar un registro de buena conducta además, de la ausencia de registros criminales. Ello podría conducir a la invitación de un abuso discrecional. Acaso si es considerado un derecho, el mismo también podría ser suspendido para los que ya lo ejercieron, es decir, quitarles la ciudadanía a los que ya la obtuvieron por el hecho de contar con un perverso registro de antecedentes criminales. Entonces aquí ya entran otras cuestiones, si el derecho a una ciudadanía es facultativo o privilegiado, así bajo este argumento, es definir quien merece tal derecho, si el migrante que ha vivido en las sombras de un Estado o el ciudadano que indudablemente su conducta no es de premiarse. Además, algunos Estados requieren pruebas de cierto nivel de ingresos o la falta de dependencia de asistencia social para poder empezar a ser considerado siquiera residente legal, y posteriormente, si pasas su autorización otorgarles una ciudadanía. Esto es una forma de discriminación contra los pobres. Si las personas son autorizadas para alguna de las formas de asistencia social, no deberían ser penalizados políticamente por tomar ventaja de ello. Así, la situación de ciudadanía no debe ser condicionada sobre el dinero y mucho menos del cualquier tipo de estatus.⁶⁸

2. Derecho a la residencia

El derecho a la residencia está concedido por la DUDH en su artículo 13 el cual toda “[...] persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”⁶⁹ La proporcionalidad de este artículo concede el hecho de migrar y evidentemente tan sólo el hecho de moverse sugiere la necesidad de establecerse en algún lugar determinado. El hecho de residir en un lugar conlleva obligaciones y derechos como parte integrante del territorio de un determinado Estado, entonces los derechos deben ser concedidos primeramente por no limitar el principal derecho a desarrollarse y posteriormente el de residir para poder lograr el primero.

Cada Estado tiene sus limitaciones y requisitos para otorgar el derecho a la residencia, los criterios de admisibilidad tienen varios fundamentos para determinar la aptitud del que

⁶⁸ Carens, Joseph H., *op. cit.*, nota 15, p. 55.

⁶⁹ Véase Asamblea General de las NU, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

será residente, los cuales evidentemente están fuera del principio de igualdad jurídica. Sin duda, a la larga la serie de requisitos establecidos determinan la personalidad de la persona y estos llevan a tomar la determinación del Estado para considerarlo como futuro residente legal en su territorio, sin embargo, si se supone que todos los individuos son seres iguales, cuál es la utilidad de los requisitos, si tan sólo determinan la identidad del individuo como un criterio más para justificar la exclusión del individuo diferenciándolo de los demás.

“El principio de residencia (*ius residenci*) permite que la separación entre ciudadanos y todos aquellos grupos de inmigrantes que han sido objeto de exclusión y que fueron considerados por largo tiempo como extranjeros sea, si no suprimida, cuando menos debilitada.”⁷⁰ Esta separación primeramente se ha convertido por un inmigrante rechazado al pasar a ser un residente en prueba por el Estado y posteriormente después de un largo tiempo hasta que el Estado ha decidido otorgar una ciudadanía formal, son una clase de derechos que poco a poco se extienden hasta que el Estado decida suprimir los disparatados requisitos.

La regla de residencia, en cambio, reconocerá como ciudadano a todo aquel que se ha establecido para vivir en el territorio de un Estado o hubiese vivido ahí por un cierto tiempo, y aplicaría principalmente para los inmigrantes. Mientras la regla del *ius soli* o *ius sanguinis* asignan la ciudadanía desde el inicio de la vida de la persona y está orientada hacia el pasado, la regla de la residencia puede ser vista como orientada hacia el futuro e implica un acto de voluntad de aquellas personas que han decidido trasladarse a un país diferente al de su nacimiento y en el que deciden establecerse.⁷¹

Dicho precepto, lleva a un propósito primordial para aquéllos que deciden trasladarse de un país a otro, el de adquirir una ciudadanía. Para adquirir una nueva ciudadanía el principal requisito es residir un determinado tiempo en el territorio de un Estado, es evidente que un derecho te lleva a otro más eminente. Pero primeramente, para obtener el primer derecho más desacreditado pero indispensable en ocasiones se comienza por la clandestinidad, lo que podría hacer ver al Estado como cómplice. Este tipo de complicidad es donde el Estado le conviene ignorar el origen del problema, como es el caso de algunas amnistías otorgadas por los Estados hacia los migrantes y concederles una ciudadanía.

La regla maestra de la ciudadanía debe ser siempre una regla de transmisión automática (*ius soli* o *ius sanguinis*) de una generación a la siguiente. Una regla de modificación debe ser el principio de residencia (*ius residenci*) que normará lo que se podría llamar admisión

⁷⁰ Ibarra Palafox, Francisco, “Constitucionalismo y ciudadanía frente al desafío multicultural”, en Astudillo, Cesar y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 677-678, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3455/28.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁷¹ Cfr. Bauböck, Rainer, *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing Limited, 1994, p. 32; citado por Ibarra Palafox, Francisco, *op. cit.*, nota 70, p. 660.

secundaria, es decir, un cambio de la ciudadanía para aquellos inmigrantes irregulares o no que así lo quieran y que además hubiesen residido permanentemente en el Estado receptor.⁷²

Sin duda la transmisibilidad de derechos tiene su limitante, el otorgar una ciudadanía hasta cierto margen de personas, esta clase de distinción entre cierto rango de personas de acuerdo a su posición familiar es exclusiva. Entonces de un principio a otro ya sea *ius soli*, *ius sanguinis* o *ius residenci* la ciudadanía puede ser obtenida bajo ciertos límites y requisitos, sin embargo, estos principios no resuelven el problema de toda la migración, sino el hecho de considerar sólo a unos cuantos bajo criterios de exclusividad.

Es importante señalar que la combinación del *ius soli* y del *ius sanguinis*, con el principio de residencia o *ius residenci*, no excluye completamente las irregularidades provenientes de la existencia de personas sin ciudadanía o con múltiples ciudadanía. Sin embargo, puede reducir de manera importante los problemas que surgen de la grave situación en la que se encuentran muchos de los trabajadores documentados o no, así como de los refugiados, ya que éstos al acreditar una residencia mínima en el país receptor, bien podrían ser reconocidos como ciudadanos.⁷³

3. Derecho al libre tránsito y la circulación

El Estado se muestra flexible para el libre flujo de bienes y mercancías, pero es inclemente cuando se trata de admitir nuevas personas en su territorio por fuera de las necesidades del mercado laboral. En este último caso el migrante económico es admitido en tanto la fuerza laboral que incorpora pueda satisfacer las exigencias del sistema productivo y, por ello, sólo puede circular en un mundo global como mano de obra o como mercancía. En cualquiera de los casos, estaríamos en un mundo sin fronteras para la libre circulación del capital y sus mercancías, pero no para la libertad de movimiento de las personas y sus proyectos de vida. La búsqueda de un nuevo modelo de pertenencia puede convertirse en el vehículo que permita dar respuesta a las necesidades y reclamos para la libre circulación de las personas.⁷⁴

Nuevamente se reafirma el razonable argumento de la DUDH en su artículo 13 donde “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, sin embargo, la exclusividad de este derecho no es viable. Pero si es viable que los Estados respeten tratados comerciales y no el respeto por tratados humanitarios como lo es la ambivalencia entre el TLC y la DUDH. El reconocimiento de un derecho de tránsito, el cual se incorporaría a la *ciudadanía migrante*, de acuerdo a Ibarra Palafox

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, “Ciudadanía más allá del Estado-nación: pertenencia y derechos en un mundo global”, en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 109.

tiene su origen en un derecho no territorializado o “transnacional”, ya que la libertad de tránsito no se puede considerar un derecho estrictamente estatal a riesgo de crear una ficción jurídica que es insostenible ante la realidad socioeconómica impuesta por los flujos migratorios. Mientras la existencia de Estados nacionales siga su curso, el derecho de tránsito será un derecho delimitado en gran medida por las fronteras estatales; sin embargo, semejante derecho debe abrirse para permitir que también sea concebido como un derecho de origen transnacional, debido a que es un derecho inherente al migrante que es obligado a abandonar su país natal por razones económicas o políticas.⁷⁵ El derecho de tránsito es viable dentro de las fronteras de un Estado, no obstante, no es permitido a través de las fronteras de los Estados. A veces, el mismo argumento que se tiene para circular libremente entre un Estado es el mismo que se tiene para moverse entre fronteras nacionales; las razones políticas, sociales o económicas son las mismas dentro o fuera de las fronteras.

4. Derecho al asilo y refugio

En materia de derecho internacional el derecho al asilo y refugio se manifiestan en la Convención de Ginebra de 1951, que es el mandato principal del ACNUR, el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados 1967, la Declaración de Asilo territorial y la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Los principios básicos que dieron inicio a estos instrumentos son los concernientes en la DUDH en su artículo 14, el cual declara que:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país,
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas[.]

Así como el artículo 13 de la DUDH párrafo 2, plasma que “[t]oda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.” El derecho a salir de cualquier país puede contemplar el hecho de una consecuencia de persecución en donde el propósito es buscar un refugio. El asilo, el refugio y la extradición son institutos estrechamente vinculados a la nacionalidad y a la situación de los extranjeros que viven en un país que no es el de su nacionalidad. Si el derecho internacional público no se ocupara del asilo y la extradición, no se afectarían en absoluto las esencias de los conceptos de nacionalidad y de extranjería, ni se alterarían en forma desequilibrante las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan para la vida internacional y las relaciones

⁷⁵ Ibarra Palafox, Francisco, *op. cit.*, nota 70, p. 680-681.

internas. En cambio, si se eliminara del derecho internacional la extradición, se vería afectada seriamente la cooperación jurídica internacional para combatir la delincuencia; y si se prescindiera del asilo y del refugio se perderían instrumentos importantísimos para evitar la comisión de delitos o actos crueles desde las posiciones políticas del poder constituido en los Estados y se menoscabaría la cooperación para lograr el amparo internacional de los derechos humanos fundamentales.⁷⁶ Ambas expresiones y en todas sus modalidades tienen en común el constituir amparos a la vida, integridad, libertad, seguridad y otros derechos fundamentales, básicos directos, tales como no ser sometidos a torturas u otros tratos denigrantes, de personas que, en el territorio de un Estado de su nacionalidad o residencia permanente, son perseguidos por razones políticas, religiosas, raciales, de nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social, ya sea por las propias autoridades estatales que deben garantizar sus derechos, lo que constituye la situación más grave, o por fuerzas irregulares fuera de control de las autoridades de gobierno, cuando el Estado se encuentra desestructurado o está en camino de serlo.⁷⁷ La referencia al asilo en la terminología latinoamericana, tradicionalmente se hacía en relación a quienes son perseguidos en su país, por razones políticas y que corrían el riesgo inminente en los derechos amparados, lo que hacía urgente su protección y ésta era encontrada en una misión diplomática o en la residencia de un Jefe de Misión (asilo diplomático), en un campamento, un buque o una aeronave militar de un Estado extranjero situada en el territorio del Estado dónde ocurría la persecución (asilo político); pero por extensión se hablaba también de asilo territorial (llamado también refugio) cuando el amparo se solicitaba al Estado aislante donde el pretendido asilado ya radicaba en él. Por su parte la terminología universal (por oposición a la Iberoamericana y de Haití) llama asilo territorial a la situación en que se encuentra el desplazado de un territorio por las mismas razones expuestas anteriormente, pero también por crisis social, desestructura institucional u otros similares (refugiados del ACNUR) una vez que han ingresado en el Estado de amparo y obtenido la autorización de permanecer. Por su parte la doctrina latinoamericana, llama refugio al asilo territorial y la práctica universal reserva la expresión refugiado para los desplazados que han superado su situación y se encuentran bajo el amparo del ACNUR o de un Estado.⁷⁸

El punto de partida para considerar el asilo en Europa es dado por la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, que se han incorporado al Derecho de la UE por medio de la Directiva sobre requisitos para el

⁷⁶ Jiménez de Aréchaga, Eduardo *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 400.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 403.

⁷⁸ Jiménez De Aréchaga, Eduardo *et al.*, *Derecho internacional público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 2005, t. II, p. 403.

reconocimiento (2011/95/UE). La Convención de Ginebra de 1951 es el tratado especializado en los derechos de los refugiados. El principio de no devolución es la piedra angular de la protección de los refugiados. Esto significa que los refugiados no deberían ser devueltos a un país donde temen ser objeto de persecución.⁷⁹ De acuerdo a esta Convención, el principal mandato del ACNUR es garantizar la protección internacional de aproximadamente 46 millones de personas desarraigadas y apátridas en el mundo. El ACNUR promociona los acuerdos internacionales sobre los refugiados, colabora con los Estados en el establecimiento de estructuras de asilo y actúa en calidad de observador internacional en relación a los asuntos relacionados con el derecho de asilo y refugio.⁸⁰ Los sistemas nacionales de asilo existen para determinar si las personas que solicitan asilo merecen protección internacional. A través de diversos procedimientos, se determina si los solicitantes de asilo califican para el estatuto de refugiado o alguna otra forma de protección internacional. Los que no califiquen pueden ser devueltos a los respectivos países de origen.⁸¹

Sin embargo, a pesar de las múltiples alianzas entre Estados el derecho de asilo es según Vitale “[...] un derecho que no es derecho, porque es una concesión que depende de la verificación unilateral, por parte del Estado huésped, de la vigencia de la condición de perseguido político”, así, es el espejo de las dificultades propias de una perspectiva teórica que concibe el traspaso de las fronteras como una fuga necesaria y no como una elección basada en la titularidad —en cuanto personas y no en tanto ciudadanos— del derecho de libre circulación y residencia, y de la posibilidad de ejercerlo, al menos en principio, como mera expresión de la propia autonomía individual.⁸² Así que, para que un derecho sea considerado como tal, qué perspectiva debe tomarse, la de una necesidad o la de una facultad; un derecho es un derecho porque ejerce libertad, sin embargo, muy a pesar de ello, todos los derechos tienen límites en su ejercicio y no son ilimitados.

Si los refugiados han vivido por muchos años en un territorio, entonces hay espacio para concederles la nacionalidad, con base en que por varios años han permanecido a tal sociedad, han contribuido a la economía, han pagado impuestos y además han desarrollado su vida y las de sus familias dentro de ese Estado. Por el contrario, si se les

⁷⁹ Con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, el significado del principio de no devolución va más allá del artículo 33(1), de la Convención de Ginebra de 1951, pues las obligaciones de no devolución derivan también del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como del Derecho internacional general. Véase ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, 2007.

⁸⁰ ACNUR, “Una red de seguridad”, <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁸¹ ACNUR, “Solicitantes de asilo”, <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁸² Vitale, Ermanno, *op. cit.*, nota 49, p. 56.

concede una nueva ciudadanía, ¿Por qué obligarlos a perder su nacionalidad, a jurar respeto por otra y obtener una nueva? ¿Por qué no dejarlos tener un doble privilegio y asegurarse en caso de perder una?

Finalmente, instituciones u organismos internacionales que tienen el deber moral y el compromiso de ayudar a los más vulnerables, en ocasiones podrían convertirse en una cadena para traspasar obligaciones, en donde el poder de cumplirlas se vuelve en poderío supremo fuera de control bajo otros intereses. En ocasiones se sabe a quien se puede recurrir pero no en quien confiar, tantas organizaciones con el mismo fin, el de patrocinar los derechos universales. Entonces a la luz de tantos insultos a la humanidad el valor de confiar se ha perdido, ejemplo claro, lo sucedido sobre el caso de Bosnia y Herzegovina donde autoridades encargadas de proteger a las personas más vulnerables se hallaban involucradas en el tráfico y trata de personas. Así, funcionarios de las NU, agentes de policía para el deber en Bosnia se encontraron involucrados en el tráfico sexual y el pago por prostitutas, de acuerdo a un informe presentado por ex trabajador de las NU.⁸³

5. Derechos civiles y políticos

Los derechos civiles y políticos son los que persiguen la protección de los seres humanos contra los abusos de autoridad del gobierno en aspectos relativos a la integridad personal, a cualquier ámbito de la libertad y a la existencia de la legalidad y garantías específicas en procedimientos administrativos y judiciales.⁸⁴

El elemento civil que constituye a una ciudadanía está compuesto por los derechos necesarios para la libertad individual de la persona, libertad de palabra, pensamiento y fe, derecho a poseer propiedad y concluir contratos válidos, y el derecho a la justicia. Esto demuestra que las instituciones más directamente asociadas con los derechos civiles son los tribunales de justicia.⁸⁵ En el campo económico, el derecho civil básico es el derecho al trabajo, es decir, el derecho a seguir la ocupación que se desea en el lugar que se ha elegido, sujeto sólo a las legítimas demandas de enseñanza técnica preliminar.⁸⁶ El

⁸³ Véase para una mejor ilustración la filmación "The Whistleblower" (también conocida como La verdad oculta y Secretos peligrosos) película de 2010 dirigida por Larysa Kondracki; también véase *Bolkovac, Kathryn y Lynn, Cari, The Whistleblower: Sex Trafficking, Military Contractors, and One Woman's Fight for Justice*, St. Martin's Press, 2011, pp. 256.

⁸⁴ PIDESC y su Protocolo Facultativo, *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, 2012, p. 6, <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/cartillas/7%20cartilla%20pacto%20internacional%20der%20económicos%20sociales%20culturales.pdf> (última consulta: 30 de agosto de 2015).

⁸⁵ Marshall, T. H. y Bottmore, Tom, *Ciudadanía y Clase social*, trad. Antonio Bonanno, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 21.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

elemento político según Marshall se refiere al derecho a participar en el ejercicio del poder político, como miembro de un organismo dotado de autoridad política o como elector de los miembros de tal organismo.⁸⁷ Los derechos civiles y políticos preservan los derechos de los ciudadanos y sus relaciones con los demás. En el fondo la exclusividad de derechos es única y directamente hacia ciudadanos de determinada nacionalidad, puesto que el derecho que los regula es determinado de acuerdo al territorio donde se establecen. 1) Esta clase de derechos son meramente necesarios e indispensables en cualquier ser humano, y la exclusividad no es de mucha ayuda cuando los mismos son otorgados a cierta población. 2) Si el interés de estos derechos es preservar el patrimonio y una situación personal del individuo, entonces ellos deben reconocerse a todos por igual, y no depender de la integridad a una nacionalidad determinada.

6. Derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales se consideran derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna.⁸⁸ “Los derechos socioeconómicos son también prerrequisito para que las personas accedan a las libertades y derechos fundamentales, ya que no sería posible acceder a estos si no se cuenta, por ejemplo: con un salario que garantice la alimentación y asistencia médica suficientes.”⁸⁹ Además, el derecho a un libre desarrollo entre una sociedad y sobre todo el ejercicio de su cultura hace la singularidad entre cada población y el nivel posible de vida que ellos desean. Lo que distingue a los individuos de otros es esa característica distintiva de unidad, como lo es la cultura de cada comunidad étnica. De acuerdo a Marshall el elemento social quiere significar toda la variedad desde el derecho a una medida de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a compartir plenamente la herencia social y a llevar la vida de un ser civilizado según las pautas prevalecientes en la sociedad. Las instituciones más estrechamente relacionadas con él son el sistema educacional y los servicios sociales.⁹⁰

Por otra parte, los principios enunciados en la ONU, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, se aprobaron y forman

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ PIDESC y su Protocolo Facultativo, *op. cit.*, nota 84, p. 6.

⁸⁹ Ibarra Palafox, Francisco, *op. cit.*, nota 70, p. 677.

⁹⁰ Marshall, T. H. y Bottmore, Tom, *op. cit.*, nota 85, p. 21.

parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el PIDESC⁹¹ y el PIDCP⁹². Los cuales tienen como objetivo cumplir el mandato de proteger determinados derechos establecidos en la DUDH. Muy a pesar de ello, estos Pactos vienen a ratificar lo convenido tanto en la DUDH como en las leyes regionales, pero ambos son de exclusividad que vuelven al mismo punto que se intenta discutir. Las leyes regionales se aplican para todo ciudadano, al igual los pactos para aquellos Estados miembros que son parte, y que bajo el ejercicio de los derechos garantizados en el mencionado Pacto, el Estado “[...] podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”⁹³

⁹¹ PIDESC, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹² PIDCP, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹³ Véase, artículo 4 del PIDESC, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

CAPÍTULO TERCERO

POLÍTICAS MIGRATORIAS TRANSNACIONALES

No queremos la igualdad escrita en una tabla de madera, la queremos en nuestras casas, bajo nuestros techos.

(François-Noël Babeuf,
Conjuration des Égaux, 1795)

I. NACIONES UNIDAS

Las NU nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados miembros aceptaran la ONU por el cual se fundaron. En la actualidad, 193 Estados son miembros de esta organización, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General. Los propósitos de las NU son mantener la paz y seguridad internacionales, tratar de suprimir y eliminar todas aquellas amenazas que intenten quebrantar la paz y seguridad de los países, de conformidad con los principios de justicia y del derecho internacional; fomentar entre las naciones el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos; la cooperación internacional para la solución de problemas económicos, sociales, culturales o humanitarios, con el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; entre otros propósitos para fortalecer la paz universal. Así lo estipula el Capítulo primero de la ONU.

La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la DUDH, el PIDESC, el PIDCP y sus dos protocolos facultativos. En numerosas convenciones, declaraciones y resoluciones internacionales se reiteran los principios básicos de derechos humanos enunciados por la DUDH, como su universalidad, interdependencia e indivisibilidad, la igualdad y la no discriminación, y el hecho de que los derechos humanos vienen acompañados de derechos y obligaciones por parte de los responsables y titulares.

En la actualidad, todos los Estados Miembros de las NU han ratificado al menos uno de los nueve tratados internacionales básicos de derechos humanos, y el 80% de ellos ha ratificado al menos cuatro de ellos, lo que constituye una expresión concreta de la universalidad de la DUDH y del conjunto de los derechos humanos internacionales.¹

Del otro lado, las decisiones de organismos internacionales como las NU, la UNESCO, la UNICEF y la OIT limitan en buena medida el accionar de los Estados-nación. Las decisiones de estas entidades generan un número importante de derechos y obligaciones para los Estados-nación y sus ciudadanos. Cuestiones que van desde el número y las características de los derechos civiles y políticos hasta los procedimientos para exigir los derechos económicos, sociales y culturales, pasa por la manera en como se deben relacionar las minorías nacionales con el Estado-nación, y el juzgamiento de nacionales por parte de las Cortes internacionales, son decididas por comités, tribunales y comisiones internacionales que no fueron elegidas ni son controladas democráticamente por las naciones. El hecho que en la mayoría los países tengan que confirmar los tratados internacionales, no es suficiente para neutralizar el valor democrático que tienen las organizaciones internacionales; el fin es estar involucrados en el ámbito internacional como agentes dependientes unos de otros. Las interpretaciones que hacen las Cortes, los comités y las comisiones de las normas que componen a los tratados son los que determinan cuáles son efectivamente los derechos y las obligaciones de los ciudadanos.²

Las concepciones universales y derechos individuales son formalizados y legitimados por un conjunto amplio de leyes y tratados internacionales. Las cartas y convenciones internacionales otorgan a las personas derechos universales independientemente del tipo de pertenencia a un Estado-nación particular. Estos instrumentos exigen que los Estados no realicen distinciones con base en la nacionalidad cuando se trata de garantizar derechos civiles, sociales y políticos.³ Así lo afirma de la DUDH en su artículo 2:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.⁴

¹ NU, Departamento de Información Pública de las NU, "La Declaración Universal de Derechos Humanos: Fundamento de las Normas Internacionales de Derechos Humanos" <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml> (última consulta: 26 de enero de 2016).

² Bonilla Maldonado, Daniel, "Estado, nación y ciudadanía", en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p. 20.

³ Soysal, Yasemin, "Hacia un modelo de pertenencia posnacional", en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, p.139.

⁴ DUDH, <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Bajo esta premisa, los derechos fundamentales del ser humano deben ser respetados sin ninguna distinción de carácter discriminatorio. Es decir, la pertenencia a una entidad diferente no te hace pertenecer a otra clase de atribuciones, puesto que todas las facultades relacionadas en la DUDH son para el goce de cualquier ser humano. Si dentro de la DUDH se reivindican todos los derechos necesarios para el reconocimiento de la dignidad del ser humano, a través del PIDCP y el PIDESC se ratifican los mismos. Por su parte, el PIDCP impone al Estado la responsabilidad de respetar y garantizar los derechos “[...] a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”⁵ y en el PIDESC los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna.⁶

Por su parte, la CEDH contiene disposiciones casi idénticas, junto con la protección adicional contra la expulsión masiva de extranjeros. Tanto la DUDH como la CEDH han sido incorporadas en la constitución y en la legislación interna de muchos países. Además vale la pena destacar los convenios realizados bajo el amparo de la OIT y el Consejo Europeo. De acuerdo con el C097 Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1949⁷, los Estados suscriptores acuerdan tratar a los trabajadores migrantes “sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo”, en relación con el empleo, las condiciones laborales, la afiliación a sindicatos, la negociación colectiva y el acomodamiento. El C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975 va más allá de promover los derechos sociales y culturales de los trabajadores migrantes y sus familias en materias que no están estrictamente relacionadas con el trabajo.⁸ Dicha Convención señala explícitamente que los países participantes adoptarán todas las medidas para permitir que los trabajadores migrantes y sus familias conserven sus vínculos culturales con su país de origen, así como facilitar que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna.⁹ Sin embargo, los miembros en los mencionados Convenios se obligan a aplicar lo establecido solamente a inmigrantes que se encuentren regularmente en su territorio, aún así afirman que sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, o un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales.¹⁰ No obstante, las distinciones sí se aplican respecto al estatus legal en que se encuentre el inmigrante.

⁵ Véase PIDCP, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las NU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁶ Soysal, Yasemin, *op. cit.*, nota 3, p.139.

⁷ OIT, C097 Convenio relativo a los trabajadores migrantes, revisado en 1949 (núm. 97), entrada en vigor 22 de enero 1952, adopción Ginebra, 32ª reunión.

⁸ OIT, C143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 143), entrada en vigor 09 diciembre 1978, adopción Ginebra, 60ª reunión.

⁹ Soysal, Yasemin, *op. cit.*, nota 3, pp.140-141.

¹⁰ Véase, artículo 6 del C097 Convenio relativo a los trabajadores migrantes, revisado en 1949 (núm. 97), entrada en vigor 22 de enero 1952, adopción Ginebra, 32ª reunión.

Así, las NU ha producido un conjunto de instrumentos relevantes para las migraciones internacionales. Otras como, la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978) de la UNESCO, que amplía las disposiciones en torno a los derechos culturales de los migrantes, es decir un reconocimiento de un derecho a la diferencia, a que se respeten los valores culturales personales, y a recibir educación en la lengua materna.¹¹ “El *derecho a la diferencia* es el derecho de los individuos a ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de ello.” Este grupo identitario es reconocido con base a sus diferencias, no conlleva a un tipo de distinción discriminatoria sino que se distinguen de otros ciudadanos.¹²

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La DUDH definida como el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del ser humano. Sus treinta artículos enumeran los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales básicos con los que deberían contar todos los seres humanos del mundo. Las disposiciones de la DUDH se consideran normas de derecho consuetudinario internacional por su amplia aceptación y por servir de modelo para medir la conducta de los Estados.¹³

Principalmente, el argumento que genera la obligación de todos los Estados de hacer respetar y respetar toda clase de derechos universalmente reconocidos a todo ser humano sin ninguna distinción es que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.¹⁴ Por su parte, los sistemas normativos que hacen pie a la libre circulación de las personas y los derechos y libertades concernientes a éste, se encuentran principalmente en la DUDH en los siguientes artículos (y posteriormente en el PIDCP en su artículo 12):

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

¹¹ Soysal, Yasemin, *op. cit.*, nota 3, p.142.

¹² León, Olivé, “Discriminación y pluralismo”, en Torre Martínez, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derecho Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 88.

¹³ NU, “La ONU y los derechos humanos, la Carta Internacional de los Derechos Humanos”, <http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁴ Véase DUDH.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

Artículo 15

Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.¹⁵

Como derecho universalmente conocido estipulado en la máxima Carta de Derechos debería ser reconocido por todos los países que se comprometieron a su respeto, el cuál debe tener fuerza obligatoria para todos los miembros de la humanidad.

A. El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El derecho internacional de derechos humanos establece las obligaciones que deben cumplir los Estados. Al pasar a formar parte de tratados internacionales, los Estados asumen deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional, y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos. La obligación de respetar supone que los Estados deben abstenerse de restringir los derechos humanos o de interferir en su realización. La obligación de proteger exige que los Estados resguarden a las personas o grupos de personas de las violaciones de los derechos humanos. La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.¹⁶ La manifestación de los Estados sobre la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad, el valor de la persona, la igualdad de derechos, declaran en promover el respeto de ellos bajo el concepto más extenso de libertad.

La legislación de derechos humanos compromete a los Estados frente a sus homólogos a cumplir con sus normas para sostener su legitimidad y no estar excluidos de los beneficios de la interdependencia.¹⁷ Las obligaciones generadas en los tratados son para todas las personas afirma Ariadna Estevez, no solamente para los ciudadanos, porque se trata de instrumentos *ius cogens*, es decir, una norma imperativa de derecho internacional general, la cual es “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (artículo 53 de la Convención de Viena 1969).¹⁸

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ NU, Departamento de Información Pública de las NU, *op. cit.*, nota 1.

¹⁷ Estevez, Ariadna, *Derechos Humanos, Migración y conflicto: hacia una justicia global descolonizada*, México, UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2014, p. 36.

¹⁸ *Cfr.* Concuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2002, p. 81; citado por Estevez, Ariadna, *op. cit.*, nota 17, p. 37.

Como lo señala Santiago Corcuera Cabezut, la soberanía no puede ser una justificación para violar principios *ius cogens*. Son normas *ius cogens* las que constituyen el derecho humanitario y de conflicto armado, así como los crímenes de guerra y contra la humanidad (como el genocidio), la deportación o traslado forzado de poblaciones, la esclavitud, el trabajo forzoso, la persecución. Asimismo, hay también consenso en que los principios de la CNA que fundaron las NU en 1945, y el derecho al desarrollo pueden ser consideradas normas de este tipo.¹⁹ La aceptación de las normas de *ius cogens* es un gran debate, se puede argumentar que la CIJ no consideró, por ejemplo, la prohibición del genocidio como una norma de *ius cogens*. Sin embargo, de acuerdo a Ian Sinclair²⁰ la Corte si ha hecho “referencias indirectas” al concepto de *ius cogens*, sin haberle llamado como tal en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio. En ese entonces, la CIJ estableció “[...] que los principios fundamentales de la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, aún sin la obligación expresa dentro de una convención”.²¹

La norma que prohíbe el genocidio comprometería también a los Estados no partes de la Convención sobre el Genocidio, aún si fuera derivada solamente del derecho internacional consuetudinario y sin que haya adquirido el status de *jus cogens*, ya que obtiene esta condición precisamente porque es un tipo de norma que de ser protestada por un Estado, ofendería la conciencia de la humanidad y moralidad pública.²²

Aparentemente la DUDH, como enunciación no es vinculante, es decir no tienen la intención de crear obligaciones imperativas, sino que simplemente declaran ciertas intenciones por parte de los Estados, no obstante en 1968 bajo la Proclamación de Teherán²³ las NU establecieron que, por costumbre, constituye una obligación para todos los miembros de la comunidad internacional hacia todas las personas, dónde declara solemnemente que: “[...] la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”. A diferencia del PIDESC y el PIDCP son vinculantes solamente para los Estados signatarios, igual que las otras cuatro convenciones fundamentales: la Convención de

¹⁹ Estevez, Ariadna, *op. cit.*, nota 17, p. 37.

²⁰ Cfr. Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Manchester University Press, 1973, p. 208; citado por CIDH, Informe N°3/87 Caso 9647 EUA, párr. 55, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/EstadosUnidos9647a.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²¹ Cfr. Reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo por Crímenes de Genocidio, Opinión Consultiva, C.I.J. Informes (1951).

²² CIDH, Informe N°3/87 Caso 9647 EUA, párr. 55, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/EstadosUnidos9647a.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²³ Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derecho Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968, NU Doc. A/CONF.32/41, <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/sl2ptchr.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Racismo, la Convención sobre las Mujeres, Convención contra la Tortura, la Convención sobre los niños y la Convención sobre los Migrantes.

La DUDH es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada hace casi 70 años, la DUDH ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo. Es una fuente de inspiración para la constitución de los Estados, para la resolución de problemas entre las sociedades y de las comunidades que sufren represión y la lucha contra las injusticias.²⁴ Además sentó las bases filosóficas de muchas de las constituciones nacionales e instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados posteriormente. Es decir señaló el rumbo a toda labor que, desde entonces se ha llevado a cabo en el campo de los derechos humanos.²⁵

Las declaraciones, en cuanto son resoluciones emanadas de los órganos de las NU o de organizaciones regionales como la OEA, tienen el valor de recomendaciones según Manuel Ventura-Robles. No basta con darles la denominación de declaración no con adoptarlas en actos solemnes para modificar su naturaleza radical y hacerlas obligatorias para quienes se adhieran a ellas en los términos en que los tratados son obligatorios para quienes sean partes en los mismos. Por tanto, la Declaración no tiene efectos vinculantes, es decir, que no es obligatoria; es una recomendación, y por haber sido adoptada como declaración precisamente y no como una Convención, en cuyo caso sí sería obligatoria para los Estados que la ratifican o adhieran a ella. O sea, su naturaleza no sería jurídica sino política.²⁶ Por su parte, las tesis principales de acuerdo a Ventura-Robles que reconocen el valor jurídico a la DUDH, entre ellas la 1) se denomina “La incorporación indirecta a la Carta de las Naciones Unidas” y la 2) “La incorporación al derecho internacional consuetudinario”.²⁷

De acuerdo con la primera de ellas, en el curso del tiempo se ha consolidado la tesis según la cual los Derechos Humanos a que se refiere la CNU (artículo 55) son, por lo menos, los contenidos en la DUDH.

Es decir, que puede afirmarse que, como instrumento que ha contribuido a la interpretación más precisa y sustancial de la Carta, la Declaración tiene un valor jurídico que si bien parte de la doctrina defendió desde su adopción, no le fue reconocido en su origen. En esta

²⁴ NU, Departamento de Información Pública de las NU, *op. cit.*, nota 1.

²⁵ Ventura-Robles, Manuel E., “El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Trindade, Antônio Augusto Cançado (eds.), *The Modern World of Human Rights-El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in Honour of Thomas Buergenthal/Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 256, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2043/17.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁶ *Ibidem*, p. 258.

²⁷ *Ibidem*, p. 261.

perspectiva la fuerza obligatoria de la Declaración no es directa, sino que se adquiere en virtud de su incorporación implícita a la Carta.²⁸

De acuerdo a la segunda tesis, la DUDH se habría incorporado al derecho internacional consuetudinario.

La formación de la costumbre internacional exige una práctica general y extendida fundada en la convicción de que ella se corresponde con el cumplimiento de una regla de derecho. La Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 38 de su Estatuto, ha señalado la concepción clásica que requiere la concurrencia de la costumbre internacional (elemento material) y la *opinio juris* (elemento psicológico) para la formación de la norma consuetudinaria.²⁹

De acuerdo a Fernando Volio reafirmó la fuerza vinculante de la DUDH, como Relator Especial de las NU estipuló que “[...] la moderna doctrina le atribuye a la Declaración fuerza jurídica vinculante por su propio mérito; en otras palabras, porque sus disposiciones se han incorporado al Derecho Internacional Público, como la opinión generalizada de los Estados, en el sentido de que las normas de la Declaración son válidas para regir su conducta en el concierto de las naciones”.³⁰ Esta obligación vinculante se redobla bajo la Proclamación de Teherán, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, el 13 de mayo de 1968, con el objetivo de examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la DUDH y preparar un programa para el futuro, que por consiguiente la Conferencia declaró dos puntos básicos: “1. *Afirmando* su fe en los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales sobre la materia, 2. *Exhorta* a todos los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y a redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual.”³¹ Por tanto, la DUDH ha obtenido paulatinamente el reconocimiento de su fuerza obligatoria.³² No sería exacto decir que el progreso humano que se ha obtenido a través de la Declaración es lento pero tampoco rápido como sería lo adecuado, sin embargo, teóricamente esta Declaración parece tener muy firmes sus objetivos, como lo es, el respeto de los derechos universalmente conocidos. Indudablemente, ningún Estado podría negar que a través de su correcta funcionalidad la estabilidad y bienestar para los todos los Estados será determinante.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 263.

³⁰ Cfr. Volio Jiménez, Fernando, *La Declaración Universal de Derechos Humanos, Una visión política y jurídica*, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Escuela Judicial, 4 de noviembre de 1998, pp. 12-14; citado por Ventura-Robles, Manuel E., *op. cit.*, nota 25, pp. 263-264.

³¹ Proclamación de Teherán, *op. cit.*, nota 23.

³² Ventura Robles, Manuel E., *op. cit.*, nota 25, p. 265.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Tras la adopción de la DUDH, la Comisión de DH, principal órgano intergubernamental dentro de las NU, convirtió ciertos principios en tratados internacionales para proteger determinados derechos. La Asamblea General decidió redactar dos pactos correspondientes a dos tipos de derechos enunciados en la DUDH: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados miembros debatieron diversas disposiciones durante décadas para tratar de ratificar explícitamente ciertos aspectos de la universalidad de los derechos humanos que no se mencionaban de forma implícita en la DUDH. Entre ellos se encontraba el derecho de los pueblos a la libre autodeterminación, así como la mención de algunos grupos vulnerables, como los indígenas y las minorías. Los preámbulos de los artículos 1, 2, 3 y 5 de estos Pactos son casi idénticos. Los dos preámbulos proclaman que los derechos humanos provienen de la dignidad inherente a los seres humanos. El primer artículo de cada Pacto afirma que todos los pueblos tienen derecho a la libre autodeterminación y que, según este derecho, tienen libertad para elegir su estatus político y lograr su desarrollo económico, social y cultural. En los dos documentos, el artículo 2 reafirma el principio de no discriminación, que hace eco de la DUDH, y el artículo 3 estipula que los Estados deben garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres a disfrutar de todos los derechos fundamentales. El artículo 5 de ambos Pactos recoge la disposición final de la DUDH en la que se formulan las garantías que impiden cualquier destrucción o restricción ilegítima de las libertades y derechos fundamentales. Cuando estos dos Pactos Internacionales entraron en vigor en 1976, muchas de las disposiciones de la Declaración adquirieron carácter vinculante para los Estados que los ratificaron.³³ Existen algunas disposiciones especiales que se lograron después del PIDCP por medio de su primer Protocolo Facultativo³⁴ y el Segundo Protocolo Facultativo.³⁵ El primero de ellos es permitir a los particulares presentar denuncias y el otro aboga por la abolición de la pena de muerte. Por consiguiente, los otros derechos que protege el PIDCP son los siguientes:

- El derecho a la vida (art. 6);
- La prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7);
- La prohibición de la esclavitud (art. 8);
- El derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, en la forma de protección contra el arresto y la detención arbitraria (art. 9);
- El derecho al debido proceso (art. 14);

³³ NU, *op. cit.*, nota 1.

³⁴ Protocolo Facultativo del PIDCP, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966.

³⁵ Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

La libertad individual, en la forma de libertad de movimiento, pensamiento, expresión, conciencia y religión (art. 18);
El derecho a elegir y ser elegido por sufragio universal directo (art. 25).

Así como la DUDH establece el derecho a la libre circulación de las personas, el PIDCP lo vuelve a ratificar:

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.³⁶

Sin embargo, el mencionado Pacto hace una distinción muy particular, el hecho de que toda persona deba encontrarse legalmente en el territorio de un Estado para gozar del derecho a circular libremente. Entonces la libre circulación se aplica sobre la frontera de un Estado en particular, y no entre fronteras nacionales. Además, de nueva cuenta se ratifica el derecho a escoger libremente una residencia, bajo la condición de un estatus regular. Así, no es posible obtener una residencia sin antes haber entrado regularmente bajo los argumentos del Estado, es incuestionable que ambos derechos van ligados sobre la regularidad y aceptación por parte del Estado a donde se pretenda inmigrar.

3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales se consideran derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna.³⁷

El PIDESC es otro esfuerzo y compromiso del Estado de ayudar al individuo a desarrollarse como ser humano. La diferencia entre el PIDCP y el PIDESC es que en el

³⁶ PIDCP, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las NU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

³⁷ PIDESC y su Protocolo Facultativo, *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, 2012, p. 6. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/cartillas/7%20cartilla%20pacto%20internacional%20der%20económicos%20sociales%20culturales.pdf>

primero, el Estado otorga derechos de libertad a través del reconocimiento como ciudadano y éste pueda hacer uso de sus derechos como tal; mientras que el segundo el Estado debe intervenir y tomar las medidas necesarias para que el individuo goce de los derechos comprendidos en este pacto. Entre las medidas que habrán de adoptar los Estados para lograr la plena efectividad de ciertos derechos, como es el caso del derecho al trabajo, deberán figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.³⁸ Algunos de los derechos que protege el PIDESC son los siguientes:

- Derecho a la libre determinación de los pueblos (art. 1);
- Derecho al trabajo (art. 6);
- Derecho a los sindicatos y la huelga (art. 8)
- Derecho a la seguridad social (art. 9);
- Derecho a la más amplia protección y asistencia a la familia (art. 10)
- Derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11);
- Derecho a la buena salud (art. 12);
- Derecho a la educación (art. 13);
- Derecho a la educación primaria universal gratuita (art. 14)
- Derecho a participar en la vida cultural y a gozar del progreso científico. (art. 15).

El compromiso de los Estados se vincula con el artículo 2 de este Pacto, donde se responsabilizan a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, para la plena efectividad de los derechos reconocidos por el pacto. Además de garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.³⁹

A saber, EUA solamente ha ratificado el PIDCP el 8 de junio de 1992, mientras que México hizo su adhesión el 23 de marzo de 1981.⁴⁰ En relación al PIDESC México se adhirió el 23 Marzo de 1981, mientras que EUA no lo ha ratificado.⁴¹ La adhesión es el acto por el cual un Estado acepta la oferta o la posibilidad de formar parte de un tratado ya negociado y firmado por otros Estados. Sin embargo, tiene los mismos efectos jurídicos que la ratificación. En general, la adhesión se produce una vez que el tratado ha

³⁸ Véase párrafo 2 del artículo 6 del PIDESC.

³⁹ Véase puntos 1 y 2 del artículo 2 del PIDESC.

⁴⁰ United Nations, Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴¹ *Idem*.

entrado en vigor.⁴² Los instrumentos de aceptación o de aprobación de un tratado tienen el mismo efecto jurídico que la ratificación y, por tanto, expresan el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado.⁴³ La ratificación designa el acto internacional mediante el cual un Estado indica su consentimiento en obligarse por un tratado, siempre que las partes la hayan acordado como la manera de expresar su consentimiento.⁴⁴

4. Convención sobre los Migrantes

Los objetivos de la OIT son la protección de los intereses de los trabajadores, promover el respeto y los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, así las cuestiones relacionadas con los trabajadores migratorios y sus familiares son temas que generan relaciones entre países, que en su mayoría, los trabajadores migrantes son parte del capital social en cada país de destino de migrantes. La importancia y magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional y entre otras consideraciones, la Asamblea General de las NU adoptó la Convención sobre los migrantes de 1990.⁴⁵ El punto principal dentro de esta Convención es la discriminación en el reconocimiento de derechos, que en su artículo 7 dice:

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

PARTE III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 8

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

Artículo 17

1. Todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural.

⁴² Véase art. 2, párr. 1, ap. b) y art. 15, Convención de Viena de 1969.

⁴³ Véase art. 2, párr. 1, ap. b) y art. 14, párr. 2, Convención de Viena de 1969.

⁴⁴ NU, "Colección de tratados, Glosario de términos relativos a los procedimientos de los tratados", <http://www.un.org/es/treaty/glossary.shtml#signaturesubject> (fecha de consulta: 20 de junio de 2015); además véase art. 2, párr. 1, ap. b), art. 14, párr. 1 y art. 16, Convención de Viena de 1969.

⁴⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Artículo 18

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Empero, la distinción y ámbito de aplicación hacia las personas, es que los derechos que otorga este Convenio son para aquellos trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular,⁴⁶ mientras que los trabajadores considerados no documentados, es decir aquéllos que no han sido autorizados para ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado, no son apreciados para gozar de las facultades y obligaciones que al Estado se le impone por medio de este Convenio.

Otros acuerdos relacionados con la protección de trabajadores migrantes son los adoptados por la Conferencia General de la OIT tales como el C097 y C143 ambos bajo la tarea de defender los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero.⁴⁷ El C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975, tiene como objeto adoptar las medidas necesarias y convenientes para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo irregular de migrantes (art. 3); el C097 Convenio sobre los Trabajadores Migrantes de 1949, todo miembro para el cual se halle en vigor el Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren regularmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales respecto a materias concernientes con el trabajo (art. 6).

5. Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos

La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (conocida como Declaración sobre los

⁴⁶ Véase, artículo 36 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

⁴⁷ C097 Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, revisado 1949, núm. 97, entrada en vigor el 22 enero 1952, adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT 01 julio 1949, <http://www.ilo.org> (fecha de consulta: 26 de enero de 2016). C143 Convenio sobre la migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (disposiciones complementarias), 1975, núm. 143, entrada en vigor el 09 diciembre 1978, adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT 24 junio 1975, <http://www.ilo.org> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Defensores de los Derechos Humanos).⁴⁸ El carácter de esta Declaración es que de por sí no es un instrumento vinculante jurídicamente. No obstante contiene una serie de principios y derechos que se basan en las normas de derechos humanos consagradas en otros instrumentos internacionales que sí son jurídicamente vinculantes por ejemplo el PIDCP. Además, la Asamblea General de las NU aprobó por consenso esta Declaración, que representa por consiguiente un compromiso muy fuerte de los Estados tocante a su aplicación. Cada vez hay más Estados que consideran la posibilidad de adoptar la Declaración como ley nacional de obligado cumplimiento.⁴⁹ El término “declaración” no es siempre jurídicamente vinculante, este término se utiliza para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino dar a conocer sus aspiraciones.⁵⁰

La necesidad de una protección no exclusiva de las autoridades dio el surgimiento de esfuerzos colectivos de numerosas ONGs de derechos humanos y que las delegaciones de algunos Estados contribuyeran a su formación. Esta Declaración se dirige no sólo a Estados y los diversos defensores de derechos humanos, sino a todos por igual. “Nos dice que todos tenemos una función que desempeñar como defensores de esos derechos, y destaca la existencia de un movimiento mundial en el que todos estamos inmersos”.⁵¹ Las disposiciones objetivas de esta Declaración son formalizar la necesidad de proporcionar apoyo y protección a los defensores de los derechos humanos en el contexto de su labor.

Los artículos 1, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 y 13 de la Declaración contienen disposiciones específicas para la protección de los defensores de los derechos humanos, en particular el derecho:⁵²

- A procurar la protección y realización de los derechos humanos en los planos nacional e internacional;
- A realizar una labor en favor de los derechos humanos individualmente o en asociación con otros;
- A formar asociaciones y ONG;
- A reunirse o manifestarse pacíficamente;
- A recabar, obtener, recibir y poseer información sobre los derechos humanos;
- A desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos y a preconizar su aceptación;

⁴⁸ Empezó a elaborarse en 1984 y fue aprobada por la Asamblea General en 1998, con ocasión del quincuagésimo aniversario de la DUDH en la resolución A/RES/53/144, de 8 de marzo de 1999.

⁴⁹ NU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “La Declaración de los defensores de los derechos humanos”, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Declaration.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁰ NU, “Declaraciones y Convenciones que figuran en las resoluciones de la Asamblea General”, <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵¹ NU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 49.

⁵² NU, “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, Resolución aprobada por la Asamblea General 53/144, <https://www.cidh.oas.org/defenders/reso.sp.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

- A presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda impedir la realización de los derechos humanos;
- A denunciar las políticas y acciones oficiales en relación con los derechos humanos y a que se examinen esas denuncias;
- A ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento o asistencia pertinentes para defender los derechos humanos;
- A asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos;
- A dirigirse sin trabas a las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales y a comunicarse sin trabas con ellas;
- A disponer de recursos eficaces;
- A ejercer legítimamente la ocupación o profesión de defensor de los derechos humanos;
- A obtener protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos;
- A solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto de proteger los derechos humanos (incluida la recepción de fondos del extranjero).

Los Estados tienen la responsabilidad de aplicar y respetar todas las disposiciones de la Declaración. No obstante, en los artículos 2, 9, 12, 14 y 15 se hace especial referencia a la función de los Estados y se indica que cada uno de ellos tiene la responsabilidad y el deber de:

- Proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos;
- Garantizar que toda persona sometida a su jurisdicción pueda disfrutar en la práctica de todos los derechos y libertades sociales, económicos, políticos y de otra índole;
- Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar la aplicación efectiva de los derechos y las libertades;
- Proporcionar recursos eficaces a las personas que denuncien haber sido víctimas de una violación de los derechos humanos;
- Realizar una investigación rápida e imparcial sobre las presuntas violaciones de derechos humanos;
- Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la protección de toda persona frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación negativa, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la Declaración;
- Promover la comprensión pública de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;
- Garantizar y apoyar la creación y el desarrollo de instituciones nacionales independientes encargadas de promover y proteger los derechos humanos; por ejemplo, mediadores o comisiones de derechos humanos;
- Promover y facilitar la enseñanza de los derechos humanos en todos los niveles de la educación y la formación profesional oficial.⁵³

Finalmente, la declaración emite a toda la comunidad internacional y alienta a todos los defensores de derechos humanos su responsabilidad para fomentar el respeto por los derechos humanos, ya que el compromiso no es exclusividad del Estado sino de toda la comunidad humana. Así mismo, en el artículo 11 de la mencionada Declaración refiere a la especial responsabilidad de las personas que ejercen profesiones que puedan afectar

⁵³ *Idem.*

“[...] a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales de otras personas [que] deberá[n] respetar esos derechos y libertades y cumplir las normas nacionales e internacionales de conducta o ética profesional u ocupacional que sean pertinentes.” Como es el caso de funcionarios de policía, abogados, jueces, etcétera.⁵⁴

II. SISTEMA INTERAMERICANO

La OEA es el organismo regional más antiguo del mundo, se basa en sus principales pilares que son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. Además, fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA⁵⁵ que entró en vigencia en diciembre de 1951. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta de la OEA, “[...] un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.” Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio.⁵⁶ Considera los principios consagrados en la Carta de la OEA, y así se creó el Pacto de San José, también conocido como la CADH⁵⁷ que es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. La CADH, reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.⁵⁸ Como medios de protección a la CADH surgen dos órganos competentes, para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la CADH, conforme a su artículo 33, los cuales son: la CIDH y la Corte IDH. Por su parte, la CIDH es un órgano principal de la OEA, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Este órgano fue creado

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ OEA, “Carta de la OEA (a-41)”, https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁶ OEA, “Acerca de la OEA”, http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁷ CADH suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵⁸ *Idem.*

por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte IDH, instaladas en 1979.⁵⁹ Por su parte, la Corte IDH, es una institución del SIDH; institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH; además ejerce una función jurisdiccional y consultiva.⁶⁰ Entre las funciones jurisdiccionales de la Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de CADH, sin embargo, este tratado es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él. Así mismo, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁶¹ Por otra parte, en cuanto a la función consultiva de la Corte IDH, los Estados miembros de la OEA podrán consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Por lo que, la Corte IDH a solicitud de un Estado miembro de la OEA, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.⁶²

Ahora bien, la OEA como institución que apoya los esfuerzos de sus Estados miembros para reducir la pobreza y lograr el desarrollo económico a través de la consolidación de las democracias, el fortalecimiento de la gobernabilidad, la confrontación de amenazas a la seguridad hemisférica y sobre todo a la defensa de los derechos de los ciudadanos de la región, plantea diversos puntos de acción y entre ellos los movimientos de población. Estos movimientos a nivel internacional son, simultáneamente, consecuencias del cambio global e impulsores importantes de cambios posteriores, tanto en las sociedades que los originan como las que los reciben.⁶³ La magnitud de los flujos migratorios en los Estados americanos es la mayor característica de este fenómeno, así como los impactos sociales y económicos, es por tal motivo, que es tanto el interés de los países de origen, tránsito y destino de migrantes darle tratamiento a los problemas concernientes a la migración. Por consiguiente, diferentes órganos y entidades de la OEA se dan a la tarea de procurar un tratamiento y atención a los diversos asuntos vinculados con el fenómeno migratorio. Para ello, el ejercicio de ocuparse de los asuntos migratorios es a través de los diferentes

⁵⁹ OEA, “¿Qué es la CIDH?”, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶⁰ OEA, Estatuto de la Corte IDH, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁶¹ Sección 2 Competencia y Funciones, Artículos 61, 62, 63 de la CADH.

⁶² Sección 2 Competencia y Funciones, Artículo 64 de la CADH.

⁶³ OEA, “Migraciones”, <http://www.oas.org/es/temas/migracion.asp> (última consulta: 26 de enero de 2016).

órganos que la OEA establece;⁶⁴ por lo que, el planteamiento de diversas disposiciones como es el caso de los Mandatos de las Cumbres de las Américas, que desarrollan conjuntas políticas entre los Estados miembros y fortalecen la inclusión social de los migrantes a fin de poder superar la marginación, la victimización, la pobreza e, independientemente de su condición migratoria, y sobre todo para la protección de los derechos humanos de los migrantes; entre otras disposiciones.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Dentro de la CADH exhorta entre los deberes de los Estados y los derechos y libertades que deben reconocer a toda persona bajo su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación. En cuanto a los derechos protegidos se refiere a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Entre el derecho civil concerniente al derecho a la libre circulación y residencia, lo afirma en su artículo 22 que dice:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.⁶⁵

Para concluir, todo argumento jurídico se determina bajo los principios de igualdad jurídica, en primer lugar los Estados se comprometen bajo esta Convención a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin embargo, bajo ciertas exclusiones y

⁶⁴ Mandatos de las Cumbres de las Américas, Comisión de Asuntos Migratorios (CAM), Programa de Migración y Desarrollo de la OEA, Programa de Migración y Desarrollo de la OEA, Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Programa Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, Departamento de Seguridad Pública de la OEA, Comisión de Seguridad Hemisférica de la OEA – Trata de Personas, Sistema Continuo de Reporte sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI).

⁶⁵ CADH *op. cit.*, nota 57.

limitaciones, el caso es que para acceder a ciertos derechos, la legalidad y el estatus es primordial para conceder el goce de derechos. Entonces las personas no son iguales ante la ley, puesto que la diferencia entre regulares los corresponde a iguales, mientras que irregulares se les retribuye a manera desigual. Aunque estas restricciones se justifican bajo el argumento de un interés general. Para ello la CADH dice lo siguiente:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

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

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.⁶⁶

2. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH

Por consiguiente, las opiniones consultivas de la Corte IDH son puramente interpretativas, puesto que su ejercicio no es inútil a pesar de la apatía de algunos Estados al tomar en cuenta sus manifestaciones. Asimismo, el pleno ejercicio de la Corte IDH en sus funciones es indispensable para el estudio de fenómenos similares, además, sus atribuciones representan otra manera valiosa y razonable de interpretar los conceptos dentro de la vida jurídica y sobre todo en la interpretación de instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La jurisprudencia de la Corte IDH constituye una importante fuente en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, pues contiene la más avanzada doctrina sobre su interpretación y aplicación de instrumentos regionales así como internacionales.⁶⁷ Además lo concerniente en tratados internacionales constituye un parámetro de control en las constituciones como es el caso de México, y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos, así mismo lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.⁶⁸

Una opinión consultiva relevante en la interpretación sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica,

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Abreu Burelli, Alirio, "El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Fix-Zamudio, Hector (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 18, 1999, pp. 121-122.

⁶⁸ Véase Tesis P./J. 20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202; además véase Tesis P./J. 21/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Décima Época, t. I, p. 204.

no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, lo manifiesta la Corte IDH en la opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 bajo el título “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, en la cual por unanimidad decidió:⁶⁹

[...] Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

[...] Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

[...] Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

[...] Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

El gobierno de los EUA argumentó que las distinciones en el trato de extranjeros, a veces son permitidas en primera instancia porque no existe un derecho subyacente que implique que deban ser tratados de igual manera. Éstas distinciones se encuentran razonablemente relacionadas con las diferentes condiciones existentes en su país de origen y las correspondientes políticas diversas de los EUA con respecto a esos países. Tales distinciones son ejercicios de formulación de políticas absolutamente permitidos, y no implican un desafío sobre la base de discriminaciones prohibidas.⁷⁰ Es decir, se entiende que las condiciones de vida anteriores (peores a las actuales) son aceptables por el extranjero, y que por tanto, al ser permitida es atribuible y la merecida para ellos. No obstante, a veces la ignorancia provoca desconocer mejores condiciones de vida, pero ello no es excusa para privarles de ese derecho.

Por otra parte, el gobierno de los EUA reconoce un compromiso bajo las Enmiendas quinta (debido proceso) y decimocuarta (ciudadanía, debido proceso estatal, igual

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, p. 134, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁷⁰ CIDH, Informe N° 51/96, Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del Caso 10.675 EUA del 13 De Marzo De 1997, párr. 106, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

protección) de su Constitución, según las cuales el Gobierno debe proporcionar la misma protección legal a todas las personas “dentro de la jurisdicción” de los EUA. Así mismo lo ha reafirmado la Corte Suprema de ese país en el Caso de *Pylar versus Doe*, 457 U.S. 202 (1982), sentencia que reconoció el derecho de acceso a las escuelas a los hijos de migrantes indocumentados, protege así los derechos de los hijos de los migrantes.⁷¹ Sin duda, las políticas siempre implican limitaciones y restricciones, que muy a pesar de ello, el argumento justificante es que las distinciones se encuentran razonablemente relacionadas con las diferentes condiciones existentes en su país de origen. Al respecto la Corte IDH determina:

[...] la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención [CADH] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29 a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁷²

Sin duda cualquier limitación o restricción debería justificarse por un argumento legítimo y razonable que tenga como equilibrio los distintos intereses en juego. Así, la población migrante aspira a un reconocimiento de igualdades ante la población nacional, es decir, las diversas condiciones a las que estaban acostumbrados a vivir no justifica el negarles un reconocimiento factible y unas mejores condiciones de acuerdo al principio de igualdad. Tal justificación a una restricción o limitación de un derecho se deriva como causa de orden público. En el fondo una limitación y restricción podría corresponder a una negación, dicho de otro modo, acaso una libertad sumisa y restrictiva no corresponde o significa a una libertad nula. Por otro lado, el Estado como garante de derechos a la población dentro de su jurisdicción, debe garantizar el mejor bienestar y convivencia entre la sociedad, cuando también deba entenderse que la población bajo su jurisdicción no se refiere únicamente a los nacionales sino a todos los establecidos en dicha comunidad y en ésta cabe la población migrante que siendo parte de esta sociedad aunque no nacional pero si sustancial de cualquier Estado.

Ahora bien, algunos Estados eluden sus obligaciones negándose a cumplir con sus convenios pactados; al caso es la situación de los EUA, país que si bien no ha ratificado

⁷¹ *Ibidem*, párr. 102.

⁷² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH)”, Serie A No. 5, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

la CADH, sin embargo, si ha ratificado la Carta de la OEA y algunas disposiciones de otros instrumentos de la OEA, por lo que, aquel adquiere fuerza obligatoria, por generar obligaciones internacionales consuetudinarias, algunas de ellas incluso normas de *ius cogens*, razón por la cual dicho país se encuentra obligado a respetar los derechos humanos definidos tanto en la CADH como en la DUDH.⁷³ De la misma manera, de acuerdo a la resolución no. 23/81 Caso 2141⁷⁴ y posteriormente durante el Informe no. 3/87 caso 9647⁷⁵ ambos de la CIDH determinaron lo siguiente:

La obligación internacional de Estados Unidos, como miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), bajo la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se rige por la Carta de la OEA (Bogotá, 1948), enmendada por el Protocolo de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, y ratificada por Estados Unidos el 23 de abril de 1968.

Como consecuencia de los artículos 3 (j), 16, 51 (e), 112 y 150 de este Tratado,^[76] las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria. De esos instrumentos y resoluciones, los aprobados con el voto de Estados Unidos son los siguientes:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1960, enmendados por resolución XXII de la Segunda Conferencia Especial Interamericana (Río de Janeiro, 1965); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1979-80.

De acuerdo a la CIDH el concepto de *ius cogens* se deriva de una “orden superior” de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidos por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el “orden público internacional.” Aquellas son “las reglas que han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos”.⁷⁷ Según Ian Brownlie, el factor que distingue las normas de *ius cogens* es su “relativa inderogabilidad”. Brownlie cita ciertos ejemplos de *ius cogens* como: la prohibición de la guerra de

⁷³ Cfr. Nieto Navia, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 80; citado por Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Serie Doctrina Jurídica núm. 588, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 93.

⁷⁴ CIDH, Resolución No. 23/81 Caso 2141, EUA del 6 de marzo de 1981, párrs. 15-16, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁷⁵ CIDH, Informe N°3/87 Caso 9647 EUA, párrs. 46-48, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/EstadosUnidos9647.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁷⁶ Artículo 3 j), determina que “La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”; artículo 16 “La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros”, los siguientes dos artículos fueron reformados y el último derogado.

⁷⁷ Cfr. Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Manchester University Press, 1973, p. 208; citado por CIDH, *op. cit.*, nota 75, párr. 55.

agresión, la ley del genocidio, el principio de la no-discriminación de las razas, los crímenes de lesa humanidad y las leyes que prohíben la trata de esclavos y la piratería.⁷⁸

En el caso de las normas de *ius cogens*, los efectos jurídicos de dichas normas y las consecuencias que derivan por su incumplimiento que se encuentran determinadas por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969; en cambio, en el caso de las obligaciones *erga omnes*, no se han determinado los efectos jurídicos de ellas y las consecuencias de su incumplimiento.⁷⁹

III. UNIÓN EUROPEA

La migración hacia Europa y dentro de Europa está regulada por una combinación de leyes nacionales, legislación comunitaria y convenios transnacionales, entre ellos se encuentran el CEDH, la Carta Social Europea⁸⁰ y otras obligaciones internacionales contraídas por los Estados miembros de la UE. Desde el Tratado de Roma,⁸¹ las sucesivas modificaciones de los tratados han ampliado las competencias de las CE, la actual UE, en cuestiones relacionadas con la migración. Así, el Tratado de Ámsterdam⁸² confirió a la UE nuevas competencias en el ámbito de las fronteras, la inmigración y el asilo, incluidos los visados y los retornos. Este proceso culminó con el Tratado de Lisboa⁸³, que asignó a la UE nuevas competencias en el ámbito de la integración de los nacionales de terceros países.⁸⁴

En el caso de las CE y del Consejo Europeo, se han establecido cuerpos extra-gubernamentales para interpretar y dar sentido a los códigos y las normas internacionales, limitan y también otorgan competencia a la jurisdicción nacional en muchos aspectos. Uno de dichos ejemplos es el TEDH. De acuerdo con la CEDH, los ciudadanos individuales de los países del Consejo Europeo, así como los grupos y las organizaciones no gubernamentales, pueden acudir directamente al TEDH, cuyas

⁷⁸ Cfr. Ian Brownlie, *Principles of International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 51; citado por CIDH, *op. cit.*, nota 75, párr. 55.

⁷⁹ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 588, 2011, p. 72.

⁸⁰ La Carta Social Europea fue hecha en Turín en el seno del Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961.

⁸¹ El Tratado de Roma tuvo como finalidad instaurar la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), firma 25 de marzo de 1957.

⁸² El Tratado de Ámsterdam su finalidad fue reformar las instituciones de la UE para preparar la llegada de futuros países miembros, firmado el 02 de octubre de 1997.

⁸³ El Tratado de Lisboa su finalidad fue hacer la UE más democrática, más eficiente y mejor capacitada para abordar, con una sola voz, los problemas mundiales, como el cambio climático, firmado 13 de diciembre de 2007.

⁸⁴ TEDH, "Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración", Bélgica, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 21, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf véase también http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_es.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

decisiones son vinculantes para los Estados miembros.⁸⁵ El Consejo de Europa se creó tras la Segunda Guerra Mundial con el fin de unir a los Estados de Europa y promover el Estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Con este fin se adoptó el CEDH en 1950. El TEDH, se creó en virtud del artículo 19 del CEDH, para asegurar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que les impone el Convenio.⁸⁶ El propósito esencial entre las CE es estimular el desarrollo económico no sólo mediante la libre circulación de bienes, capitales y servicios, sino también la libre circulación de las personas, pero evidentemente de nacionales que forman parte de la CE. Así pues, la libre circulación de las personas es un elemento básico de la UE. El primer reglamento sobre libre circulación de los trabajadores, que data de 1968, no sólo reconocía a los trabajadores el derecho a circular libremente, sino también el de llevar con ellos a los miembros de su familia, independientemente de su nacionalidad.⁸⁷

1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDH fue realizado bajo los principios proclamados en la DUDH. El cual ha desarrollado y ha sido modificado por diversos protocolos donde han ratificado o mejorado algunos derechos o libertades consagradas en el mismo Convenio. Al respecto, de los seis protocolos adicionales al Convenio sólo dos contienen disposiciones en las que se hace atribución a la libre circulación y ciertas garantías concedidas a los extranjeros (estos son, los artículos 2, 3 y 4 del Protocolo no. 4 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo no. 7). De ahí que, el artículo 1 del CEDH obliga a los Estados a “reconocer” que todos los derechos del Convenio son aplicables a “toda persona bajo su jurisdicción”. Esto incluye a los extranjeros.⁸⁸ Por otra parte el Acuerdo de Schengen es el que tiene por objeto eliminar progresivamente los controles fronterizos entre los nacionales de la comunidad europea.

A. Protocolo no. 4 del CEDH

Al respecto, dentro del Protocolo no. 4 del CEDH, el artículo 1 establece la prohibición de prisión por deudas, el artículo 2 establece el derecho a la libre circulación de las personas, el artículo 3 la prohibición de la expulsión de los nacionales, sin embargo, esta

⁸⁵ Soysal, Yasemin, *op. cit.*, nota 3, p.147.

⁸⁶ TEDH, *op. cit.*, nota 84, p. 17.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 18.

atribución excluye a los extranjeros; y el artículo 4 prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, los tres finales artículos a la letra dicen:⁸⁹

Artículo 2 Libertad de circulación

1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia.
2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo.
3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.
4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.

Artículo 3 Prohibición de la expulsión de los nacionales

1. Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional.
2. Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.

Artículo 4 Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros

Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.

B. Protocolo no. 7 del CEDH

Este protocolo prohíbe la expulsión arbitraria de extranjeros, reconoce garantías procesales (artículo 2), el derecho a una indemnización en caso de errores judiciales (artículo 3), y la igualdad entre esposos (artículo 5); el significativo articulado del Protocolo no. 7 del CEDH, a la letra dice:

Artículo 1 Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros

1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele:
 - a) exponer las razones que se opongan a su expulsión;
 - b) que su caso sea examinado; y
 - c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad.
2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párrafo 1 a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.⁹⁰

Si bien, tanto en el Protocolo no. 4 y no. 7 del CEDH hacen mención a los extranjeros de manera explícita o en las que algunos derechos se limitan a los nacionales o a los residentes autorizados.

⁸⁹ CEDH, Protocolo No. 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n° 11, Estrasburgo, 16.IX.1963.

⁹⁰ CEDH, Protocolo no. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22.XI.1984.

De tal manera, que estas cuestiones relacionadas con la migración han generado un vasto corpus de jurisprudencia del TEDH.⁹¹

2. Acuerdo de Schengen

El Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 primeramente entre Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, tiene por objeto eliminar progresivamente los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los Estados signatarios, de los otros Estados de la Comunidad Europea o de terceros países. El Acuerdo de Schengen se ha ido ampliando a lo largo del tiempo: Italia lo firmó en 1990, España y Portugal, en 1991, Grecia, en 1992, Austria lo hizo en 1995, Finlandia y Suecia en 1996, Dinamarca también en 1996, aunque con disposiciones especiales, y la República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia en 2007. Irlanda y el Reino Unido participan sólo en parte en el acervo de Schengen ya que, por ejemplo, mantienen los controles en sus fronteras.⁹² En este acuerdo, se abolieron los controles fronterizos internos de los Estados miembros de la UE participantes. En 1995 se creó un complejo sistema para aplicar controles exteriores que regulaba el acceso al espacio Schengen. En 1997, el sistema de Schengen, regulado hasta entonces a nivel internacional, pasó a formar parte del ordenamiento jurídico de la UE. El sistema sigue en evolución y desarrollo en el contexto del Código de fronteras Schengen, que consolida las normas de la UE relativas a la gestión de fronteras.⁹³

Por otra parte, el Tratado de Maastricht,⁹⁴ que entró en vigor en 1993, introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión, aunque ésta se basa en la posesión de la ciudadanía de uno de los Estados miembros de la UE. Este concepto se ha aplicado ampliamente para respaldar la libre circulación de los ciudadanos y los miembros de sus familias de cualquier nacionalidad.⁹⁵ Así, atendiendo a lo establecido en el Tratado de Ámsterdam donde se confirieron las competencias en el ámbito de las fronteras, la inmigración entre otras cuestiones, se crea el Programa de Estocolmo que establece las prioridades de la UE respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010-2014 que por medio de un plan de acción se adoptó en junio de 2010. Partiendo de los logros de

⁹¹ TEDH, *op. cit.*, nota 84, p. 251.

⁹² Sobre el Acuerdo de Schengen, http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/schengen_agreement_es.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹³ TEDH, *op. cit.*, nota 84, p. 20.

⁹⁴ El Tratado de Maastricht su finalidad fue preparar la Unión Monetaria Europea e introducir elementos de unión política (ciudadanía, políticas comunes de asuntos exteriores y de interior), firma 07 de febrero de 1992.

⁹⁵ TEDH, *op. cit.*, nota 84, p. 20.

sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretenden hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más el espacio de libertad, seguridad y justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos.⁹⁶ Ahora bien, para conseguir una Europa segura donde se respeten los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos, el Programa de Estocolmo se centra entre algunas de sus prioridades en:

- Los ciudadanos y sus familiares puedan ejercer plenamente el derecho de libre circulación;
- Se respete la diversidad, se proteja a los grupos de personas más vulnerables (menores, minorías como los gitanos, las víctimas de la violencia, etc.) y se haga frente al racismo y la xenofobia;
- La UE debe continuar desarrollando sus políticas integradas de gestión de fronteras y concesión de visados para facilitar el acceso a Europa de los ciudadanos que no pertenecen a ella, sin menoscabar la seguridad de sus propios ciudadanos. Es preciso contar con controles fronterizos reforzados para impedir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza. Al mismo tiempo, se debe garantizar el acceso a quienes necesiten de protección internacional y a los grupos de personas en situación de vulnerabilidad, tales como los menores no acompañados.
- Basándose en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, la UE debe desarrollar una política de migración exhaustiva y flexible. Esta política habrá de centrarse en la solidaridad y la responsabilidad. Además, tiene que abordar las necesidades tanto de los países de la UE como de los migrantes. Debe tener en cuenta las necesidades de los mercados laborales de los países de la UE y, al mismo tiempo, reducir al mínimo la fuga de cerebros de terceros países. También es preciso poner en marcha políticas de integración enérgicas que garanticen los derechos de los migrantes. Por añadidura, una política común de migración debe incluir una política de retorno sostenible y eficaz, sin dejar de trabajar para prevenir, controlar y combatir la inmigración ilegal.⁹⁷

El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo,⁹⁸ tiene como objetivo constituir la base de las políticas de inmigración y asilo para la UE, el cual adoptó cinco compromisos fundamentales:

1. Organizar la inmigración legal de forma que tenga en cuenta las prioridades, necesidades y capacidades de recepción determinadas por los Estados miembros y fomentar la integración de los inmigrantes;
2. controlar la inmigración irregular y fomentar los retornos voluntarios a los países de origen o de tránsito de los inmigrantes;
3. mejorar los controles en las fronteras a fin de aumentar su eficacia;
4. establecer un marco europeo para el asilo;
5. crear una colaboración global con países de fuera de la UE para favorecer las sinergias entre la migración y el desarrollo.

Ahora que, la naturaleza camuflada de estos instrumentos en la UE es la expulsión de inmigrantes irregulares. Dado que las prioridades de los Estados es fomentar su

⁹⁶ Programa de Estocolmo, "Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano", Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010, http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/jl0034_es.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ En el marco de los Programas de Tampere, La Haya y sobre todo en el de Estocolmo, se adoptó el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo el 24 de septiembre de 2008, aprobado en Cannes por los ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea.

desarrollo y si el migrante en ciertas causas lo modifica respecto a su situación demográfica, ellos quedan fuera de sus objetivos sobre todo cuando no pueden controlarlos. Si bien, las migraciones contribuyen al crecimiento económico de la UE y de Estados que las necesitan por su situación demográfica y su mercado de trabajo. La UE no tiene medios para acoger dignamente a todos los inmigrantes que buscan una vida mejor. Una inmigración mal controlada puede atentar contra la cohesión social de los países de acogida.⁹⁹

De acuerdo al derecho internacional y al derecho europeo los Estados miembros de la UE tienen la obligación de garantizar los derechos humanos a todas las personas en su jurisdicción. Esto incluye a los inmigrantes irregulares. Pese a ello, los Estados miembros no están obligados a ofrecer las mismas prestaciones a los inmigrantes irregulares que a sus nacionales, pero, sí han de atenerse a un conjunto esencial de normas en materia de derechos humanos, como lo es la asistencia sanitaria esencial, atención sanitaria para embarazadas, educación para niños irregulares en iguales condiciones que los nacionales y garantizar que los inmigrantes irregulares puedan presentar quejas y reclamaciones contra sus empleadores.¹⁰⁰ Aunque los Estados miembros tienen el derecho a controlar quién entra y permanece en su territorio, pero sobre ello, tienen la obligación de asegurar que sobre las leyes de inmigración se apliquen los principios de derechos humanos.

Para concluir, los objetivos primordiales de las organizaciones dedicadas a la defensa y protección de los derechos de la población migrante, fomentan el respeto e igualdad de derechos promoviendo una justa igualdad, y los medios por los que se promueven son a través de los diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, la exposición no concluye aquí, es cuestión de interpelar sobre si su funcionalidad ha sido la promulgada, es decir si su ejercicio a dado por terminado las múltiples violaciones a los derechos humanos de la comunidad en general y sobre todo si un reconocimiento viable de la población migrante es aceptado y respetado. De tal manera que el fomento se lleva a través de agendas nacionales año con año sin pasos concretos y finalidades específicas a favor de los migrantes regulares, las cuales no han sido suficientes para resolver los problemas vinculados con la migración. De cualquier manera el trabajo es inmenso y las nuevas administraciones continuarán cada año bajo los mismos o diferentes supuestos, hasta que los objetivos planteados sean inútiles y las necesidades otras.

⁹⁹ Preámbulo del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo el 24 de septiembre de 2008.

¹⁰⁰ FRA, European Unión Agency for Fundamental Rights, “Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea”, Noviembre 2011, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

CAPÍTULO CUARTO

TEORÍA POLÍTICA LIBERAL

“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas.”

(John Rawls, A Theory of Justice, 1971, 17)

PROPUESTA

Los principios encaminados a defender las libertades del individuo y a limitar la intervención del Estado para el ejercicio pleno de la libertad personal, es el objetivo de toda teoría liberal. El surgimiento de propuestas liberales emergen cada vez que el Estado no deja figurar la libertad sobre el individuo. Además cuando una libertad es considerada como tal, es porque la necesidad y el argumento están establecidos, entonces bajo este hecho la libertad debe prevalecer en el principio de igualdad entre las personas, sin la injusta intervención del Estado, sin embargo, no se habla de un Estado sin poder sino de un justo y equilibrado poder.

La moción es que el derecho a la migración sea plenamente reconocido por los Estados como un derecho humano y libertad fundamental del individuo de circular libremente entre sus fronteras y eventualmente obtener una residencia regular en el lugar de destino bajo sus requisitos. Así posteriormente llegar a la ciudadanía y una nacionalidad. Si bien, a pesar de su universalidad el derecho a la migración se estipula en la DUDH en su artículo 13, al decir que *todas las personas tienen derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, así como el derecho de salir de cualquier país*, sin embargo, este supuesto sólo es permisible bajo la facultad de autorización del Estado. La facultad que se da al ciudadano de circular libremente dentro de la frontera de un Estado, es la misma que debería otorgársele a cualquier individuo para moverse de una frontera a otra, puesto que el equivalente argumento de necesidad puede ser para ambos ejercicios.

El supuesto es que esta libertad ha sido concedida a exclusivas personas bajo el privilegio de cierta nacionalidad, se configura la libre circulación dentro de las fronteras pero no sobre las mismas. Es decir, la libertad de las personas de circular y residir en el lugar de su destino es atribuible dentro de las fronteras, pero no, a través de fronteras nacionales, excepto bajo las limitaciones e intervenciones que el Estado impone. El principio de igualdad sugiere que todos los seres humanos son iguales ante la ley, y por tanto ningún privilegio o atribución extra sobre los individuos hará que a ellos se les adjudique mejor un derecho y por tanto la exclusión a otras personas. De tal manera, que si el derecho a la migración sea reconocido como lo es cualquier otro derecho universal, éste cumpliría con el principio de igualdad entre los individuos, que llevaría a otros derechos conexos como lo es, el de obtener una residencia estable, una ciudadanía, y los derechos que ello implica, derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El principio de igualdad es atribuido a todos por igual, en qué supuesto cabe ello, que todo ser humano cuenta con las mismas necesidades de libertad, evidentemente porque todos aspiran alcanzar a cierta medida de sus facultades las necesidades básicas de desarrollo y con ello llegar al máximo nivel de vida digna.

Ahora bien, no se propone establecer más y nuevos organismos, puesto que es evidente que la creación de más de ellos, o de instituciones gubernamentales o no gubernamentales, asociaciones, reformas, leyes, reglamentemos o nuevos decretos, no es la solución al fenómeno de la migración. Sin embargo, la ayuda que generan al tratar de fomentar el respeto por los derechos de los migrantes es considerable, pero no suficiente. Por su parte, la creación de nuevos puestos burocráticos con base en instituciones con fines exageradamente motivadores, y que con el transcurso del tiempo la novedad y el entusiasmo de su surgimiento se aminora, tampoco es la solución. Además, el fin de crear más y nuevas instituciones generará el desvío de presupuesto, cuando en ocasiones otros problemas son mucho más urgentes de solucionar con el poco presupuesto que se pretende atribuir a nuevos organismos. La determinación es re-dirigir atribuciones y responsabilidades con lo que ya se tiene, sobre la base de un reconocimiento factible. Si se empieza por el reconocimiento y la aceptación por parte de la sociedad, éste sería un importante paso por donde empezar.

Si bien, las razones que impulsan a proponer como derecho humano una libertad más estable del derecho a la migración atiende a muchas justificaciones, sobre todo, las prácticas discriminatorias, la desigualdad jurídica y la vulnerabilidad de la población migrante ante las inacciones de los gobiernos por no solucionar el problema de las desigualdades jurídicas. Es iluso pensar evitar la migración, ya que muchas personas migran por diversos motivos no tanto por gusto, sino en la mayoría de las ocasiones son por necesidad. Sobre ello, los motivos siempre son diversos para todos, sin embargo, la

necesidad nunca deja de surgir; así cuando un comerciante necesita circular libremente por motivos de negocio, para el hombre pobre y desempleado el motivo de migrar es diferente, o para el familiar que decide viajar para reunirse con su familiar migrante. Así las razones de la migración siempre irán más allá de un simple capricho y por diversas necesidades.

Las políticas de trabajadores temporales es otra de las vías un poco más estables, las cuales bajo convenios y pactos entre Estados han dado parte al fomento del respeto a los derechos de los migrantes, sin embargo, el emplear a un migrante bajo ciertas reglas cae en el marco de otra clase de sociedad semi-reconocida o semi-facultada. Además, países como México y EUA, el primero generalmente como país de origen y tránsito con la mayor cantidad de emigrantes, y el segundo como el principal país de destino con la mayor cantidad de inmigrantes, no han ratificado la mayoría de los convenios concernientes a los trabajadores migrantes.¹ Así que, tampoco la vía de trabajadores temporales es la precisa, cuando ni siquiera el respeto de trabajadores migrantes con un estatus regular es totalmente reconocido, mucho menos el de un migrante irregular. Por lo que, la estabilidad y el fomento de consideraciones hacia migrantes concierne a los países en particular con políticas regionales y bajo los mismos derechos concernientes que al ciudadano. Pero a pesar de esa particularidad, las acciones de los Estados no son suficientes para el respeto de migrantes.

Ahora bien, el derecho a elegir una residencia y el de circular libremente son derechos inherentes a la migración, puesto que el derecho de moverse no es sólo por el hecho de circunvalar sino el de establecerse en determinado lugar, así que es inminentemente absurdo reconocerle un derecho a establecerse donde se anhele cuando no se es permisible circular libremente. El primero de ellos ya no tendría mucho sentido si el segundo es invalidado, pero podría suceder que el segundo en ciertas circunstancias si lo fuera. Evidentemente la residencia también es factible dentro de las fronteras, así que, la propuesta de reconocer la libre circulación como derecho universal dominara en el sistema internacional de derechos humanos, éste concedería así mismo el derecho a la residencia, el cual un camino a la ciudadanía sería factible. La determinación de obtener la ciudadanía por nacimiento es considerada como una virtud o cualidad de la cual a no muchos se les atribuye, no obstante, nadie voluntariamente puede decidir donde nacer. Quizá algunos argumentarían que los derechos de nacimiento no son injustos, puesto que son cosas de la naturaleza, o quizás como afirma Judith Shklar “[t]odos podemos hacer un esfuerzo para darle la vuelta a la desventura, verla como una injusticia y actuar en

¹ Véase anexo II, “Estatus Jurídico de algunos Instrumentos Internacionales. Relativos a los países de México y Estados Unidos”.

consecuencia.”² Indudablemente el efecto ya está hecho, pero podemos mejorar las consecuencias. El nacer en determinado lugar y dentro de una familia en particular es el resultado de una oportunidad, así el derecho inherente de algunos de los padres sirve de utilidad y significa un propósito social. El derecho de nacimiento y adquirir una nacionalidad sirve para tal fin social, el nacer y desarrollarse. En contraste, la libertad de viajar y establecerse donde uno anhele, en búsqueda de una libertad política u oportunidad económica, es uno de los más básicos derechos humanos.³

Si la libertad de movimiento dentro del Estado es tan importante como para derrotar las pretensiones de las comunidades locales, ¿Sobre qué fundamento se puede restringir la libertad de movimiento entre los Estados? Se requerirá un argumento de mayor peso que la distintividad moral del Estado-nación como forma de comunidad.⁴ El argumento de considerable peso es tan sencillo, el hecho de que las naciones se jactan de tener una comunidad fuerte y vinculada a sus raíces es valor suficiente para considerar que no hay de que temer a los migrantes, entonces una nación con migrantes no desintegrará una comunidad y sobre todo menos la naturaleza de un Estado libre y soberano. De la misma manera, los argumentos de libertad que refutan los Estados a sus nacionales son los mismos que deben plasmarse a la libertad de los migrantes, puesto que si un ciudadano tiene la necesidad de moverse de un lado a otro, la misma necesidad la puede tener un migrante de trasladarse a otro país, es decir las necesidades y las libertades no son atribuibles sólo por el hecho de una condición social y mucho menos de un estatus jurídico.

El contra argumento que muchos nacionalistas afirmarían es el valor soberano que cada país goza. Bajo ese poder soberano cada Estado tiene el derecho de elegir quien entra y quien no, sin embargo, bajo esta premisa, cuál fundamento es más importante la soberanía de un Estado o el principio de igualdad sobre los individuos. A pesar de las constantes oposiciones políticas minoritarias y restrictivas la posibilidad de que el derecho a la migración sea aceptado como un derecho universal, se refuta sobre el poder del Estado. Si el poder para admitir o excluir a los extranjeros es inherente a la soberanía, y es esencial para cualquier comunidad política. Entonces, qué es primordial: la soberanía de un Estado como aspecto colectivo o la libertad individual. No se niega que el Estado tenga el derecho moral y jurídico para ejercer ese poder en su propio interés nacional, pero ese interés no es justo y equivalente cuando sea a costa de negarle la entrada a

² Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, trad. Alicia García Ruíz, España, Herder, 2010, p. 120.

³ Appel, Jacob M., “The Ethical Case For An Open Immigration Policy”, *Opposing views, Immigration*, 04-05-09, <http://www.opposingviews.com/i/the-ethical-case-for-an-open-immigration-policy> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁴ Carens, Joseph H., “Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas”, trad. Pablo Larrañaga, *Isonomía*, México, núm. 30, abril, 2009, p. 73, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_303.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

migrantes pacíficos y necesitados. Si bien, los Estados pueden elegir ser generosos al admitir inmigrantes, pero desafortunadamente no tienen ninguna obligación vinculante de hacerlo, sin embargo, sí una obligación moral de ayudar.

Así que por las mismas razones que se exigió el derecho a la libertad religiosa, se insistirá en que se incluya dentro del sistema de libertades básicas el derecho a la migración: éste puede ser esencial para realizar los planes de vida para muchas personas, sobre todo cuando las opciones de desarrollo son pocas. Según Rawls, la libertad puede restringirse para promover la libertad incluso en una teoría ideal, y todas las libertades dependen de la existencia del orden público y seguridad. Supongamos que una inmigración irrestricta condujera al caos y al quebrantamiento del orden. Entonces se estaría peor en términos de las libertades básicas. Incluso al adoptar las perspectivas de los menos aventajados y al dar prioridad a la libertad, en estas circunstancias las personas en la posición originaria apoyarán restricciones en la inmigración. Pero ello, no conduce al caso de un quebrantamiento, además el orden siempre estará controlado por algún gobierno, pero la libertad no puede ser restringida bajo ese argumento, aunque sí podría ser limitada bajo argumentos razonables. Así, la tragedia aún no ha sucedido. Acaso, no es así como funcionamos, actuamos después de la tragedia, y nos impulsamos por medio de ellas para realizar cambios, entonces hay que reaccionar frente a esta situación. Las restricciones sólo estarán justificadas en la medida que sean necesarias para preservar el orden público. Entonces, de qué manera determinamos que a través de la migración el orden público no se asegura. La necesidad de ciertas restricciones no justifica cualquier medida. Así que la amenaza al orden público como consecuencia de la inmigración ilimitada no puede ser el resultado de reacciones de rechazo por parte de los ciudadanos sino por parte del Estado. A veces las reacciones de alteraciones al orden social de los individuos se deben a ciertas circunstancias de injusticia, por lo que un derecho a manifestarse no puede limitarse a nadie, así que la amenaza al orden público puede ser por causa de acciones injustas, ya que una alteración al orden social no siempre es para desfigurar una sociedad sino para fortalecerla. En particular, la necesidad de ciertas restricciones no justifica cualquier restricción, ni restricciones por cualquier motivo, sino sólo aquellas esenciales para el mantenimiento del orden público. Esto sugiere que, si hay restricciones a la inmigración por razones de orden público, debe darse prioridad a quienes quieran inmigrar porque en sus países de origen se les niega alguna libertad básica frente a quienes busquen hacerlo para mejorar sus oportunidades económicas.⁵

A través de la lucha por un reconocimiento, las políticas liberales deben ir más allá de un criterio de autonomía simple, es decir, para poder resolver algunas cuestiones de

⁵ *Ibidem*, pp. 63-66.

diferencias es el caso típico en que las cosas iguales han de ser tratadas iguales y cosas diferentes de manera diferente. Así la autonomía privada de los ciudadanos con los mismos derechos puede asegurarse solamente a un mismo paso con la activación de su autonomía ciudadana.⁶

Los gobiernos de países emisores siguen considerando a los ciudadanos en el exterior como una población que necesitan controlar y con la cual mantenerse en contacto. El hecho es que el incremento y el uso del capital humano les conviene a ambos países, las remesas y el lobby político de los países receptores es su principal interés. Estas tres razones, en parte, entran en conflicto unas con otras y están vinculadas con orientaciones ideológicas más generales sobre la emigración y la inmigración. Mejorar el capital humano es una estrategia de desarrollo asumida por los países emisores que apoyan a la emigración como un valor seguro contra la pobreza y la protesta social y que, además, debe estimular el retorno de la migración como un mecanismo de importación de habilidades útiles y ahorros acumulados. El segundo interés que tienen los países emisores en la emigración son las remesas enviadas a las familias que se encuentran en los países de origen. Éstas dejarían de fluir bajo dos circunstancias opuestas: con el retorno permanente de la migración y con la reunificación familiar y la integración plena del país receptor. Las remesas, por tanto, serán maximizadas si los emigrantes van y vienen. Finalmente, los países emisores pueden considerar a los emigrantes como una fuerza política dentro del país receptor que puede poner en marcha sus intereses, tanto económicos como políticos.⁷ Además las actitudes de los países receptores por demás son contradictorias, a sabiendas que reciben inmigrantes y que a sus sombras están empleados, por qué esforzarse más en restringir la entrada en la frontera de la inmigración irregular y no accionar en contra de sus empleadores nacionales con políticas más estrictas sobre la contratación de inmigrantes irregulares, lo cual serviría para persuadir a algunos del hecho de migrar. Si bien, considerar a los países bajo sus inacciones de los gobiernos podría o no ser por complicidad o por lo menos la ineficiencia de sus leyes. La situación es cómo entran en conflicto las razones de considerar controlar a los inmigrantes, así ambos gobiernos se facultan por medio de pactos para controlar la inmigración y de fomentar el respeto por sus derechos, en primera dan por hecho el deseo de las personas de migrar de un lado a otro (en cuestiones de migración regular), en segundo establecen acciones administrativas o apoyos sociales para la migración irregular, por tanto, vuelven a ratificar el hecho de una migración continua. Entonces la

⁶ Habermas, Jürgen, "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho", trad. Francisco Cortés Rodas, *Daimon Revista de Filosofía*, España, Universidad de Murcia, núm. 15, julio-diciembre, 1997, p. 30, <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9401> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁷ Bauböck, Rainer, "Hacia una teoría política del transnacionalismo de los emigrantes", en Soysal, Yasemin, *et al*, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, pp. 192-193.

aceptación y conocimiento del Estado no hace factible a un derecho empezando por ese reconocimiento. Si el gobierno de los EUA argumenta que las distinciones en el trato de extranjeros, a veces son permitidas en primera instancia porque no existe un derecho subyacente que implique deban ser tratados de igual manera, esa no es razón suficiente que justifique las medidas que se implementan.

Si la hipótesis de un derecho a la migración parece irrealista, la contrariedad de ella es que bajo la hipótesis de una inmigración cero parece aún más irrealista, así la realidad de un derecho a la migración fundamentalmente reconocida subsistirá mientras existan motivos válidos para migrar y estos siempre se expondrán. La realidad de la migración es que está en una lucha constante contra la sociedad y sólo sobre ellos se resisten contra la opresión, el desprecio y las desigualdades por parte del Estado. Por ese motivo es que luchan por el reconocimiento de sus identidades. Los movimientos de emancipación en las sociedades multiculturales no forman un fenómeno unitario. Estos presentan distintos desafíos según que las minorías endógenas se han hecho conscientes de su identidad o si surgen nuevas minorías a través de la inmigración. Los desafíos cuanto más grandes más profundas llegan a ser las diferencias religiosas, de raza o étnicas o las no simultaneidades históricas y culturales, que deben ser superadas.⁸ En la medida en que tratemos un problema como un problema jurídico, ponemos en juego junto con él conceptos del derecho moderno que nos constriñe a todos a operar con los amplios presupuestos arquitectónicos del Estado de derecho.⁹ Sólo por razones conceptuales y restrictivas de los Estados.

Ahora bien, si se propone una ciudadanía universal o global, evidentemente sería una ciudadanía sin nación que no traería ningún futuro progresista para el concepto de nación. En vista que es común ver a la ciudadanía ligada a una nacionalidad, ello no implica una necesidad, es así como la ciudadanía tiene identidad propia de una nación, lo que hace encarnar el derecho a una nacionalidad, el pertenecer a un Estado, sin embargo, las identidades no deben regirse por naciones sino por el individuo mismo. A pesar de ello, la ciudadanía puede desligarse de una nación, redirigirse más allá de un Estado-nación, indudablemente constituirse bajo una nacionalidad no se hace más beneficiario a ciertos derechos, sin embargo, en la práctica parece lo contrario. Ahora bien, si la construcción de identidades te hace beneficiario de ciertos derechos en determinada sociedad, entonces lo ideal sería implementar un nuevo concepto de ciudadanía sin nación con nuevas identidades.¹⁰

⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰ Barbero González, Iker y Ariza, Libardo José, "Ciudadanía más allá del Estado-nación: pertenencia y derechos en un mundo global", en Ariza, Libardo José y Barbero González, Iker (comps.), *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, siglos del hombre, 2010, pp. 27-109.

En consecuencia, si el derecho a la migración no es aceptable, la nulidad de subsecuentes derechos también lo será, es decir, la falta de un reconocimiento jurídico a la población migrante afectaría a la posibilidad de poder obtener otros derechos, como el derecho a una ciudadanía, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Si bien no se imagina la idea de la inexistencia de fronteras, pero si la idea de buscar una solución para esta sociedad migrante, no en la idea de costo-beneficio sino sobre beneficio-beneficio. Bajo la primera idea el costo para algunos Estados podría ser el poder soberano que los hace libres de cualquier poder extraño, sin embargo, ello no es costo a perder. El beneficio es acabar con las desigualdades ante la sociedad entre la población migrante y los ciudadanos, que la debilidad de los migrantes se transforme en una sociedad fuerte y constituida de derechos como todos los demás; con base en el reconocimiento de los migrantes como personas iguales a todo ser humano e inherente de derechos humanos universalmente conocidos. Ahora bien, bajo la idea de beneficio-beneficio, un Estado con el mismo poder soberano para gobernar y a más gente por gobernar, evidentemente su democracia será más palpable; y la aceptación de la población migrante inherente de derechos en ese momento serán *re-conocidos*.

Viabilidad de la propuesta

La propuesta planteada quizá caracterizada como un surrealismo liberal, una especulación utópica o una suposición irrealista, es más que ello, es una propuesta evidentemente a muy largo plazo. Las cantidades elevadas de la migración es algo que ya muchos veían venir, sin embargo, hablar de ello como problema es algo disparatado, es una cuestión de naturaleza de las acciones e inacciones de los Estados.

Ahora bien, la contrariedad a esta propuesta es contemplar a la migración como un problema y por tanto la solución que muchos proponen es controlar la migración con la finalidad de acabar con los flujos migratorios, sin embargo, dicha especulación es mucho más irrealista y nula que cualquier otra. Es claro que las personas a pesar de las fronteras entre Estados, de las políticas restrictivas y de las múltiples violaciones a sus derechos, los migrantes no se detienen ante tales negativas de migrar. Por lo que, si no se les puede negar el derecho a emigrar y cuando migran lo hacen bajo la irregularidad, por qué no ayudarlos a hacerles más factible sus condiciones de migrar. El problema no es emigrar o inmigrar, el problema es como los Estados reaccionan ante tal situación. Ciertamente las personas están acostumbradas a negar lo desconocido, por eso es que reaccionan a lo nuevo y a los extranjeros. Por tal motivo, es suficiente para hacer del conocimiento de las comunidades, que personas extrañas desean llegar a su territorio y por tanto formar parte de su comunidad pero no arrebatárselas, así, si se empieza por el conocimiento se llegará

a la aceptación y respectivamente su reconocimiento. Por lo que debemos comprometernos con esta idea de aceptar al extraño como parte de nuestras comunidades, ello no separará comunidades sino reafirmará el carácter comunitario del que todos somos parte como una comunidad universal y sin particularidades. De tal manera, que antes de empezar por emancipar a los migrantes, tenemos que empezar por nosotros mismos, sobre la emancipación de pensamientos xenofóbicos o de rechazo contra la comunidad migrante.

El derecho a la migración surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación y la residencia de las personas, entendido como derecho de la persona y no del ciudadano. El derecho por el cual el individuo decide como vivir su vida y no bajo las opciones que el Estado decide otorgarle, derecho que está estrechamente vinculado cuando se entiende como vida digna de ser vivida y no como simple supervivencia. Reconocer el derecho a la migración no es una tarea interminable, ya que estamos bajo un plazo de inversión, donde la tarea de aceptar la libertad de circular se acerca permanentemente a su objetivo, este movimiento de progreso ha de ser *en lo futuro más rápido y eficaz que en su pasado.*

CONCLUSIONES

Reflexiones finales

Se observa conjuntamente el hecho de que las migraciones normalmente manan de sur a norte, y en su mayoría de países en desarrollo a países desarrollados. La migración es un fenómeno que trasciende a través de las fronteras transnacionales, además es una de las consecuencias más características de la globalización. Si bien, aunque la globalización dio como efecto el flujo de capitales entre países, el desarrollo de tecnologías y la unión de sociedades y culturas, estos fueron bases suficientes para contribuir al flujo de personas.

La globalización, de hecho, ha surgido precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las identidades. Se revela de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados. No se afirma que el carácter de la globalización sea dañino, pero si se reitera que la naturaleza del Estado soberano ha cambiado, y de hecho podría decirse que para el bien de los Estados en particular.

La población migratoria sigue en aumento y evidentemente llegaremos a cifras más preocupantes, al ritmo que se va las NU estiman que en todo el mundo en 2050 podría alcanzar la cifra de 405 millones de migrantes; a diferencia de lo que actualmente se estima equivaldría a un promedio doble. Ciertamente los Estados expresan parte de su preocupación, sobre todo de países que hacen pie de los derechos humanos respecto a la población migrante. Pero a algunos Estados no parece importarles la celebración de tratados relativos a migrantes, sobre todo aquéllos donde el índice de migración es el de mayor auge en comparación con las demás naciones. A saber, EUA es el país con el mayor porcentaje de migración, tanto regular como irregular, así también, el primero en no consolidar el compromiso internacional, toda vez, que en su mayoría no ha ratificado los tratados relativos a los migrantes. Por su parte, México como el mayor promotor de migrantes hacia el norte y el principal país de tránsito de migrantes, tampoco en su mayoría ha ratificado los principales convenios relativos a la migración. Así dentro de sus facultades no hace mucho por limitar o restringir de cierta manera la emigración.

Las principales limitantes en el sistema internacional de derechos humanos para la protección de migrantes es que la mayoría de los países receptores de migrantes no han firmado ni ratificado los convenios relativos a migrantes.

El derecho al trabajo es una de las libertades más necesarias e indispensables en todo ser humano, pero a veces el Estado no cuenta con la suficiente distribución de empleos y las personas evidentemente reaccionan a ello, de tal manera que mejores oportunidades se visualizan en otros países. Este derecho no es sólo la libertad de buscar, sino que el Estado tiene la obligación de que las oportunidades sean viables dentro de su territorio, situación que el gobierno mexicano puede impulsar promoviendo el desarrollo de su país para evitar que el mayor motivo de la migración sea buscado en otros países. Además las acciones de los gobiernos no sólo deben ir encaminadas por sus habitantes sino por los inmigrantes que deseen retornar, se debe asegurar que los retornados puedan estar en mejores condiciones que las de antes de partir y después de ello, como lo es en su estado de vulnerabilidad al ser migrantes.

Encima la continua lucha de los Estados por controlar el fenómeno migratorio y la lucha de los individuos por cruzar a los lugares más inesperados, se contradicen, ninguna de ellas determinan un fin y solución adecuada para ambos. Toda necesidad tiene un argumento, la necesidad es contemplar a una ciudadanía que continuamente crece y está a las sombras de no reconocerse, pero necesariamente es indispensable, ya que son individuos facultados de derechos por el hecho de pertenecer a la sociedad humana. Dicha ciudadanía oculta es limitada en sus deseos y decisiones, puesto que infringen en sus propias libertades de circular y de desarrollarse.

Ahora bien, sin mencionar las múltiples restricciones que implica no poder ejercer un derecho, las restricciones siempre llevan a una limitación o negación de un derecho como lo es la libre circulación de las personas. Acaso coaccionar al individuo no es privarle de su libertad. A pesar que la DUDH habla de un derecho a la migración su universalidad no es viable. Sin duda, las personas no pueden circular libremente de un Estado a otro y elegir su residencia en el territorio deseado, ello es facultad de elección del Estado. Ciertamente las personas pueden emigrar de su país, pero que sentido tiene ello si no se puede entrar libremente a otro, el primer ilusorio derecho hace vano el siguiente. Entonces el sinsentido derecho de salir, no permite la entrada a otro país. Ambos derechos deben poseer una simetría que permita el ejercicio de esos derechos y así cumplimentar el apropiado sentido de un derecho a la migración. El derecho de circular libremente dentro de la frontera de un Estado es el mismo que debe otorgarse para moverse de una frontera a otra, puesto que el mismo argumento de necesidad es para ambos derechos.

El derecho a emigrar no tiene ninguna restricción dentro de algún país, puesto que el Estado no niega al individuo salir de su nación. Sin embargo, el poder inmigrar a cualquier país siempre cuenta con restricciones y limitaciones que el Estado impone, ello implica la negación de ese derecho. Así que, si se estipula un derecho necesariamente se debe una obligación por parte de otro, el de permitir entrar, y aquí las obligaciones son por el Estado y los derechos del individuo. Las múltiples restricciones que el Estado impone son basadas en criterios de elegibilidad, así que, si se afirma que todos somos iguales, por qué la elegibilidad debe ser el fundamento para determinar quien entra en el territorio de un Estado. Además dichos criterios de elegibilidad son basados en apreciaciones injustas, tal es el caso de determinar la situación económica de las personas, situación laboral o profesional, conocimiento de un idioma y entre otros aspectos, claramente cualquiera que sea su criterio ninguno debe justificar este hecho, principalmente porque los criterios de elegibilidad no deben ser manipulados bajo ciertos privilegios.

La característica principal que distingue a un migrante es la vulnerabilidad de su estatus jurídico, por ello, un ejercicio de sus principales características:

- Los migrantes son más propensos a silenciarse ante las injusticias.
- En su situación de inseguridad jurídica optan por no responder ante sus exigencias.
- En su mayoría la escasez económica no es la deseada, la cual es el mayor impulso para migrar.
- Son tratados como delincuentes en situaciones que deben reconocerse como faltas administrativas y no como delitos.
- Los migrantes son personas que con valerosa actitud no se rinden y a pesar de no contar con un sistema jurídico que los reconozca, no es impedimento para continuar con sus propósitos.
- Los trabajadores migrantes irregulares se convierten en una presa fácil para la explotación humana no sólo para fines laborales debido a su condición de vulnerabilidad e inseguridad.
- Los migrantes intercambian la estabilidad familiar por una situación de irregularidad, que a largo plazo se determina como un proceso de inversión, evidentemente bajo el hecho de que mejoran sus condiciones de vida tanto para ellos y sus familiares.

Por lo demás, las principales preguntas que resuelven y concluyen este estudio son las siguientes:

A. *¿Por qué el derecho a la migración debe ser considerado como un derecho fundamental?*

Ciertamente los derechos siempre surgen por una necesidad y nunca por un simple capricho. Primeramente se debe comprender que la población migrante va en aumento continuamente y segundo que se encuentra en las sombras de los Estados que no

responden a sus necesidades, que necesariamente es indispensable, puesto que son individuos facultados de derechos que por el sólo hecho de ser humanos están latentes en ellos y que piden a gritos silenciosos ser respetados por todas las sociedades. Ahora, si se es necesario el desarrollo de la población ello únicamente se dará con el respeto y reconocimiento de sus derechos. Si el otorgar y concederse un derecho depende plenamente de la naturaleza del derecho, entonces la naturaleza del derecho a la migración es que todo ser humano necesita desarrollarse y para ello necesita el de poder moverse de un lugar a otro, y con mayor justificación cuando las posibilidades son nulas en cierto territorio. La naturaleza del derecho a migrar indudablemente ha sido limitada. Esta cuestión se trata de una exclusividad histórica y ahora por cuestiones políticas y de intereses económicos ha sido restringida. No todos los derechos legales tienen el mismo sostén moral. Por lo que, la fuerza del caso moral para la concesión de un particular derecho reconocido a migrantes irregulares dependen en parte de la naturaleza de ese derecho.¹

Si, un derecho corresponde a la acción y respectivamente la obligación de alguien más, ello es el derecho a emigrar, el derecho de salir y la obligación de otro Estado de permitir la entrada. Además el reconocimiento de otros derechos que respectivamente surgen son indispensables, tales como los derechos económicos, sociales y culturales que son considerados derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna. Por ello, los derechos de igualdad deben ser reconocidos no entre fronteras sino sobre las mismas.

B. *¿Cuáles son los derechos de los inmigrantes dentro del sistema internacional de derechos humanos?*

El derecho a la vida es uno de los más importantes derechos fundamentales del ser humano, pero éste no consiste únicamente en tenerla, sino en desarrollarla con prosperidad. Este derecho abarca varios aspectos, vida en común y una vida digna, sin embargo, dicha facultad en ocasiones se obstaculiza, a través de los medios de opresión o negación de conservar o buscar un mejor modo de vida, así como a través del derecho a un empleo como medio de subsistencia se es negado o impedido. De tal manera, el derecho no sólo significa tener la facultad, sino también tener los medios para lograrlos y que sea permitido materializarlo.

Los derechos humanos de los migrantes distan mucho de ser protegidos por los Estados por el hecho de considerar que existe una contraposición entre la soberanía de los Estados y el resguardo de los derechos humanos de los migrantes, por tanto, los convenios establecidos se llegan a convertir en sólo materialización sin cumplir o

¹ Carens, Joseph H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 130.

simplemente tergiversar su sentido. En virtud que el derecho a la migración es limitado y restrictivo conlleva al migrante a una lucha continua de buscar otras vías sobre todo las más inhóspitas. Por tal motivo, es necesario que el derecho a la migración sea correctamente simétrico y consecuentemente el respeto de derechos sea regulado. La generalidad de los derechos a los migrantes no es otorgada como a cualquier ciudadano, sobre todo cuando se encuentran en un estatus de no documentado, el trato es totalmente diferencial. Sin duda, no debemos olvidar que la lista de derechos que al migrante se le debe reconocer, son aquellos derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana universalmente conocidos, sin embargo, no reconocidos.

C. *¿En la gran contraposición entre soberanía nacional y derechos humanos de los migrantes, qué es más importante?*

La soberanía es el poder que el Estado tiene sobre su territorio, y que hasta cierto punto sobre sus ciudadanos, el Estado está para obedecer al ciudadano en cuanto a sus beneficios y no sobre el beneficio de unos cuantos. El Estado se jacta de todos sus actuantes por medio de ese escudo tan grande que lo protege llamado soberanía, afirma que nadie puede entrar y juzgar sus acciones, ningún otro poder similar a él, puesto que es un Estado libre y soberano de hacer lo que le plazca pero olvida que ese ejercicio está condicionado a una obligación, la obligación de actuar ante sus efectos y circunstancias concernientes a sus habitantes. Además, el precepto soberanía fue atribuido para distinguirse del poder de otros Estados pero no sobre los individuos.

Por otra parte, la soberanía ya no es una categoría absoluta sino, es lo que históricamente se habría considerado, ahora según el contexto social y político verdaderamente ya no ocupa aquel contexto natural históricamente. Ya que los países no se adecuan a las problemáticas sociales entonces las definiciones deberían de hacerlo. La cuestión es, el concepto no se adecua a la realidad o la realidad ya no se adecua al concepto. En otras palabras, si el concepto soberanía ya no se acomoda a su realidad, lo que tiene que cambiar es su concepto y no la realidad.

La fuerza sobre las fronteras, el ejercicio militarizado en fronteras, es la solución que los Estados ofrecen a sus límites territoriales, estos límites son el manifiesto de la soberanía de los Estados, es por ello su preocupación y significado al obstaculizar la libre circulación de las personas, pero ello no es justo, que a tal justificación la vida de migrantes se vea mermada así como su desarrollo. Así el costo de la vida por el beneficio de la seguridad de una nación, entonces parece ser más importante la seguridad de una nación que la particularidad de una población. Aunque los Estados conserven sus límites territoriales estos no deben constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no depende del lado de la frontera en que se haya nacido. El principio de la libertad de movimiento no es intrínsecamente incompatible con la

soberanía del Estado, sin negar que hay circunstancias bajo las cuales la inmigración podría amenazar a la capacidad del Estado para gobernarse a sí mismo. El respeto de los derechos de migrantes debe contener un constante equilibrio entre la soberanía de los Estados, y los derechos que tienen los migrantes en el marco del derecho internacional.

D. *¿La implementación de políticas migratorias y la construcción de fronteras resuelve el flujo de migrantes?*

En su mayoría las políticas migratorias son restrictivas y exclusivas para la población migrante con un estatus regular, sin embargo, su finalidad es preservar los intereses del migrante regular y evitar el flujo de migrantes indocumentados bajo el no reconocimiento de su situación irregular. Pero muy a pesar de ello, la población migrante no se limita a desplazarse. Además la clandestinidad no es obstáculo para circular sobre las fronteras, sucede que sobre las políticas restrictivas año con año la población crece más y no sobre ello, sino que parece no importarles mucho las políticas de los Estados y mucho menos las fronteras. Tan es así que la publicidad sobre la vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes es mucho más difundida, y aún el flujo sigue continuo.

Es muy claro que las más graves consecuencias del fenómeno migratorio son las muertes de más y más migrantes ya sea en el intento de pasar por el cruce fronterizo o al atravesar el mar o al llegar a su destino. De estos desastres humanitarios, quién debe tomar responsabilidad, el país que no distribuye los elementos básicos para el desarrollo del ciudadano, o el país que rechaza al migrante con efectos de violencia. Si el Estado deja al ciudadano salir de su país en busca de otras soluciones porque él mismo no le ha proporcionado las opciones básicas de subsistencia también tiene responsabilidad por las consecuencias, y así también el Estado soberano que ejerce su poder al impugnar un derecho a la vida o un derecho al desarrollo.

No se le puede exigir a otro gobierno lo que algunos gobiernos no hacen, es claro que este país por más acuerdos internacionales que suscriba para reafirmar lo establecido en la DUDH, no llega a soluciones concretas para regular a la sociedad migrante. Además, si se exige respeto se debe empezar por hacerlo con aquellos migrantes que cruzan por este país.

E. *¿La realización de acuerdos transnacionales contribuye al respeto y reconocimiento de los derechos de los migrantes?*

El respeto a los derechos exige que incluso los migrantes indocumentados gocen de una protección jurídica mínima; según la filosofía de los derechos humanos, los individuos están protegidos por el hecho de ser personas, no por su nacionalidad o su ciudadanía, aunque estos derechos se ejerciten en un plano supranacional. Sin embargo, los tratados internacionales son aplicables para el Estado que ha ratificado dichos acuerdos, así que sin la manifestación de voluntad la adhesión y exigibilidad son nulas. Los acuerdos

transnacionales relativos a la población migrante hacen cierta exclusividad, en los cuales el único reconocimiento es para la población migrante en un estatus regular, así, hace una clara distinción a los migrantes en situación irregular. El PIDCP menciona una separación muy particular, el hecho de que toda persona deba encontrarse legalmente en el territorio de un Estado para gozar del derecho a circular libremente. De tal manera que, la libre circulación se aplica sobre la frontera de un Estado en particular, y no entre fronteras nacionales. Además, también se ratifica el derecho a escoger libremente una residencia bajo la condición de un estatus regular. Entonces no todas las personas son iguales ante la ley, puesto que la diferencia entre regulares les corresponde a iguales, mientras que irregulares se les retribuye a manera desigual.

F. *¿Por qué el sistema jurídico internacional de derechos humanos acecha a desigualdades y practicas discriminatorias hacia los migrantes?*

Como se afirma la libre circulación asiste únicamente a ciudadanos de alguna comunidad en particular, entonces ello se condiciona a la exclusividad de ser ciudadano. De tal manera que únicamente los derechos son contemplados cuando eres parte de un Estado y no el de fundamentarse como ser humano inherente de todos los derechos universalmente reconocidos, entonces acaso no deberían llamarse derechos de los ciudadanos y no derechos humanos y fundamentales. Si bien es imprescindible que todos sean tratados con genuina igualdad, pero es estrictamente útil una acomodación de diferencias y constituir la esencia de la verdadera igualdad, pero para acomodar las diferencias resultan necesarios los derechos específicos. Bajo el *derecho a la diferencia* los individuos deben ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de ello pero no en su perjuicio. La identidad de los individuos que pertenecen a ese grupo determinado se afirma sobre la base de las diferencias que los caracteriza como miembros del grupo, y los distinguen de otros ciudadanos.

G. *¿Cuál es la eficacia del sistema jurídico internacional de derechos humanos para la protección de los migrantes?*

La tarea de las organizaciones internacionales y sus facultades sobre los Estados sin duda no es exigir a los países integrantes de esas organizaciones el respeto y resguardo de los derechos humanos, ellos tienen un compromiso ya sea moral o político. Los organismos emiten recomendaciones y ocasionalmente exigen sin evidencia de ser cumplidas, es notorio que esta lucha no es únicamente por estructuras sociales sino de todas las naciones no sólo por hecho de que otros lo exijan, sino de cumplir con sus respectivas obligaciones. Las diferencias de opiniones sobre cómo cumplir y hacer respetar sus encomendados vuelve a una cuestión entre conveniencias políticas para los Estados, que sitúa de lado lo necesario e indispensable. La DUDH enuncia una

concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional y como instrumento que ha contribuido a la interpretación más precisa y sustancial de la CNU. La DUDH tiene un valor jurídico que si bien, parte de la doctrina defendió desde su adopción, aunque no le fuera reconocido en su origen. En esta perspectiva la fuerza obligatoria de la DUDH no es directa, sino que se adquiere en virtud de su incorporación implícita a la CNU, la cual ha sido ratificada en su mayoría por todos los países.

H. *¿Qué efecto causaría si se dejara el libre tránsito de las personas y no existieran las fronteras entre países?*

Sin duda tenemos que reconocer que para el ejercicio de ciertas facultades continuamente se debe ceder un poco de las libertades, de tal manera que aunque se quiera ser completamente libre sin ninguna perturbación, siempre se estará limitado a lo que el Estado decida. La llegada de la libertad de un derecho a la circulación, se estaría supeditado a las disposiciones de los Estados con o sin fronteras, por dónde y de qué manera circular. Exigir un derecho a circular no significa que aunque sea permisible ese derecho invariablemente este lleno de obstáculos y dificultades no accesibles para todos sino solo para unos cuantos. Alguna afirmación sería que la superpoblación es la mayor consecuencia, sin embargo, no hay prueba suficiente que lo compruebe, tendría que suceder para demostrarse, además si las personas migran es por un motivo razonable de fuerza mayor, las personas no migran por el sólo capricho de moverse, ni por el hecho de deambular en territorios, sino para establecerse y desarrollarse.

I. *¿Por qué la figura de una ciudadanía global o universal permitiría acabar con las prácticas discriminatorias hacia los migrantes?*

El hecho de que un estatus regular reconozca la personalidad de cierta persona es una posibilidad para beneficiarse de otros derechos. La personalidad reconocida a los individuos al ser considerados parte de una comunidad es la figura de la ciudadanía. Los tipos de ciudadanía vistos en el capítulo primero son un ejemplo claro de como las clases manifiestan su carácter individual. La ciudadanía es un tipo de privilegio que en su mayoría la población goza, sin embargo, como las clases sociales, todos somos parte de ellas, aunque todas hacen su distinción particular; y no sólo es el hecho de corresponder a cierta clase de derechos sino de pertenecer a una comunidad. Es evidente que la clase aún funciona aunque en otros términos. Según Marshall la desigualdad social es producto de la clase social aunque se considere necesaria tiene un fin. Proporciona el incentivo para el esfuerzo y crea la distribución del poder. Sin embargo, a veces la distribución de poder se torna excesiva contra la población de los menos aventajados. A pesar de una total inclusión del migrante no depende únicamente de otorgársele una formal ciudadanía y de derechos regulares que ello implica. Es importante que aún ellos mantengan esa

libertad de decidir su derecho a elección de mantener una religión, cultura e identidades nacionales que los distinguen de la mayoría y abandonar esas elecciones si ellos deciden y que esto no implique dejar de ser miembros de una sociedad.

Una personalidad universal reemplazaría a la nacionalidad, así como los derechos humanos universales lo harían con los derechos nacionales. Por tanto, el individuo trasciende al ciudadano, así es como funcionaría una ciudadanía global. Es común ver a la ciudadanía ligada a una nacionalidad, pero ello no implica una necesidad. Las identidades no deben regirse por naciones sino por el individuo mismo. Sin embargo, constituirse bajo una nacionalidad parece hacer favorable al individuo de gozar ciertas clases de derechos.

El fin primordial de los derechos humanos es el desarrollo pleno del ser humano. El hecho de circular libremente de un lado a otro es una de las facultades necesarias para cumplir aquella finalidad. A través de la historia problemas que fueron considerados en su principio como base de una desigualdad y que en su momento no tanto de aceptación sino de respeto, se llegó a una respuesta factible para su desarrollo. Al final de cuentas llegará el momento que la lista de derechos básicos se extienda con el paso y desarrollo de la historia, ello es viable, ya que de acuerdo a las transformaciones sociales cada vez exigimos otras condiciones de vida y por tanto el reconocimiento de otros derechos. Por todo ello, es evidente la necesidad de una teoría sobre el derecho a la migración, con fundamento en el principio de igualdad entre la población migrante y los ciudadanos. Si hablamos de problemas que históricamente se han desarrollado y que paralelamente se han resuelto, justificados bajo el argumento de igualdad entre personas y los principios de no discriminación, éste es tiempo para aceptar un derecho a la migración.

FUENTES DE CONSULTA

I. Bibliografía

- ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y Sobrino Hereida, José Manuel (coords.), *Migraciones y desarrollo II jornadas iberoamericanas de estudios internacionales Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 645, ISBN: 9788497684200.
- ARAGONÉS, Ana María (coord.), *Mercados de trabajo y migración internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2011, pp. 470, ISBN 978-607-02-2274-0.
- BAUER, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, España, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009, pp. 165, ISBN: 978-84-7658-906-9.
- BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 288.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. Julio Bayón, Madrid, Alianza Universal, 1988, pp. 278, ISBN: 84 -206-2523-X.
- BLANCO, Cristina, *Migraciones nuevas movilidades en un mundo en movimiento*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 286, ISBN: 9788476587904.
- BUSTAMANTE, Jorge A., *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 94, 2002, pp. 210, ISBN 968-36-9974-X.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª edic., New York, Oxford University Press, 2003, pp. 742, ISBN: 978-0199260713.
- BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 300, ISBN 978-607-2-00354-5.
- CAMPS MIRABET, Núria, *El Derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, España, Universidad de Lleida, 2005, pp. 113, ISBN: 9788484099413.
- CARENS, Joseph H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 364, ISBN: 978-0-19-0033839.
- CARVAJAL SILVA, María Raquel, *Migración internacional y derechos humanos*, México, CUCSH-UdeG, 2004, pp. 184, ISBN: 9702703948.
- CASTRO DOMINGO, Pablo (coord.), *Dilemas de la migración en la sociedad posindustrial*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008, pp. 345, ISBN: 9789708190824.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp.169, ISBN: 970-32-0888-6.
- DÍEZ-CANEDO Ruiz, Juan, *La migración indocumentada de México a los Estados Unidos: un nuevo enfoque*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 208, ISBN: 9789681617424.

- ESCOBAR VILLANUEVA, Salvador I., *Globalización y sus efectos en la migración México-EE. UU.*, México, Universidad Anáhuac México Norte-Porrúa, 2007, pp. 111, ISBN: 978-9700768014.
- ESTEVEZ, Ariadna, *Derechos Humanos, Migración y conflicto: hacia una justicia global descolonizada*, México, UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2014, pp. 215, ISBN: 978-607-02-5177-1.
- ESTRADA Adán, Guillermo E. y Casadevante, Carlos Fernández de (coords.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Manual*, México, Facultad de Derecho-UNAM, Porrúa, 2014, pp. 455. ISBN: 978-607-09-1568-0
- FARAH GEBARA, Mauricio, *Cuando la vida está en otra parte: la migración indocumentada en México y Estados Unidos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2012, pp. 304, ISBN: 978-607-401-625-3.
- GARCÍA ZAMORA, Rodolfo y Orozco, Manuel (coords.), *Migración internacional, remesas y desarrollo local en América Latina y el Caribe*, México, Inter-American Dialogue-M. A. Porrúa, 2009, pp. 308, ISBN: 978-970-819-116-6.
- GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, 2ª edic., trad. de Javier Setó Melis, Madrid, Alianza, 2008, pp. 240, ISBN: 9788420647968.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, Fondo de la Cultura Económica, 2000, pp. 687. ISBN: 9681659503.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo et al., *Derecho internacional público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, t. I, pp. 533, ISBN: 978-9974205751.
- , *Derecho internacional público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, t. II, pp. 473, ISBN: 978-9974206697.
- KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2002, pp. 109, ISBN 978-84-206-7338-7.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1983, p. 478, ISBN: 968-58-0541-5.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 303, ISBN: 84-493-0284-6.
- LÓPEZ ZÚÑIGA, Noé, *La migración bajo la óptica del derecho*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Autónoma de Baja California, 2011, pp. 153, ISBN 13: 9786074014334.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, España, Alianza, 2000, pp. 240, ISBN: 84-206-3788-2.
- MARRONI, Maria da Gloria y Salgado Mendoza, Gloria Trinidad (coords), *La Diáspora latinoamericana: migración en un mundo globalizado*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades, 2005, pp. 207, ISBN 9789688638842.

- MARSHALL, T. H. y Bottmore, Tom, *Ciudadanía y clase social*, trad. Antonio Bonanno, Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 154, ISBN: 950-03-7192-8.
- MARTÍN LÓPEZ, Miguel Ángel, *El incumplimiento de los tratados internacionales*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2003, pp. 60, ISBN: 9788478016679.
- MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, pp. 507, ISBN 970-32-5355-5.
- MEZZADRA, Sandro, *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*, trad. Miguel Santucho, Madrid, traficantes de sueños, 2005, pp. 132, ISBN: 84-933555-7-7.
- MIRAUT MARTÍN, Laura, *Justicia, migración y derecho, ponencias presentadas en las XIX jornadas de la sociedad española de filosofía jurídica y política, celebradas en las Palmas de Gran Canaria en marzo de 2003*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 418, ISBN: 84-9772-509-3.
- MUÑOZ, Humberto, *Migración y desigualdad social en la Ciudad de Mexico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales-Colegio de México, 1977, pp. 249, ISBN: 968-12-0093-4.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *migración: pueblos indígenas y afroamericanos: XV jornadas las casianas internacionales*, México, UNAM, 2007, pp. 164, ISBN 978-970-32-4409-6.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 588, 2011, pp. 347, ISBN 978-607-02-2267-2.
- PÉCOUD, Antoine y Guchteneire, Paul de (comps.), *Migración sin fronteras, ensayos sobre la libre circulación*, Francia, UNESCO, 2008, pp. 377, ISBN 978-92-3-304024-3.
- PORTES, Alejandro, Guarnizo, Luis y Landolt, Patricia (coords.), *La globalización desde abajo: transnacionalismo inmigrante y desarrollo: la experiencia de Estados Unidos y America Latina*, México, FLACSO-Porrúa, 2003, pp. 416, ISBN 970-701-365-6.
- RAMIREZ MORALES, Cesar, *Buscando la vida*, México, Instituto Nacional Indigenista, 2000, pp. 93, ISSN: 0188-7408.
- RAMOS, Jorge, *La otra cara de América, Historia de los inmigrantes latinos americanos que están cambiando a Estados Unidos*, Estados Unidos, Rayo, 2006, pp. 268, ISBN: 9780061130434.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2da. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 549, ISBN 968-16-4622-3.
- ROSALES, José María y Villar Borda, Luis, *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 352005, pp. 243, ISBN: 978-958-616-957-8.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político (discurso sobre las ciencias y las artes, discurso sobre el origen de la desigualdad)*, Estudio

- preliminar Daniel Moreno, decimoctava ed., México, Porrúa, 2013, pp. 222, ISBN: 978-970-07-7231-4.
- SHKLAR, Judith, *Los rostros de la injusticia*, trad. Alicia García Ruíz, España, Herder, 2010, pp. 200, ISBN: 978-84-254-2729-9.
- SOLÉ, Carlota (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 286, ISBN: 84-7658-599-3.
- SOYSAL, Yasemin, et al, *Ciudadanía sin nación*, trad. Libardo José Ariza, Bogota, Siglos del hombre, 2010, pp. 243, ISBN/ISSN: 978-958-665-149-3.
- TORRE MARTINEZ, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 436, ISBN: 970-32-3906-4.
- VILLAFUERTE SOLÍS, Daniel y García Aguilar, María del Carmen (coords.), *Migración, seguridad, violencia y derechos humanos, lecturas del sur*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 346, ISBN: 978-607-401-496-9.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de la Cultura Económica, 1993, pp. 333, ISBN: 968-16-3865-4.
- ZILBERSHATS, Yaffa, *The Human Right to Citizenship*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2002, pp. 255, ISBN 1-57105-197-X.

II. Hemerografía

- ESTEVEZ, Ariadna, “Migración, globalización y derechos humanos, construyendo la ciudadanía universal”, *Cuadernos de América del Norte*, México, Centro de Investigaciones sobre América Latina CISAN, UNAM, vol. 12, diciembre, 2008, pp. 1-52, ISBN: 978-607-2-00353-8.
- IBARRA PALAFOX, Francisco, “Constitutionalism and Citizenship: Facing the Multicultural Challenge”, *Mexican Law Review*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, núm. 1, julio-diciembre, 2011, pp.59-76.

III. Mesografía

1. Artículos

- ABC.ES, “La ONU bloquea la investigación sobre trata de blancas en Bosnia”, hemeroteca 29 de diciembre de 2001, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-12-2001/abc/Internacional/la-onu-bloquea-la-investigacion-sobre-trata-de-blancas-en-bosnia_68860.html (última consulta: 26 de enero de 2016).

- ABRAHAM, Spencer y Hamilton, Lee H. (comps.), “La inmigración y el futuro de los Estados Unidos”, Instituto de Política Migratoria, Washington D. C., 2006, ISBN 0-94742819-3-X, www.migrationpolicy.org/pubs/new_chapter_spanish.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- ABREU BURELLI, Alirio, “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Hector (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 18, 1999 pp. 119-140, ISBN 968-36-7671-5, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=107> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- AGRA ROMERO, M^a Xosé, “Una concepción clásica de la justicia social y política”, *Daimon Revista de Filosofía*, España, Universidad de Murcia, núm. 15, julio-diciembre, 1997, pp. 135-156 ISSN electrónico: 1989-4651, <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9321> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- APPEL, Jacob M., “The Ethical Case for an Open Immigration Policy”, *Opposing Views*, Inmigration, 04 de mayo de 2009, <http://www.opposingviews.com/i/the-ethical-case-for-an-open-immigration-policy> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- ARANGO, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, *Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Zacatecas, México, núm. 001, octubre 2003, pp. 1-30, ISSN: 1870-7599, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66000102> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), “Las remesas como instrumento de desarrollo”, Washington D. C., 2006, pp. 36, <http://publications.iadb.org/handle/11319/2766?locale-attribute=es> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- BUSTAMANTE, Jorge A., “Migración internacional y derechos humanos”, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 94, 2002, pp. 210, ISBN 968-36-9974-X, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=296> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CABALLERO, José Francisco, “La teoría de la justicia de John Rawls”, *Iberofórum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, México, año I, núm. II, otoño, 2006, pp. 22, http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf (última consulta: 10 de junio de 2015).
- CARENS, Joseph H., “Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas”, trad. Pablo Larrañaga, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 30, abril, 2009, pp. 54-55, http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_303.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CARENS, Joseph H., “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders”, *The review of politics*, Nueva York, Universidad de Notre Dame, vol. 49, núm. 2, primavera, 1987, pp.

- 251-273, ISSN: 00346705, <http://www.jstor.org/stable/1407506> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CNN español, “Biden: Los inmigrantes indocumentados ya son ciudadanos estadounidenses”, Washington, marzo 2014, <http://cnnespanol.cnn.com/2014/03/28/biden-los-inmigrantes-indocumentados-ya-son-ciudadanos-estadounidenses/> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CNN español, “Lo que debes saber sobre la crisis migratoria de Europa”, noticias 05 de septiembre de 2015, <http://mexico.cnn.com/mundo/2015/09/05/lo-que-debes-saber-sobre-la-crisis-inmigratoria-de-europa> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- COLEGIO DE LA FRONTERA NORTE (COLEF), “Encuestas sobre migración en la Frontera Norte y Sur de México”, <http://www.colef.mx/emif/> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, (CEPAL), “Migración Internacional, Derechos Humanos y Desarrollo en America Latina y el Caribe, síntesis y conclusiones”, Montevideo, Uruguay, trigésimo primer periodo de sesiones, LC/G.2303(SES.31/11), 2006, pp. 62, <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/24011/DGE2303.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CONGRESISTA TONY CÁRDENAS, representa el 29th distrito del Estado de California de los Estados Unidos, “Grupo de los 8: La reforma migratoria bipartidista (S.744)”, <http://cardenas.house.gov/sites/cardenas.house.gov/files/g8%20esp%201pger.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN (CONAPO) “Historias de migrantes”, Secretaría de Gobernación, México, 2010, http://www.conapo.gob.mx/es/CONAPO/Historia_de_Migrantes (última consulta: 26 de enero de 2016).
- EL DIARIO.ES, “Más de 2.273 personas han muerto en el Mediterráneo en lo que va de año, según la OIM”, noticias 25 de agosto de 2015, http://www.eldiario.es/desalambre/Inmigrantes-refugiados-llegaron-Europa-Mediterraneo_0_423807908.html (última consulta: 26 de enero de 2016).
- ESCOBAR LATAPÍ, Agustín y Martín, Susan, “La gestión migratoria México-Estados Unidos. Un enfoque binacional, reporte ejecutivo”, Georgetown University, 2008, <http://www.sre.gob.mx/eventos/fenomenomigratorio/docs/lagestionmigratmexeua.pdf>. (última consulta: 08 de marzo de 2014).
- IBARRA PALAFOX, Francisco, “Constitucionalismo y ciudadanía frente al desafío multicultural”, en Astudillo, Cesar y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 657-681, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3455/28.pdf> (última consulta: 20 de agosto de 2013).
- IBARRA PALAFOX, Francisco, “Ciudadanía migrante”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina

- Jurídica, t. I, núm. 356, 2006, pp. 483-505, ISBN 970-32-3903-X, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2313/26.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- IBARRA PALAFOX, Francisco, “En busca de la igualdad: minorías etnoculturales y democracia representativa”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 623-642, ISBN 9786070214738, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2834> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- FLORES, Imer B., “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre 1999, pp. 85-122, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/1/art/art4.pdf>. (última consulta: 24 de enero de 2016).
- FLORES, Imer B., “Igualdad, no discriminación (políticas públicas); A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, Torre Martínez, Carlos de la, (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 263-306, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/16.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- FLORES, Imer, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): a propósito de los claroscuros del 911”, en Díaz Müller, Luis T. (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 151, 2003, pp. 47-67, ISBN 970-32-0888-6, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1086/6.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- FLORES, Imer, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): a propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Díaz Müller, Luis T. (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2006, pp. 201-229, ISBN 970-32-3020-2, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1790/15.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- GÓMEZ GALÁN, Manuel, *et al.*, “Migraciones y codesarrollo en la relación entre la Unión Europea y América Latina y El Caribe”, Centro de Investigación y Cooperación para el Desarrollo (CIDEL)-Centro Latinoamericano para las Relaciones en Europa (CELARE)-Universidad Pedro Valdivia, Santiago Chile, 2010, pp. 108, ISBN 978-956-7497-49-2, http://www.cideal.org/docs/Migraciones%20y%20codesarrollo_UE_ALA_Caribe.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

- HABERMAS, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, trad. Francisco Cortés Rodas, *Daimon Revista de Filosofía*, España, Universidad de Murcia, núm. 15, julio-diciembre, 1997, pp. 25-47, ISSN electrónico: 1989-4651, <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9401> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- MASSEY, Douglas S., et al., *Detrás de la trama. Políticas migratorias entre México y Estados Unidos*, trad. Elvira Maldonado, México, Universidad de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados LIX Legislatura (eds.), 2009, pp. 31-60, ISBN 978-607-401-052-7, http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LX/det_trama.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OLLOQUI, Jose Juan de (comp.), “Estudios entorno a la migración”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie estudios jurídicos, núm. 16, 2000, pp. 179, ISBN 968-36-9367-9, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=24> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OEA, Departamento de Derecho Internacional, “Programa Interamericano para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo a los trabajadores migratorios y sus familias”, Washington, D. C., Junio 2005, www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OIT, “Trata de personas, migración y trabajos forzados”, <http://www.ilo.org/sapfl/Informationresources/NonILOpublications/Bytheme/Humantrafficking/lang--es/index.htm> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OCDE, “America Latina en 2010: Políticas migratorias para el Desarrollo”, Noviembre 2009, <http://www.oecd.org/dev/44147568.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OIM, “Informe sobre las migraciones en el mundo 2010, el futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio”, Francia, 2010, pp. 299, ISSN 1561-5502, http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- OIM, “Migration initiatives appeal 2010”, *Revista Anual de la OIM*, Suiza, 2010, pp. 171, http://publications.iom.int/bookstore/free/Migration_Initiatives_2010.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- PÉREZ, Federico, “Will Kymlicka: la defensa del nacionalismo minoritario”, *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, Barcelona, Universidad de Barcelona, núm. 4, 2007, pp. 61-77, ISSN 1699-7549, <http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOopez.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- SALGADO DE SNYDER, Nelly, “Motivaciones de la migración de mexicanos hacia Estados Unidos”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de salud y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 94, 2002, pp. 89-108, ISBN 970-32-0100-8, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/357/8.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

- THE GUARDIAN, "British firm accused in UN sex scandal", noticias 29 de julio de 2001, <http://www.theguardian.com/world/2001/jul/29/unitednations> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- TEDH, "Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración", Bélgica, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, pp. 294, ISBN 978-92-871-9960-7, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- UNIVISIÓN, "Senado aprobó plan de reforma migratoria que incluye ciudadanía", 27 de junio 2013, <http://noticias.univision.com/article/1583993/2013-06-27/inmigracion/reforma-migratoria/senado-aprobo-la-reforma-migratoria> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- VAZQUEZ, Rodolfo, "Migración, ciudadanía y fronteras. Comentarios a Ermanno Vitale", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 29, octubre, 2008, pp. 195-203, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/migracion-ciudadania-y-fronteras-comentarios-a-ermanno-vitale--0/> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano", *Isegoria, Revista de filosofía moral y política*, Madrid, núm. 16, 1997, pp. 91-117, ISSN electrónico: 1988-8376, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/10> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- VENTURA-ROBLES, Manuel E., "El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Trindade, Antônio Augusto Cançado (eds.), *The Modern World of Human Rights-El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in Honour of Thomas Buergenthal/Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 255-265, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2043/17.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- VITALE, Ermanno, "Ciudadanía y migrantes. Un ejercicio analítico", trad. Pedro Salazar Ugarte, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LVIII, núm. 248, 2007, pp. 97-112, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/248/pr/pr5.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- VITALE, Ermanno, "Derecho a migrar: ¿El cumplimiento de la edad de los derechos?", trad. Pamela Rodríguez Padilla, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LX, núm. 253, 2010, pp. 47-63, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/253/pr/pr4.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- ZILBERSHATS, Yaffa, "Reconsidering the Concept of Citizenship", *Texas International Law Review*, Texas, Universidad de Texas Escuela de Derecho, vol. 36, núm. 4, verano, 2001, pp. 689-734, <http://www.tilj.org/content/journal/36/num4/Zilbershats689.pdf> (última consulta: 26 de enero de 2016).

2. Instrumentos transnacionales

Carta de la OEA, Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951, OEA No 1-C y 61, No 1609, Vol. 119, http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp (última consulta: 26 de enero de 2016).

CADH, OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (última consulta: 26 de enero de 2016).

Convención de Viena de 1969, Comisión de Derecho Internacional de las NU, Viena, 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980, <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, 14 de junio de 1985, <http://eur-lex.europa.eu> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Convención sobre Racismo 1965, Asamblea General de las NU, resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Convención sobre los migrantes 1990, Asamblea General de las NU, resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).

CEDH, Consejo de Europa, Roma, 4.XI.1950, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

Convención de Ginebra 1951, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, NU, convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005> (última consulta: 26 de enero de 2016).

C097 Convenio sobre los trabajadores migrantes 1949, Conferencia General de la OIT, revisado 1949, núm. 97, entrada en vigor el 22 enero 1952, adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT 01 julio 1949, <http://www.ilo.org> (última consulta: 26 de enero de 2016).

C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes 1975, Conferencia General de la OIT, disposiciones complementarias, núm. 143, entrada en vigor el 09 diciembre 1978, adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT 24 junio 1975, <http://www.ilo.org> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, fecha de adopción

- 02 de mayo de 1948, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- DUDH, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las NU, en su Resolución 217 A (III) en París, <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos 1999, Asamblea General de las NU, A/RES/53/144, 08 de marzo de 1999, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Declaration.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, UNESCO, París, en su 20.ª reunión de la UNESCO, 7 de noviembre de 1978, <http://portal.unesco.org/es> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- PIDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las NU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y entrada en vigor el 3 de enero de 1976, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- PIDCP, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las NU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 de Septiembre de 2008, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2013440%202008%20INIT> (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, Diario Oficial de la Unión Europea, nº C 115 de 4/5/2010, 2010, pp. 38, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=ES) (última consulta: 26 de enero de 2016).

3. Opiniones Consultivas

- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A No. 17, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/2003, del 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A No. 18, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/1985, del 13 de Noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos

Humanos)”, Serie A No. 5, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

4. Otros sitios de internet

- Agencia de los Derechos de la UE <http://fra.europa.eu/es>
- Corte IDH <http://www.corteidh.or.cr>
- TEDH <http://www.echr.coe.int>
- EI COLEF <http://www.colef.mx>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas <http://www.juridicas.unam.mx>
- Jstor <http://www.jstor.org>
- Alto Comisionado de las NU <http://www.ohchr.org>
- OCDE <http://www.oecd.org>
- NU <http://www.un.org/es/index.html>
- OIT <http://www.ilo.org>
- Pew Research Center <http://www.pewresearch.org>
- Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal <http://www.redalyc.org>
- Revista Ágora <http://agora.colmex.mx>
- Revista Migraciones Internacionales <http://www.colef.mx/migracionesinternacionales/>
- Revista Frontera Norte <http://www.colef.mx/fronteranorte/index.php?lang=es-ES>
- Revistas Universidad de Murcia <http://revistas.um.es>
- Revista Isegoría <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria>
- Revista Internacional de Filosofía Astrolabio <http://www.ub.edu/astrolabio/>
- Revista Iberoforum <http://www.iberomx.com/iberoforum/13/index.html>
- Revista Isonomía <http://www.isonomia.itam.mx>

ANEXOS

I. Instrumentos relevantes de Derecho Internacional sobre Migración

1. *Tratados*

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (ICSPCA, por sus siglas en inglés; 1973)
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984)
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989)

2. *Declaraciones*

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País que viven (1985)
- Declaración sobre Asilo Territorial (1967)
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992)
- Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (1999)

3. *Observaciones generales*

- PIDCP Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (1986)
- PIDCP Observación general No. 27: Artículo 12 (Libertad de circulación) (1990)
- CIEDR Recomendación general No. 30: Sobre la discriminación contra los no ciudadanos (2005)
- CDN Observación general No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005)
- CEDCM Recomendación general No. 24: Artículo 12 (La mujer y la salud) (1999)
- PIDESC Recomendación general No. 14: Artículo 12 (El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud) (2000)
- CDN Observación general No. 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño (2003)
- CDN Observación general No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003)

- PIDESC Observación general No. 18: Artículo 6 (El derecho al trabajo) (2005)
- PIDCP Observación general No. 8: Artículo 9 (Derecho a la libertad y a la seguridad personales) (1982)
- PIDCP Observación general No. 21: Artículo 10 (trato humano de las personas privadas de su libertad) (1992)
- PIDCP Observación general No. 23: Artículo 21 (Derecho de las minorías) (1994)
- CIEDR Recomendación general No. 22: Artículo 5 y los refugiados y las personas desplazadas (1996)
- PIDCP Observación general No. 29: Artículo 4 (Estados de emergencia) (2001)

4. *Derecho Internacional del Trabajo*

- Convenio No. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado en 1949)
- Convenio No. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (1975)

5. *Nacionalidad y Apatridia*

- Convención sobre el estatuto de los Apátridas (1954)
- Convención para reducir los casos de Apatridia (1961)

6. *Tráfico ilícito y trata de personas*

- Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)
- Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2003)

7. *Derecho Internacional de los Refugiados*

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)
- Plan de Acción de México (2004)

8. *Relaciones Diplomáticas y Consulares*

- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961)
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963)

9. *Protocolos*

- Protocolo relativo a las obligaciones militares en ciertos casos de doble nacionalidad (1930)
- Protocolo relativo a un caso de apatridia (1930)
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957)
- Proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999)
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989)

II. Estatus jurídico de algunos instrumentos internacionales

Relativos a los países de México y Estados Unidos¹

Tratado	Participante	Firma	Adhesión (a) Ratificación
Carta de la Organización de los Estados Americanos	México EUA	30 abr 1948 30 abr 1948	23 nov 1948 15 jun 1951
Carta de las Naciones Unidas	México EUA	———— ————	07 nov 1945 08 ago 1945
Convención Americana de Derechos Humanos	México EUA	———— 06 ene 1977	02 mar 1981 a ————
Convención contra la tortura 1984	México EUA	18 mar 1985 18 abr 1988	23 ene 1986 21 oct 1994
Convención de Ginebra 1951	México EUA	———— ————	07 jun 2000 a ————
Convención de Viena 1969	México EUA	23 may 1969 24 abr 1970	25 sep 1974 ————
Convención de Viena 1986	México EUA	21 mar 1986 26 jun 1987	10 mar 1988 ————
Convención sobre racismo 1965	México EUA	01 nov 1966 28 sep 1966	20 feb 1975 21 oct 1994
Convención sobre las Mujeres 1979	México EUA	17 jul 1980 17 jul 1980	23 mar 1981 ————
Convención sobre los niños 1989	México EUA	26 ene 1990 16 feb 1995	21 sep 1990 ————
Convención sobre los Migrantes 1990	México EUA	22 may 1991 ————	08 mar 1999 ————
C097 Convenio sobre los Trabajadores Migrantes	México EUA	———— ————	———— ————
C143 Convenio sobre los Trabajadores Migrantes	México EUA	———— ————	———— ————
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	México EUA	———— 05 oct 1977	23 mar 1981 a 08 jun 1992
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	México EUA	———— 05 oct 1977	23 mar 1981 a ————
Protocolo 1967 de la Convención de Ginebra	México EUA	———— ————	07 jun 2000 a 01 nov 1968 a

De acuerdo a la Convención de Viena de 1969 un tratado es “[...] un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”,² el cual para expresar su aprobación se hace por medio de las siguientes denominaciones, ya sea por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

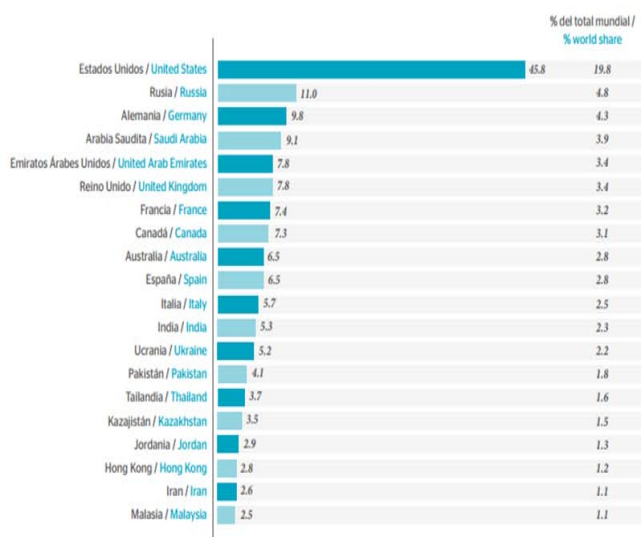
¹ United Nations, “Treaty Collection”, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> (última consulta: 26 de enero de 2016).

² Véase artículo 2 párr. a de la Convención de Viena de 1969.

III. Imágenes

Principales países de destino de migrantes Top countries of destination of migrants

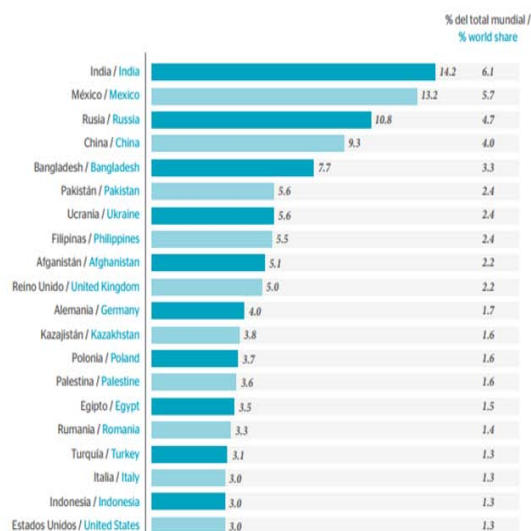
Gráfica 9. Los 20 países con el mayor número de inmigrantes (millones), 2013
Chart 9. The 20 countries with the largest number of immigrants (millions), 2013



Anuario de migración y remesas, México 2014, con cifras de la División de Población de las Naciones Unidas 2013.

Principales países de origen de migrantes Top countries of origin of migrants

Gráfica 8. Los 20 países con el mayor número de emigrantes (millones), 2013
Chart 8. The 20 countries with the largest number of emigrants (millions), 2013



Fuente: Anuario de migración y remesas, México 2014, con cifras de la División de Población de las Naciones Unidas, 2013

Anexo A¹ Datos de las NU indican que en 2013 el país con más inmigrantes en el mundo fue EUA con casi una quinta parte del total mundial. En segundo lugar se encuentra Rusia con 11 millones de inmigrantes, de los cuales la mayoría provienen de los países de la anterior Unión Soviética. Le siguen en importancia Alemania y Arabia Saudita con 9.8 y 9.1 millones de inmigrantes, respectivamente. Aproximadamente sumando a 160 millones de personas inmigrantes.

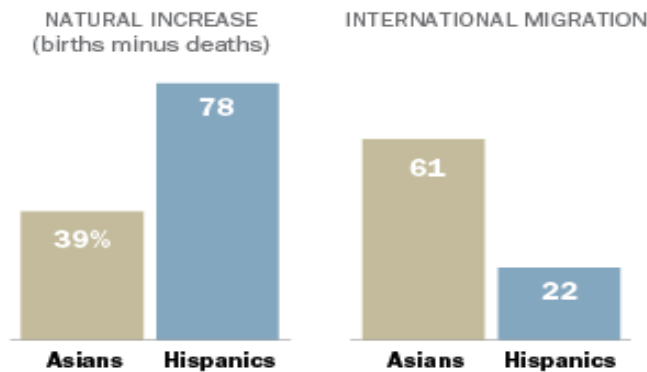
Anexo B² Según la última revisión de cifras de la División de Población de las NU, en 2013, India fue el país con más emigrantes en el mundo con 14.2 millones, superando a México con 13.2. En tercer lugar se encontró Rusia y en cuarto China con 10.8 y 9.3 millones de emigrantes internacionales respectivamente. Aproximadamente un total de 116 millones de emigrantes, y como ejemplo, este total casi equivale a la población total estimada del país de México.

¹ Anuario de migración y remesas, México 2014, "Principales países de destino de migrantes", <http://observatoriocolef.org/infografico/104> (última consulta: 26 de enero de 2016).

² Anuario de migración y remesas, México 2014, "Principales países de origen de migrantes", <http://observatoriocolef.org/infografico/103> (última consulta: 26 de enero de 2016).

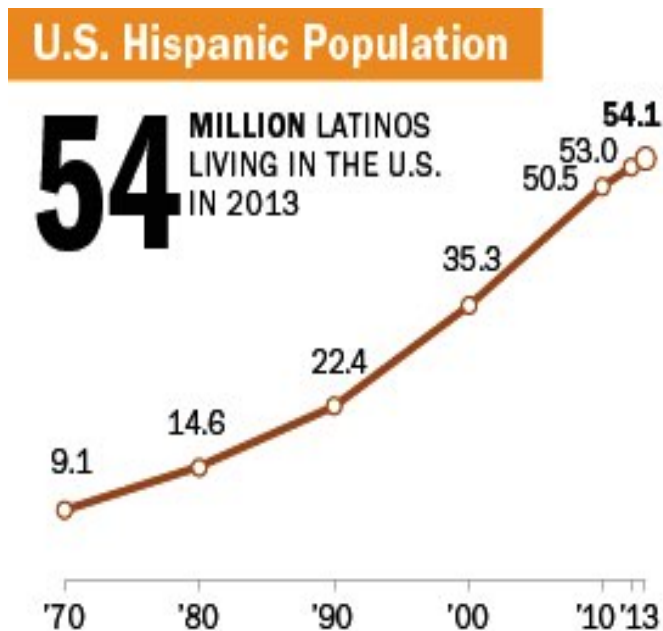
Hispanic Population Growth Fueled Mainly by U.S. Births; Asians by Migration

Percent of total population change from 2012 to 2013 accounted for by ...



Note: Asians include mixed-race populations, regardless of Hispanic origin.
 Source: U.S. Census Bureau 2013 population estimates

PEW RESEARCH CENTER

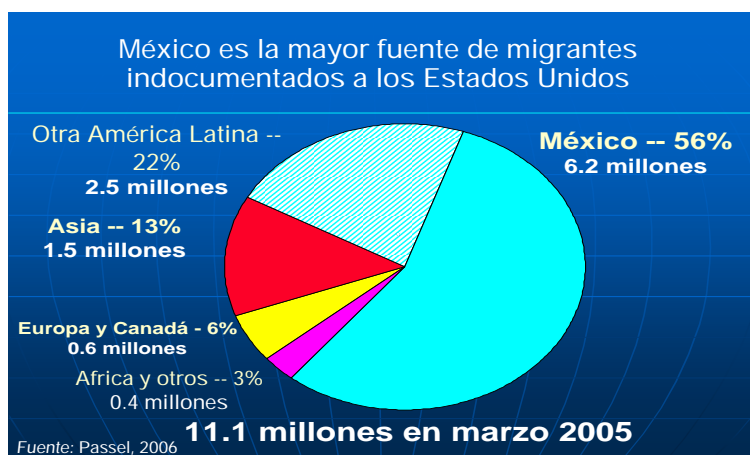


Anexo C³ Crecimiento de la población hispana impulsada principalmente por nacimiento en los EUA; y la población asiática por la migración. El porcentaje de la población cambió desde el 2012 al 2013. Desde el 2010, los asiáticos han tenido el borde. Nuevos datos de la oficina de censos de los EUA estima que la población Hispana excede a 54 millones a partir de julio 2013, en un incremento del 2.1% a través del 2012. Mientras tanto, que la población asiática creció hasta 19.4 millones, con un índice de crecimiento del 2.9%. La distinción desde su inicio al más rápido crecimiento racial y grupo étnico en los EUA ha alternado entre asiáticos e hispanos en las recientes décadas. Nota: Asiáticos incluye poblaciones de razas mixtas, independientemente del origen hispano.

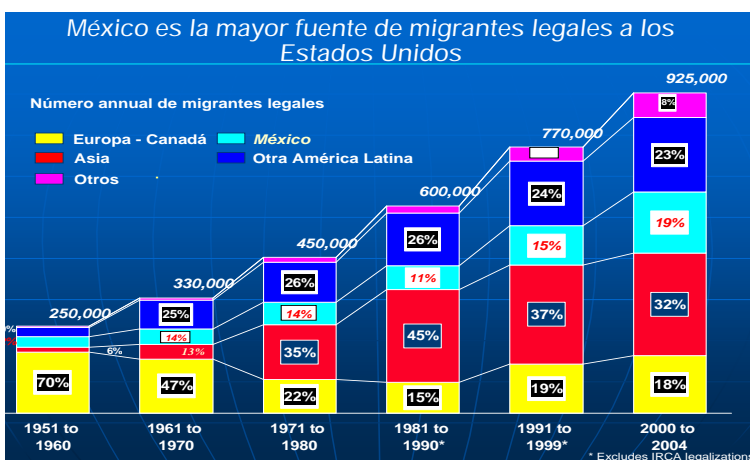
³ Oficina de censos de la población estimada del 2013, "US hispanic and asian populations growing but for different reasons", <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/06/26/u-s-hispanic-and-asian-populations-growing-but-for-different-reasons/> (última consulta: 26 de enero de 2016).



Anexo D⁴ Población Migrante en los EUA.



Anexo E⁵ Flujo de migrantes indocumentados a los EUA.

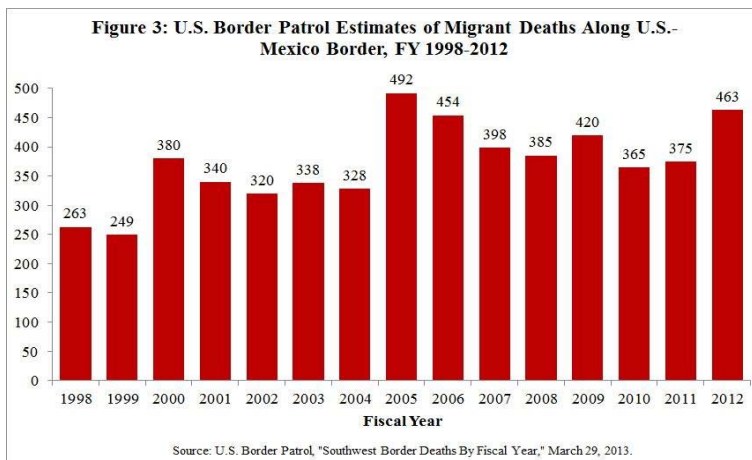


Anexo F⁶ Número anual de migrantes legales en los EUA.

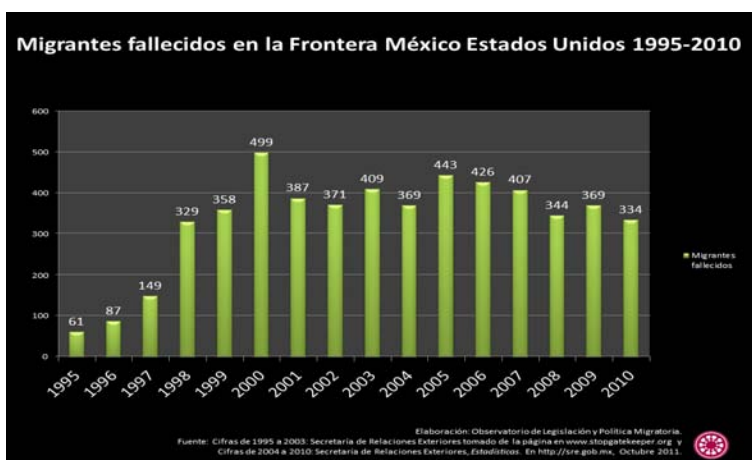
⁴ Organización de las Naciones Unidas, División de Población, "La migración internacional en el mundo", www.un.org/esa/population/migration/La_migracion_071108.pdf (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.* Nota aclaratoria: la palabra "annual" debería decir anual.



Anexo G⁷ Tabla de estimaciones de muertes de migrantes en la frontera EUA-México 1998-2010.



Anexo H⁸ Personas fallecidas en la frontera México-EUA 1995-2010



Anexo I⁹ El tamaño del infierno durante la ruta del migrante.

⁷ US Border Patrol (Policía fronteriza de los EUA), "Estimaciones de muertes en la frontera por año", <http://observatoriocollef.org/infografico/63> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁸ Secretaria de Relaciones Exteriores, "Migrantes fallecidos en la frontera", <http://observatoriocollef.org/infografico/17> (última consulta: 26 de enero de 2016).

⁹ Sanchez, Laura, "Ruta de Migrantes para Llegar a Estados Unidos", El Universal, 15 de julio de 2013, <http://observatoriocollef.org/Mapa/73> (última consulta: 26 de enero de 2016).



Observatorio de Legislación y Política Migratoria
Fuente: EMIF Norte, Encuesta sobre Migración en la Frontera Norte de México, 2011 y 2012



Anexo J¹⁰ La Encuesta sobre Migración en la Frontera Norte de México (Emif Norte), aporta elementos de análisis basados en información directa y confiable sobre la dinámica, la magnitud y características de los flujos migratorios de trabajadores mexicanos hacia EUA. Así como La Encuesta sobre Migración en la Frontera Sur de México (Emif Sur), aporta elementos para medir y caracterizar flujos migratorios provenientes de Guatemala, Honduras y El Salvador, que se desplazan a territorio mexicano y/o estadounidense, con el propósito de laborar en estos países.

Anexo K¹¹ Los migrantes en México. Organizaciones civiles señalan que el Programa Frontera Sur ha aumentado las deportaciones de migrantes. El Programa Integral Frontera Sur, anunciado el 7 de julio de 2014 por el presidente Enrique Peña Nieto tiene la finalidad de proteger a los migrantes que cruzan el país con la intención de llegar a EUA. Las estadísticas demuestran casi un aumento del 50% de detenciones. El gobierno ha puesto un cerco a “La Bestia” que arrincona a los migrantes a rutas alejadas donde son presa fácil para los criminales y los abusos de autoridades.

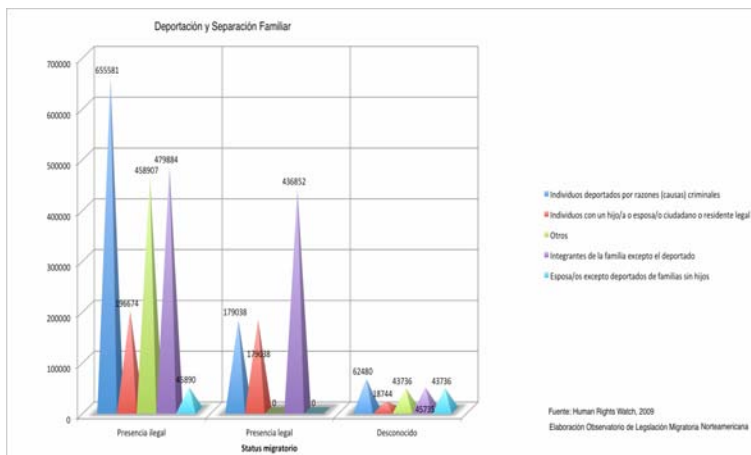
¹⁰ Observatorio de Legislación y Política Migratoria-COLEF, “Agresiones y decomiso de pertenencias a migrantes por parte de autoridades migratorias estadounidenses, datos EMIF 2011 y 2012”, <http://observatoriocollef.org/infografico/81> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹¹ Legorreta, Edmundo, “Los migrantes en México”, CNN México, 10 de agosto de 2015, <http://observatoriocollef.org/infografico/119> (última consulta: 26 de enero de 2016).

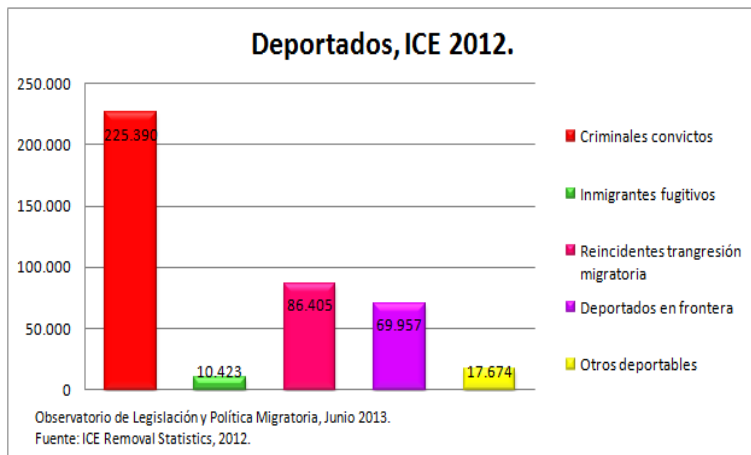
Migrantes detenidos* por autoridades migratorias de México entre 2008-2014 según sexo



Anexo L¹² Boletines estadísticos consideran a alejados y presentados por autoridades migratorias.



Anexo M¹³ Tabla de datos obtenidos del Reporte de Human Rights Watch “*Forced apart by the numbers*” que analiza información solicitada a ICE sobre los deportados y las características de los crímenes de los que se les acusaba. La tabla muestra datos sobre deportados y los familiares directos en los EUA.



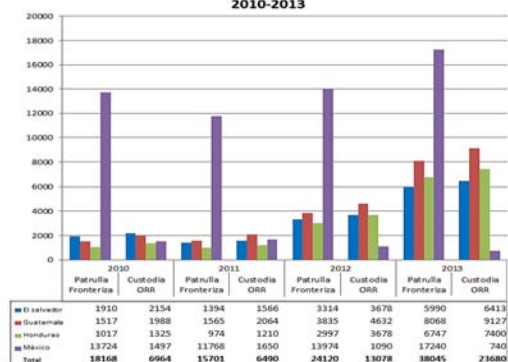
Anexo N¹⁴ Tabla de deportados según su condición. ICE (Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los EUA).

¹² Unidad de Política Migratoria-SEGOB, boletines estadísticos 2008-2014 “Migrantes detenidos por autoridades migratorias de México”, <http://observatoriocolef.org/Infografico/116> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹³ Human Rights Watch, *Forced Apart (By the Numbers)*, “Non-Citizens Deported Mostly for Nonviolent Offense”, Reporte abril 2009, p.10, <http://observatoriocolef.org/infografico/45> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁴ Observatorio de Legislación y Política Migratoria con datos de ICE, Removals Statistics, 2012, “Deportados, ICE 2012”, <http://observatoriocolef.org/Infografico/59> (última consulta: 26 de enero de 2016).

Menores migrantes no acompañados:
Detenidos por Patrulla Fronteriza y niños en custodia de Oficina de Reasentamiento y Refugiados (ORR)
2010-2013



Elaboración: Observatorio de Legislación y Política Migratoria. Fuente: CBF/ICE y reporte "Child Migration by Numbers" de Bipartisan Policy Center.

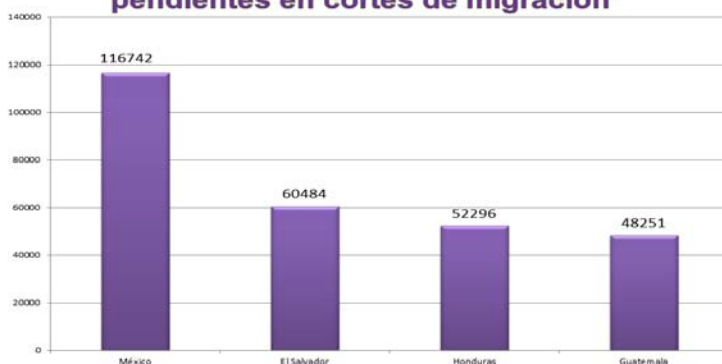
Anexo Ñ¹⁵ Esta gráfica muestra los datos de menores migrantes no acompañados que han sido detenidos por la patrulla fronteriza de los EUA y en custodia de la Oficina de Reasentamiento y Refugiados (ORR) en el cuatrienio 2010-2013.

Estimated Number of Family Members Separated by Deportation

IMMIGRATION STATUS	A	B	C	D	E
	Individuals Deported on Criminal Grounds	Individuals with at least one US citizen or legally present child or spouse	Remainder Individuals	Family members other than deportee	Spouses other than deportee in families without children
Illegally present	655,581	196,674	458,907	479,884	45,890
Legally present	179,038	179,038	N/A	436,852	N/A
Unknown	62,480	18,744	43,736	45,735	4,373
Subtotal Number of Family Members Separated by Deportations				962,471	50,263
TOTAL NUMBER OF FAMILY MEMBERS SEPARATED BY DEPORTATION				1,012,734	

Anexo O¹⁶ Número estimado de miembros de familia separados por deportación. Dato estimado entre 1997-2007 del ICE (Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los EUA).

México y Centroamérica: Cantidad de casos pendientes en cortes de migración*



*Con datos del año fiscal 2014 completo. Elaboración: Observatorio de Legislación y Política Migratoria. Fuente: Transactional Records Access Clearinghouse, Syracuse University.

Anexo P¹⁷ Al finalizar el Año Fiscal 2014 de los EUA, México fue el país de origen con mayor cantidad de casos pendientes en cortes de migración con 116,742 casos, siguiendo El Salvador con 60,484, Honduras con 52,296 y Guatemala con 48,251.

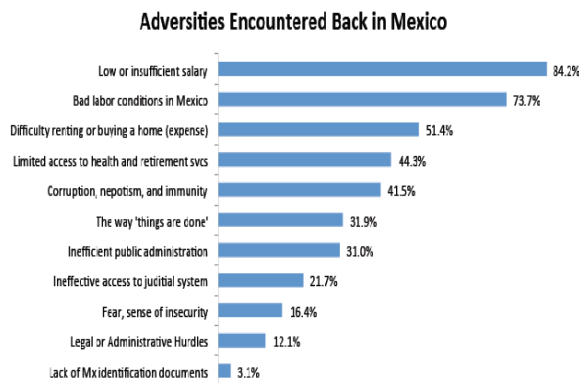
¹⁵ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, "Menores migrantes no acompañados", <http://observatoriocolef.org/infografico/87> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁶ Human Rights Watch, Forced Apart (By the Numbers), "Estimated number of family member separated by deportation", <http://www.hrw.org/es/reports/2009/04/15/forced-apart-numbers-0> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁷ Observatorio de Legislación y Política Migratoria, fuente de Transactional Records Access Clearinghouse, Syracuse University, "Año fiscal 2014: México y Centroamérica, cantidad de casos pendientes en cortes de migración", <http://observatoriocolef.org/infografico/100> (última consulta: 26 de enero de 2016).

More Than Half of Return Migrants Encounter Adversities in Mexico

- Among those who encountered difficulties in Mexico, a majority centered on economic issues such as low salary and poor labor conditions.

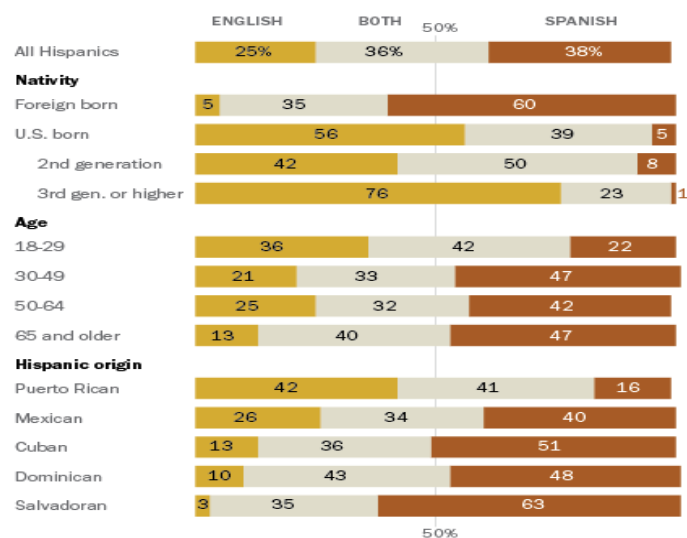


4. Has confronted difficulty for due to ... Por cada una de las siguientes dificultades, dígame si la ha enfrentado ...

Anexo Q¹⁸ Tabla sobre las principales dificultades a las que se enfrentan los retornados mexicanos. *Bajo o insuficiente salario- 84.2%, malas condiciones de trabajo en México- 73.7%, dificultad para rentar o comprar una casa 51.4%, acceso limitado a servicios de salud y retiro- 44.3%, corrupción, nepotismo e impunidad- 41.5%, la manera en que las cosas se hacen- 31.9%, ineficiencia de la administración pública- 31%, acceso inefectivo del sistema de justicia- 21.7%, miedo, sentimiento de inseguridad- 16.4%, obstáculos legales y administrativos- 12.1%, ausencia de documentos de identificación mexicana- 3.1%.*

Half of 2nd Generation Latinos Are Bilingual

% of Hispanic adults who mainly use English, Spanish or both



Note: Foreign born includes persons born outside of the U.S. and those born in Puerto Rico even though those born in Puerto Rico are U.S. citizens. Second generation refers to those born in the U.S. to at least one parent who was born outside the U.S. or in Puerto Rico.
Source: Pew Research Center 2013 National Survey of Latinos

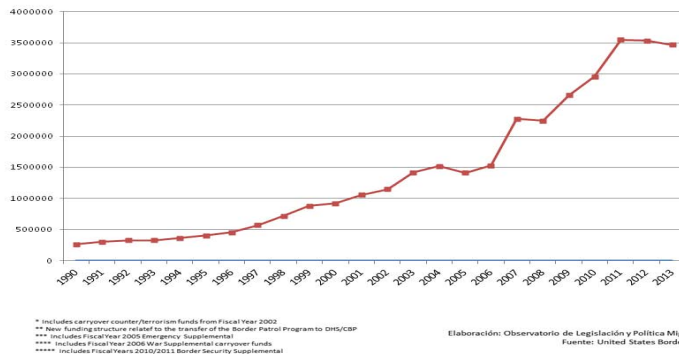
PEW RESEARCH CENTER

Anexo R¹⁹ Alrededor de seis de cada diez adultos hispanos en los EUA (62%) hablan ingles o son bilingües, acorde a un análisis del Pew Research Center en la encuesta nacional de latinos del 2013. Hispanos en los EUA que se desglosa en tres grupos de acuerdo al uso de su idioma: el 36% son bilingües, el 25% principalmente usan el ingles y el 38% mayormente usan el español. Entre aquellos quienes hablan el ingles, 59% son bilingües.

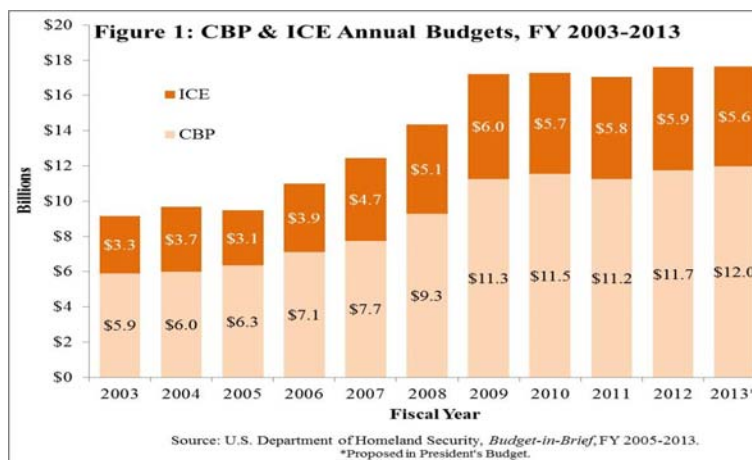
¹⁸ Mexicanos y Americanos Todos Trabajando (MATT), "The US/Mexico Cycle, 2013, Quantitative Research Study, Preliminary Findings and Insights", <http://observatoriocolef.org/infografico/73> (última consulta: 26 de enero de 2016).

¹⁹ Pew Research Center, "2013 National survey of latinos", <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/03/24/a-majority-of-english-speaking-hispanics-in-the-u-s-are-bilingual/> (última consulta: 26 de enero de 2016); Nota: Incluye personas extranjeras nacidas fuera de los EUA y las nacidas en Puerto Rico aun cuando son ciudadanos de los Estados Unidos. La segunda generación se refiere a aquellos nacidos en los EUA a por lo menos uno de los padres quienes nacieron fuera de los EUA o en Puerto Rico.

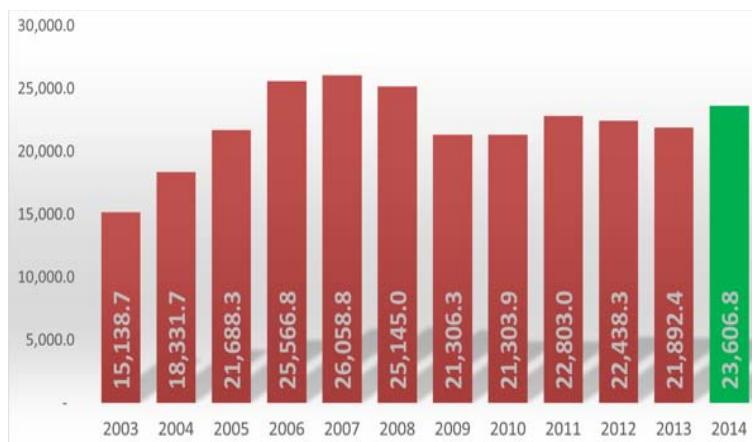
Presupuesto del programa de patrulla fronteriza por año fiscal 1990-2013



Anexo S²⁰ Esta gráfica muestra el incremento del presupuesto que se ha otorgado a la Patrulla Fronteriza de los EUA durante 23 años fiscales, iniciando en 1990 hasta el año 2013.



Anexo T²¹ Presupuesto anual para la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (por sus siglas en ingles, CBP) y el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (por sus siglas en ingles, ICE), ambos del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos.

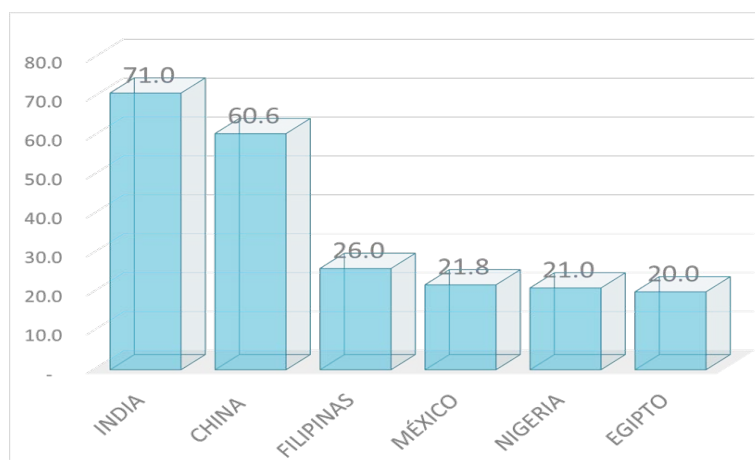


Anexo U²² Ingresos por remesas 2003-2014, según información del Banco de México, con cifras al cierre del año 2014, los envíos de dinero que hacen los mexicanos que viven en el exterior a sus familiares en México, sumaron 23,606.8 millones de dólares. Tasa anual, esta cifra resulta superior en un 7.8% a la registrada en 2013.

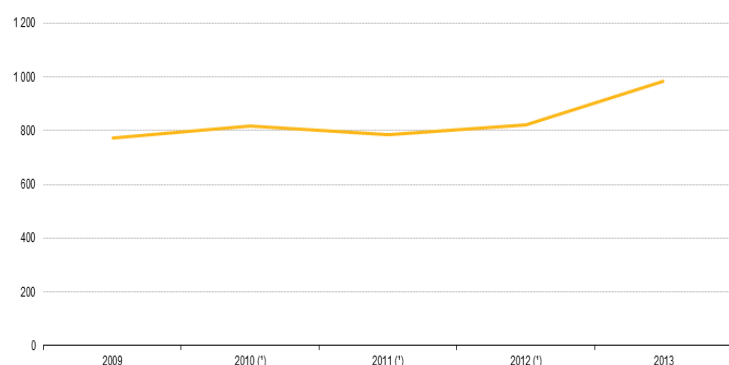
²⁰ Observatorio de Legislación y Política Migratoria con datos de la policía fronteriza de los Estados Unidos, "Presupuesto del programa de patrulla fronteriza por año fiscal 1990-2013", <http://observatoriocolef.org/infografico/93> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²¹ Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (por sus siglas en ingles, DHS), "Presupuesto anual de ICE", <http://observatoriocolef.org/Infografico/64> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²² Banco de México, "Balanza de Pagos, Ingresos por remesas 2003-2014", <http://www.ime.gob.mx/es/remesas> (última consulta: 26 de enero de 2016).



Anexo V²³ Comparativo Internacional, con la cifra de cierre de 2013 (Miles de millones de dólares), México pasó a ser el cuarto país del mundo en ingresos por este concepto, solo detrás La India, China y Filipinas; y ligeramente por encima de Nigeria y Egipto, según información del Banco Mundial.



Anexo W²⁴ Número de personas que han adquirido la ciudadanía de un Estado miembro de la UE, en 2012 un estimado de 818,000 personas han adquirido la ciudadanía de uno de los Estados miembros de la UE y para el 2013 un estimado de 984,000 personas.

DACA Applications by Month Aug. 2012 - June 2013



Anexo X²⁵ Solicitudes a la DACA de Agosto-2012-Junio-2013. Las autoridades estadounidenses rechazaron apenas el 1% de las casi 560,000 solicitudes presentadas durante el último año por inmigrantes sin papeles a menores de 30 años.

Mexico 74.9% of all DACA applicants	Central America 10.0% of all DACA applicants	South America 6.9% of all DACA applicants	The Caribbean 1.7% of all DACA applicants	Asia 4.2% of all DACA applicants	Africa 1.0% of all DACA applicants	Europe 0.9% of all DACA applicants
--	---	--	--	---	---	---

La mayoría de los solicitantes fueron mexicanos con la cantidad de 348,579 con una aprobación del 57%.

²³ Banco Mundial y Banco de México, "Remesas, Comparativo Internacional", <http://www.ime.gob.mx/es/remesas> (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁴ Eurostat, "Acquisition of citizenship by sex, age group and former citizenship", http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_acq&lang=en (última consulta: 26 de enero de 2016).

²⁵ Singer, Audrey y Svajlenka, Nicole Prchal, "Immigration facts: deferred action for childhood arrivals (DACA)" Reporte en Brookings, <http://observatoriocolef.org/infografico/62> también en <http://www.brookings.edu/research/reports/2013/08/14-daca-immigration-singer> (última consulta: 26 de enero de 2016).