



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**POSGRADO EN DERECHO**

**POLITICAS MIGRATORIAS Y EL DERECHO A MIGRAR.**  
**LOS CASOS DE MÉXICO Y ARGENTINA.**

**TESIS**  
**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:**  
**MAESTRIA EN DERECHO**

**PRESENTA:**  
**GUILLERMINA DEL CARMEN LINCOLN STRANGE CASTRO.**

**TUTORES: DRA. ELISA ORTEGA VELAZQUEZ, INSTITUTO DE**  
**INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.**  
**DR. PABLO CERIANI CERNADAS, CENTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS**  
**HUMANOS, PROGRAMA MIGRACION Y ASILO, UNIVERSIDAD NACIONAL DE**  
**LANÚS.**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., MAYO 2016.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

*Agradecimientos:*

*Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por la beca otorgada para la realización del presente proyecto de investigación;*

*Al Programa Migración y Asilo del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina por la valiosa pasantía en sus aulas; y*

*A mi alma mater la Universidad Nacional Autónoma de México por continuar con la formación de profesionales y el futuro de México.*

*El otro*

*¿Por qué decir nombres de dioses, astros,  
espumas de un océano invisible,  
polen de los jardines más remotos?  
Si nos duele la vida, si cada día llega  
desgarrando la entraña, si cada noche cae  
convulsa, asesinada.  
Si nos duele el dolor en alguien, en un hombre  
al que no conocemos, pero está  
presente a todas horas y es la víctima  
y el enemigo y el amor y todo  
lo que nos falta para ser enteros.  
Nunca digas que es tuya la tiniebla,  
no te bebas de un sorbo la alegría.  
Mira a tu alrededor: hay otro, siempre hay otro.  
Lo que él respira es lo que a ti te asfixia,  
lo que come es tu hambre.  
Muere con la mitad más pura de tu muerte.*

*Rosario Castellanos.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
I. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO	17
1. Nacionales y nacionalidad	17
1.2 Apatridia	19
1.3 Nacionalidad efectiva	20
1.4 Nacionalidad y origen étnico	22
1.5 Adquisición de la nacionalidad	23
2. Extranjería	28
2.1. Categorías de Extranjeros	28
2.1.1 Asilados y refugiados	30
2.2 Estándar mínimo internacional	31
2.2.1 Núcleo duro de derechos	34
2.2.2 Contenido	37
2.3 Diferencia entre nacionales y extranjeros	43
3. Regímenes aplicables a los extranjeros	44
3.1 Entrada	46
3.2 Salida	49
3.3 Estancia o permanencia	50
3.4 Expulsión	52
3.4.1 Expulsión de extranjeros en situación migratoria irregular	59
3.4.2 Principios en los cuales el Estado ve limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros	62
II. POLÍTICAS MIGRATORIAS RELATIVAS A LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LOS ESTADOS DE RECEPCIÓN	64
1. Modalidades de la migración	64
1.2 Inmigración	66
1.2.1 Regular	68
1.2.2 Irregular	70
1.3 Emigración	74
2. Políticas migratorias de los Estados	76
2.1 Gestión de flujos	77
2.2 Acogida	80
2.3 De obtención de la ciudadanía e integración social	81

2.4 Multiculturales	84
III. EL DERECHO A MIGRAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL	92
1. Derecho Internacional y derecho al asilo	92
1.1 Definición de refugiado	94
1.1.1 Inclusión	94
1.1.2 Exclusión	95
1.1.3 Cesación	95
2. Principios internacionales de derechos humanos en el contexto de la migración	99
2.1 Principio de no discriminación	100
2.2 Unión familiar	105
2.3 No devolución	108
3. El derecho a migrar en el Derecho Internacional	110
3.1 Sentido y alcance	110
3.2 Contenido	114
3.2.1 Derecho a no migrar	114
3.2.2 Derecho a salir	116
3.2.3 Tránsito seguro	118
3.2.4 Derecho a ingresar	120
3.2.5 Derecho a permanecer	121
3.2.6 Retorno adecuado	123
3.3 Reconocimiento del derecho a migrar en diferentes Estados	125
IV. Caso de Estudio: Argentina y México	128
1. Desarrollo de la política migratoria argentina	128
2. Ley de migraciones 25.875/ 2004	131
2.1 El derecho a migrar	132
2.2 Derechos de los extranjeros	134
2.2.1 Derechos diferenciados o igualdad de derechos	134
2.2.2 Derechos laborales	135
2.2.3 Derecho a la integración y participación social	137
2.2.4 Debido proceso en casos de detención y expulsión	138
3. Tipos de residencia	140
4. Mecanismos de regularización migratoria	142
5. La ley de Migración mexicana	145
5.1. Derechos de los extranjeros	149

5.1.1 Derechos políticos	152
5.2 Categorías migratorias	153
5.3. Regularización migratoria. El procedimiento administrativo migratorio	154
5.4 Debido proceso en los procedimientos de detención y expulsión	156
5.4.1 Violaciones al debido proceso en el caso de NNA migrantes	163
5.5 Practicas migratorias	164
5.6 Propuestas	167
V. CONCLUSIONES	170
VI. Fuentes	173

## INTRODUCCIÓN

---

La tesis tiene por objeto analizar si es posible reconocer a todas las personas el derecho humano a migrar a través del estudio de las normas pertinentes del Derecho Internacional general, del Derecho Internacional particular y del Derecho Comparado. La estructura para el desarrollo de la investigación es la siguiente: (a) una introducción con la definición de los objetivos generales y específicos del estudio, justificación, hipótesis, metodología, estructura, y límites y direcciones para la investigación; (b) cuerpo de la tesis consistente en 4 capítulos; y (c) conclusiones.

### 1. Objetivos generales

- a) Identificar a los migrantes como sujetos de derecho, atendiendo a su calidad de persona humana;
- b) Proponer que las políticas migratorias de los Estados integren los estándares internacionales de derechos humanos y, de esta forma, cumplan con las obligaciones internacionales que los Estados han contraído al ratificar los tratados de derechos humanos de aceptación universal;
- c) Usar la experiencia argentina sobre el derecho a migrar previsto en su legislación, con el fin de proponer una reforma legislativa en México en el mismo sentido, ya que el país se caracteriza no sólo por ser un Estado de expulsión de migrantes, sino también de tránsito y recepción de éstos.
- d) Estudiar la legislación y las prácticas migratorias mexicanas, con el fin de evidenciar su falta de armonización a los estándares internacionales de derechos humanos y a la misma legislación nacional; y
- e) Proponer la redefinición y mejora de las leyes y políticas migratorias del Estado mexicano, bajo un enfoque respetuoso de los derechos humanos de todos los migrantes.



## **2. Objetivo específico**

Analizar si es posible, bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocer a todas las personas el derecho humano a migrar y, de esta forma, replantear el paradigma de la migración, a través de políticas migratorias de control y gestión de flujos que incorporen una perspectiva de derechos humanos.

## **3. Justificación**

La migración es un fenómeno que siempre ha existido, pero en su concepción moderna, es decir, como “migración internacional”, es un suceso relativamente reciente que se remonta al establecimiento de los Estados – Nación con la firma de la Paz de Westfalia a mediados del siglo XVII, y la consecuente delimitación de las fronteras y personas admitidas (y aquéllas que no) a permanecer sus territorios. Actualmente, el endurecimiento de las políticas migratorias y el pretendido control que buscan los Estados sobre el fenómeno migratorio desembocan en violaciones sistemáticas a los derechos humanos de los migrantes. Por ejemplo, el Mar Mediterráneo, frontera natural entre la Unión Europea y África, se ha convertido en testigo de miles de muertes (tanto por las difíciles condiciones naturales como por las políticas migratorias restrictivas europeas) de frustrados migrantes y solicitantes de refugio que intentan llegar a la Unión en busca de una mejor calidad de vida. Un escenario igualmente desastroso para los migrantes se presenta en Oceanía, tras los acuerdos firmados entre Australia y Papúa Nueva Guinea para prevenir que lleguen migrantes y solicitantes de asilo a sus costas y la reaparición de los muros entre sus fronteras. En México, el incremento de los flujos migratorios de centroamericanos y su mal trato en el país, las constantes alarmas sobre detenciones y expulsiones arbitrarias de migrantes irregulares, las necesidades no atendidas de niños, niñas y adolescentes migrantes en las leyes y políticas migratorias, entre otras, evidencian que las violaciones a los derechos humanos de los migrantes en el país no es menor. Los ejemplos anteriores son una clara muestra que los movimientos migratorios afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto y que deben

atenderse desde los Estados de origen, los de tránsito y los de destino de migrantes.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como régimen de protección de la persona humana, es un buen punto de partida para ello, ya que el Derecho Internacional ha desarrollado estándares de protección para la persona humana, en particular a partir de las migraciones forzadas. Dicha protección internacional comenzó con el derecho al asilo, a partir de la Convención de Ginebra de 1951, la cual se desarrolla a través del principio de no devolución, *non refoulement*, que obliga al Estado a no expulsar de su territorio a aquellas personas que tengan un temor fundado de persecución.<sup>1</sup> Sin embargo, no solo los solicitantes de asilo tienen necesidades de protección internacional. Los migrantes económicos también huyen de situaciones que constituyen un temor fundado de morir, como la falta de condiciones dignas de vida. De este modo, la protección de los derechos humanos de las personas migrantes se ha consolidado desde la defensa de grupos vulnerables, como los refugiados o los niños, las niñas y los adolescentes migrantes, hasta la afirmación de principios internacionales como el *non refoulement*, la unidad familiar y la igualdad y no discriminación. Además de la fijación de derechos mínimos a los trabajadores migrantes (regulares e irregulares) a través de la Convención Internacional de derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el trabajo de organismos internacionales como el ACNUR, la OIT y la OIM, y la jurisprudencia internacional. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos internacionales anteriores, la crisis humanitaria en la migración internacional muestra lo limitado e ineficaz del sistema de protección internacional, así como la falta de armonización de las legislaciones nacionales con los estándares internacionales de derechos humanos que protegen, en general, a todas las personas, sean nacionales o extranjeras (regulares e irregulares).

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que este principio se ha ampliado a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cualquier persona cuya vida corra peligro en caso de ser expulsada. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272, [http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es) párrafo 135.

La condición jurídica del extranjero en el Estado de acogida condiciona los derechos y las obligaciones de los que goza. Regularmente, los nacionales se encuentran en ventaja respecto a estos últimos puesto que la nacionalidad se traduce como el derecho a tener derechos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que todos debemos gozar de una nacionalidad desde el nacimiento; sin embargo, encontramos situaciones extremas como la apatridia o la doble nacionalidad. En el caso de las personas migrantes, por no ser nacionales del lugar donde residen, no gozan plenamente de sus derechos. De manera que los extranjeros se encuentran bajo un régimen jurídico especial que, sin embargo, halla límites de actuación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual establece un estándar mínimo de derechos que abarca a nacionales y extranjeros. Es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que imponen obligaciones a los Estados de la Comunidad Internacional que se han obligado en sus términos y hacia cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado. Así como de las normas imperativas del Derecho Internacional General o de *jus cogens* que tienen aplicación en la materia (prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad y no discriminación), y que son obligatorias para todos los Estados, hayan o no ratificado los tratados internacionales que las contienen, debido a la importancia de los valores que conculcan para la Comunidad Internacional en su conjunto.

Ahora bien, los regímenes aplicables a los extranjeros abarcan todas las situaciones que afectan su vida: la entrada, estancia o permanencia, salida y, en su caso, la expulsión. Así, por ejemplo, la entrada irregular en algunos Estados limita el acceso a servicios de salud o educativos, lo cual crea para ellos un estado de extrema vulnerabilidad dado el rígido control migratorio. De manera que dichos regímenes implican la observación y coordinación de normas no sólo de extranjería sino de derecho laboral, administrativo o de seguridad social. Es decir, dada la transversalidad del fenómeno migratorio, que afecta varias esferas jurídicas, su regulación requiere un esfuerzo conjunto.

Y es la entrada al territorio el primer momento en el cual el Estado regula la migración. El Derecho Internacional reconoce el derecho de *toda persona a salir de cualquier país*; sin embargo el Estado decide soberanamente quien puede entrar y quién no. Otras decisiones como es el caso de los procedimientos de detención y expulsión de extranjeros, que implican la salida forzosa del territorio, topan con criterios de Derecho Internacional. Entre ellos, la prohibición de expulsiones colectivas, la observación de las garantías del debido proceso a favor de cualquier extranjero sin importar su condición migratoria, la asistencia consular y defensa jurídica, entre otros. En este sentido, se han regulado cada vez más las facultades soberanas de los Estados respecto al contenido de los regímenes de extranjería. Es decir, en algunos casos, como es la expulsión de los extranjeros, hay deberes internacionales por observar, ya que la labor del Derecho Internacional enfocada a la protección de los derechos humanos permea los regímenes de extranjería.

En este sentido, el desarrollo de las políticas migratorias no es una tarea menor. La magnitud y diversidad de los movimientos migratorios es grande y abarca tanto los desplazamientos forzados, refugiados y asilados, así como a los llamados migrantes económicos (trabajadores temporales, turistas, estudiantes, residentes, familiares, niños y niñas, adolescentes en tránsito, entre otros). Todos estos movimientos se han incrementando de tal manera que los Estados deben contemplar esta situación: los de origen, destino, tránsito y retorno de migrantes.

Uno de los criterios que permite ordenar estos flujos es la separación de migrantes en regulares e irregulares, atendiendo a las vías legales de entrada al Estado de acogida. Estos criterios dependen en gran medida del desarrollo de las políticas migratorias de los Estados, ya que pueden favorecer la migración regular al establecer más canales de migración y regularización; o irregular, al imponer procedimientos burocráticos y difíciles de cumplir para el acceso de extranjeros,

leyes de extranjería defectuosas, demagógicas e ineficaces.<sup>2</sup> Así, partiendo de una mirada global, el rango de estas políticas migratorias abarca diversas situaciones. Desde el control y la gestión de flujos que regulan la entrada, por ejemplo, mediante cuotas o permisos de trabajo; políticas de acogida que contemplan la integración de los migrantes a la sociedad de destino; y políticas que incluyan el ejercicio de derechos políticos y de participación a nivel local y la obtención de la ciudadanía por parte de los extranjeros. Hasta políticas y modelos migratorios que incluyan un enfoque multicultural a favor del respeto de los derechos humanos de la población migrante en el Estado de recepción. En este sentido, las políticas migratorias se encargan de dos momentos clave en el proceso migratorio: el acceso al territorio, gestión y control de flujos; y la estadía de los migrantes, condiciones de estancia y desarrollo del proyecto migratorio. En suma, la condición jurídica y los regímenes aplicables a los extranjeros afectan tanto sus derechos humanos como su integración a la sociedad de acogida, situaciones que las políticas migratorias de los Estados comprenden.

Si quisiéramos comprender un derecho más amplio que permita la entrada al Estado extranjero, más allá de la protección debida a los refugiados y derechos básicos a los migrantes, nos veríamos limitados puesto que la libertad de circulación, es decir, la salida del Estado que garantiza el Derecho Internacional se ve acotada por las facultades discrecionales del Estado para permitir la entrada a su territorio. En este sentido, no hay un derecho a migrar sino sólo a salir del país de residencia, a pesar de que desde la doctrina y la jurisprudencia internacional se ha desarrollado un posible contenido del derecho a migrar, como un ideal en conformación que depende en gran medida del desarrollo progresivo de las obligaciones estatales. Estados como Argentina han reconocido el derecho a migrar en sus ordenamientos internos. En armonía con su tradición de país de inmigración, fue el primero de los Estados de Sudamérica en reconocer el derecho

---

<sup>2</sup> Véase, Ortega Velázquez, Elisa, "La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas", *Anuario de Derecho Internacional*, México, UNAM, Vol. XIV; 2014, pp. 637-686.

a migrar<sup>3</sup>, (desde el año 2004), bajo los principios de igualdad y universalidad, lo cual la pone a la vanguardia internacional.

Ahora bien, ¿qué significa este reconocimiento? El derecho a migrar tiene el carácter de derecho humano, es decir, se le aplican los principios de progresividad, universalidad, *pro homine* y razonabilidad. A partir de los cuales el Estado se compromete a cumplir obligaciones hacia las personas migrantes como la no discriminación, el acceso igualitario a derechos y la reunificación familiar, entre otras, así como deberes objetivos y responsabilidades hacia los derechos humanos de los migrantes. Además, el reconocimiento del derecho a migrar conlleva el desarrollo de los derechos de los extranjeros en igualdad de condiciones con los nacionales, como el acceso a la educación, los servicios de salud o el trabajo, lo que permite mejorar su integración en la sociedad de acogida. Esto en conjunto con el establecimiento de mejores vías a la regularización de migrantes irregulares.

El desarrollo observado en Argentina está en camino a consolidarse a más de diez años de la promulgación de la Ley de Migraciones. En perspectiva con el caso mexicano, que recientemente ha cambiado su política migratoria con la promulgación de la Ley de Migración y las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, permite considerar avances y retos. México es un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, situación compleja que debe enfrentar desde diversos enfoques de política pública, y sin olvidar el respeto a los derechos humanos de los migrantes que se encuentran en su territorio. La Ley de Migración presenta un enfoque ambivalente, ya que por un lado reconoce los derechos humanos de las personas migrantes, pero salvaguarda siempre la soberanía y seguridad nacionales, las cuales justifican en muchos casos prácticas violatorias de los derechos humanos de los migrantes, que incluyen, entre otras, detenciones y expulsiones arbitrarias, violación de las garantías del debido proceso y demás violaciones de derechos humanos de los migrantes. Todo esto

---

<sup>3</sup> En Sudamérica los Estados de Argentina, Bolivia, Ecuador y Uruguay reconocen el derecho a migrar en sus respectivas legislaciones.

muestra, por un lado, la ineficacia de la Ley y, por otro, la discordancia entre la práctica migratoria en México y lo prescrito por los estándares internacionales de derechos humanos, la Constitución y la propia Ley de Migración.

#### **4. Hipótesis**

H1. El reconocimiento del derecho a migrar a todas las personas, implica que las políticas nacionales de gestión y control de flujos migratorios incorporan los principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

H2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce derechos humanos a nacionales y extranjeros, sin importar si son regulares o irregulares.

H3. Se puede mejorar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida a través de políticas migratorias multiculturales que reconozcan todos los derechos humanos a los migrantes, incluidos los de participación política, después de una residencia estable en el Estado de acogida.

H4. Es posible que el Estado mexicano mejore su política migratoria al incorporar estándares de derechos humanos contemplados en el Derecho Internacional, entre ellos el derecho a migrar, como lo ha hecho Argentina.

#### **5. Metodología**

El método de trabajo para abordar la investigación es el deductivo analítico. Es una investigación basada en el análisis de la normativa y jurisprudencia, tanto internacional como nacional, así como de la doctrina de varios países, con el fin de abordar el objeto de estudio de forma comprensiva e integral. Asimismo, se hace uso del Derecho Comparado.

#### **6. Estructura**

La investigación se desarrolla en cuatro capítulos, cuyos objetivos se señalan a continuación:

**1. Condición Jurídica del Extranjero.** El objetivo de este capítulo es definir la situación particular de los extranjeros y los derechos de los cuales deben gozar. Las preguntas de investigación que se pretenderán responder son: a) ¿cuál es la naturaleza jurídica de las personas migrantes?; b) ¿cuáles son los alcances de la nacionalidad y extranjería?; y c) ¿cuáles son los regímenes aplicables a los extranjeros?

**2. Políticas migratorias relativas a la integración de los extranjeros en los Estados de recepción.** El objetivo de este capítulo es conocer las políticas migratorias de los Estados. Las preguntas de investigación que se intentarán responder son: a) ¿cómo se desarrollan las políticas migratorias de acogida, de gestión de flujos, adquisición de la nacionalidad y, en su caso, multiculturales?; y b) ¿cuál es el panorama general de los flujos migratorios en el mundo?

**3. El derecho a migrar en el Derecho Internacional.** El objetivo de este capítulo es conocer los estándares internacionales en materia de migración desarrollados a partir del sistema de protección internacional de la persona humana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las preguntas de investigación que se tratarán de responder son: a) ¿qué principios internacionales inciden en la materia migratoria?; y b) ¿cuál es el marco jurídico internacional que nos permite postular un posible derecho a migrar?

**4. Caso de estudio de reconocimiento del derecho a migrar.** El objetivo de este capítulo es primeramente analizar la política migratoria argentina, en particular la integración de las personas migrantes y la incorporación de principios internacionales; y, posteriormente, las leyes y políticas migratorias mexicanas. Las preguntas de investigación que se procurarán responder son: a) ¿qué implicaciones tiene el reconocimiento del derecho a migrar en Argentina?; b) ¿de qué derechos gozan los extranjeros?; c) ¿cuál es el procedimiento de regularización migratoria?; y c) ¿qué soluciones se pueden proponer para la realidad de las leyes y políticas migratorias mexicanas?



## **7. Límites de la investigación**

Esta tesis de maestría se desarrolla dentro de una serie de límites. En primer lugar, no se abordan a fondo las causas estructurales de la migración, por ejemplo las económicas, políticas, sociales, ambientales, etc., sino sólo se aborda el fenómeno desde el punto de vista jurídico y, en específico, desde el derecho a migrar. En segundo lugar, toda vez que el derecho a migrar es un derecho inacabado y en vías de desarrollo, la tesis se limita a analizar lo establecido en la doctrina, la jurisprudencia internacional y la normativa relativa, para después tomar como ejemplo la experiencia de Argentina en el tema, con el fin de que sirva de guía para mejorar las leyes y políticas migratorias mexicanas. Y, en tercer lugar, sólo se estudia el caso de Argentina por ser de los pocos países que actualmente reconocen de forma expresa en su legislación el derecho a migrar.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Tal es el caso de Bolivia y Uruguay que reconocen el derecho a migrar en sus legislaciones desde los años 2008 y 2010 respectivamente.

## I. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO

---

### 1. Nacionales y nacionalidad

El Estado se describe con varios adjetivos: nacional, soberano y territorial. ¿Qué significan tales atributos? La formación del Estado como un ente limitado al exterior e ilimitado al interior consolidó no sólo la soberanía sino también la nacionalidad, ya que el desarrollo de sus facultades dentro de un territorio determinado le permitió establecer criterios de nacionalidad. Ser nacional de un Estado nos identifica como miembros del mismo. De manera que el vínculo de la nacionalidad mantiene al Estado unido y cohesionado con sus habitantes de tal forma que garantiza su conformación. Sin embargo, la población del Estado no sólo la componen nacionales. Los extranjeros se encuentran bajo su gobierno y en su territorio, entonces ¿qué alcances tiene la nacionalidad?

Primeramente, “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”.<sup>5</sup> Este vínculo es jurídico aunque tenga bases sociológicas o históricas, como la mayor o menor homogeneidad de la población, es decir, en cuanto a aspectos étnicos, culturales o lingüísticos.

La nacionalidad como un derecho humano se ha cristalizado en la mayoría de los sistemas de protección –universales y regionales- y se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales,<sup>6</sup> desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 15): “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”, hasta otros instrumentos de protección de grupos en situación de

---

<sup>5</sup>Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *et. al.*, *Derecho Internacional Público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 358.

<sup>6</sup>Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13 y 24.3; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 2.3, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad y artículo 22, la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; en el ámbito europeo el Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales, artículo 16, la Carta Social Europea artículos: 12.4 13.4 18 y 1, Carta de los derechos fundamentales de la unión europea 19, 15.2, 15.3, 34.2, 45.2 y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos artículo 12.4.

vulnerabilidad, minorías o migrantes, que contemplan el derecho a la nacionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño -artículo 7.1-; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 29).

Ahora bien, el derecho a la nacionalidad comprende el respeto a los siguientes principios:

- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, y a no ser privada arbitrariamente de ésta.
- Toda persona desde su origen debe tener nacionalidad. Situación que evitará la apatridia.
- Puede cambiarse voluntariamente la nacionalidad, con el consentimiento del Estado.
- Cada Estado determina soberanamente quiénes son sus nacionales.

Siguiendo este orden, el derecho a la nacionalidad se encuentra expresado desde una formulación negativa: *nadie puede ser privado de su nacionalidad*, puesto que la privación de este derecho equivale a la negación de todos los demás derechos de los cuales goza la persona. Situación que conlleva su carácter de inderogable y fundamental. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“... La Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana... y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención”<sup>7</sup>.

Continúa:

“El derecho a la nacionalidad del ser humano está reconocido como tal por el Derecho Internacional... en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus

---

<sup>7</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, pfo. 136.

derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.<sup>8</sup>

## 1.2 Apatridia

Ahora bien, si a nadie se le puede privar de su nacionalidad entonces como regla general toda persona desde su origen debe tener una nacionalidad:

“todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”.<sup>9</sup>

Carecer de nacionalidad es una excepción a la regla. Dicha situación se conoce como apatridia. En la actualidad se calcula que existen entre 11 y 15 millones de apátridas en todo el mundo<sup>10</sup>, diversas circunstancias llevan a esta situación, entre ellas una negación del Estado otorgante, condición de *iure*, como es el caso de Suazilandia, donde la Constitución del año 2005 establece que los niños nacidos después de la entrada en vigor de ésta son ciudadanos sólo si su padre también lo es. En África, más de 20 países siguen negando a las mujeres el derecho a transmitir la nacionalidad al cónyuge extranjero. También hay apátridas de hecho. En algunos Estados se niega de forma sistemática a los apátridas el acceso a servicios públicos y de seguridad social de los que gozan los nacionales. Por ejemplo, en Níger, más de cien mil árabes *mahamid* viven todos los días bajo amenaza de expulsión. Las causas de la desnacionalización y la expulsión de decenas de miles de ciudadanos mauritanos negros en 1989 fueron raciales. En Estonia, la minoría rusa lleva luchando contra la apatridia desde la independencia del país en 1991.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica. Relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, pfo. 34.

<sup>9</sup>Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.

<sup>10</sup>*Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Apátridas del mundo, preguntas y respuestas*, Ginebra, Suiza, 2006, [http://www.acnur.es/PDF/apátridas\\_preg\\_resp\\_20111228104516.pdf](http://www.acnur.es/PDF/apátridas_preg_resp_20111228104516.pdf)

<sup>11</sup>*Cfr.* Goris, Indira, *et. al.*, “La apatridia: qué es y por qué importa, título original: Statelessness: what it is and why it matters”, *Forced Migration Review*, Oxford, UK, Refugee Studies Centre

Entre los esfuerzos que buscan evitar la apátrida tenemos la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para reducir los casos de Apatridia en 1961. Sin embargo, la normativa internacional no proporciona ninguna indicación sobre la forma en que la responsabilidad de conceder la nacionalidad recae en los Estados.

### **1.3 Nacionalidad efectiva**

La adquisición de una nacionalidad es un acto voluntario por el cual el individuo accede a una nacionalidad diferente a la de origen. En la cual es necesario cumplir con ciertos requisitos o condiciones establecidos por el Estado. En su caso, adquirir una nacionalidad puede implicar la renuncia previa de la nacionalidad de origen o existe la posibilidad de contar con una doble nacionalidad.

Las medidas de acceso a la nacionalidad son parte de las políticas migratorias de los Estados. En las cuales se establecen preferencias de acceso tan variadas como: contar con ascendientes de la nacionalidad que se solicita, el parentesco, las relaciones geográficas, históricas o culturales entre países.<sup>12</sup> Por ejemplo, para adquirir la nacionalidad española tienen preferencia los latinoamericanos o descendientes de españoles en el exilio.<sup>13</sup> Algunos Estados, en particular los más desarrollados, han establecido mecanismos que facilitan la nacionalidad a los extranjeros residentes de largo plazo.

Entre los principales criterios para acceder a una nacionalidad están la residencia o los lazos sanguíneos. Otros Estados, como Alemania, Italia, Finlandia, Grecia o Japón enfatizan el componente étnico, es decir, comprobar la integración al Estado mediante lazos culturales o, por ejemplo, ser descendiente de un emigrante nativo.

---

Oxford Department of International Development University of Oxford, año 2009, núm. 32, <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR32/contents.pdf>, pp. 4-6.

<sup>12</sup> Cfr. Mateos, Pablo, *et. al.*, "Residence vs. Ancestry in Acquisition of Spanish Citizenship: A Netnography Approach", *Migraciones internacionales*, vol. 6, núm. 4, julio-diciembre de 2012, p. 17.

<sup>13</sup> Tal como lo establece la Ley 52/2007. Conocida como Ley de memoria histórica que permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

Estas medidas llevan a un proceso de aculturación ya que promueven la “*re-ethnicization of citizenship*” o “*ethnic returns*”.<sup>14</sup>

Todos estos criterios y requisitos que impone un Estado a quien busca acceder a la nacionalidad no son superficiales, son significativos y trascendentes ya que el vínculo de la nacionalidad busca ser duradero. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Notteböhm*:

"La naturalización no es una cosa para tomar a la ligera. Pedirla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad y establecimiento de otro vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene. Le concierne personalmente y sería desconocer su sentido profundo el no retener de ella más que el reflejo sobre la suerte de sus bienes."<sup>15</sup>

De esta manera, la Corte Internacional de Justicia estableció el principio de nacionalidad efectiva. La nacionalidad como vínculo jurídico debe expresar una conexión real y visible en lazos de hecho determinados por la residencia, la familia o la participación en la vida pública:

"...La nacionalidad constituye la expresión jurídica del hecho de estar una persona más estrechamente relacionada con la población de un Estado determinado. Concedida por un Estado, sólo autoriza a éste a proteger al favorecido si constituye la traducción en términos jurídicos de la adhesión del interesado al Estado. En el momento de la naturalización, ¿parecía Notteböhm más estrechamente ligado, por sus tradiciones, su residencia, sus intereses, sus actividades, sus lazos familiares y sus intenciones para el futuro próximo, con Liechtenstein que con cualquier otro Estado?"<sup>16</sup>

Además, la Corte sostuvo que la nacionalidad otorgada por un Estado, para poder ser oponible frente a terceros Estados, no debía ser “ficticia” sino efectiva y sustentarse en una vinculación real entre el individuo y el Estado que otorga la nacionalidad como presupuesto para ejercer la protección diplomática:

---

<sup>14</sup>Cfr. Mateos, Pablo, *et. al.*, “Residence vs. Ancestry in Acquisition of Spanish Citizenship: A Netnography Approach”, *op. cit.*, p.18.

<sup>15</sup>Corte Internacional de Justicia, *Asunto Notteböhm, Liechtenstein vs. Guatemala*, fallo 6 de abril 1995, <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum1948-1991.pdf>, pp. 23.

<sup>16</sup>*Ibidem*, p. 24.

“La Corte debe examinar si la nacionalidad conferida a Notteböhm por vía de naturalización presenta el carácter de vinculación efectiva, esto es, si el vínculo... aparece como suficientemente estrecho... que permita considerar la nacionalidad... como la expresión jurídica exacta de un hecho social de vinculación preexistente, o que se hubiese constituido tiempo después...”<sup>17</sup>

#### **1.4 Nacionalidad y origen étnico**

Hablar de un vínculo efectivo implica reconocer en la persona humana no sólo un súbito más del Estado. La nacionalidad es un elemento integrante de la misma identidad personal sin la cual el individuo no podría desenvolverse en sociedad. Claro es que nacionalidad no es equivalente a identidad nacional, puesto que la población del Estado no es homogénea. En la realidad los Estados son heterogéneos: cultural, lingüística e incluso étnicamente. La consolidación de los Estados modernos significó la unificación bajo un territorio y un gobierno comunes, empero encontramos Estados multinacionales o pluriétnicos, siguiendo la terminología propuesta por Kymlicka.<sup>18</sup>

Así, por ejemplo el Convenio Europeo sobre Nacionalidad señala: “‘nacionalidad’ se refiere al vínculo jurídico entre una persona y un Estado, y no indica el origen étnico de la persona.”<sup>19</sup>

Ahora bien, a ¿qué nos referimos con origen étnico? Esteva Fabregat<sup>20</sup> considera que: “etnia es una comunidad cultural localizada y consciente de su identidad mediante consciencia de su singularidad, y por lo tanto de su diferenciación como forma de cultura respecto de unas u otras comunidades”.

La estabilidad étnica en “riesgo latente” frente a los movimientos migratorios es un argumento que utilizan ciertos Estados para establecer políticas migratorias de

---

<sup>17</sup>Corte Internacional de Justicia, *Asunto Notteböhm, Liechtenstein vs. Guatemala*, fallo 6 de abril 1995, <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum1948-1991.pdf>, p. 20.

<sup>18</sup> Véase Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*, España, Paidós, 1996.

<sup>19</sup>Convenio Europeo sobre La Nacionalidad, 6 de noviembre de 1997, artículo 2.

<sup>20</sup>Vargas Llovera, María Dolores, “Inmigración, etnicidad y pluralismo cultural”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad de Alicante, Escuela Universitaria de Trabajo Social, España, núm. 4, octubre 1996, p. 79.

control. Ya que los extranjeros llegan con sus propias identidades y deben adaptarse a la identidad nacional. En este sentido, la magnitud de la inclusión y adaptación al Estado se pueden observar en los efectos de la nacionalidad, es decir, en el goce de derechos, no sólo políticos –de los cuales se ven excluidos los extranjeros- sino también económicos, sociales y culturales.

Así que:

“La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos<sup>21</sup>. Además la nacionalidad es: “Estado natural del ser humano” que no solo es el “fundamento de su capacidad política sino también de su capacidad civil”.<sup>22</sup>

### **1.5 Adquisición de la nacionalidad**

La determinación de la nacionalidad es una competencia discrecional del Estado. Como materia exclusiva del mismo constituye su ámbito personal de validez:

“La nacionalidad corresponde a la jurisdicción interna del Estado, el cual establece, conforme a su propia legislación, las normas que regulan la adquisición de su nacionalidad. Sin embargo... al ejercer la protección de sus nacionales, el Estado se sitúa en el plano del Derecho Internacional.”<sup>23</sup>

Debemos señalar que tal y como lo señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es obligación de los Estados otorgar la nacionalidad, dado que sólo señala al sujeto pasivo del derecho –el individuo- sin la responsabilidad del activo –el Estado- por lo que no existe una responsabilidad internacional en la materia:

---

<sup>21</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, pfo. 137.

<sup>22</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher-Bronstein vs. Perú*, op. cit., pfo. 86.

<sup>23</sup> Corte Internacional de Justicia, Asunto *Notteböhme*, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, Estados Unidos, Nueva York, publicaciones de las Naciones Unidas, 1992, p. 47.



“El único límite jurídico internacional es la obligación genérica de no imponer o privar de la nacionalidad a una persona de modo arbitrario. El Derecho Internacional respeta en principio a efectos del derecho interno la atribución de la nacionalidad, le niega en principio la oponibilidad internacional frente a terceros Estados, sobre todo a efectos de protección diplomática, si esa nacionalidad no responde a un vínculo real y efectivo con el Estado que la otorga.”<sup>24</sup>

De manera que:

“Cada Estado determinará con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos”.<sup>25</sup>

Sin embargo, dada la evolución del Derecho Internacional de Derechos Humanos, la materia tiende a ser una competencia reglada por el orden internacional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya lo ha indicado:

“No obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado... el Derecho Internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de éstos y que en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”.<sup>26</sup>

“Este Tribunal ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”. La adquisición de este vínculo por parte de un extranjero, supone que éste cumpla las condiciones que el Estado ha establecido... lo dicho supone que las “condiciones y procedimientos para esa adquisición [son] predominantemente del derecho interno”.<sup>27</sup>

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado respecto a la efectividad de la nacionalidad y los límites para su adquisición:

---

<sup>24</sup>Mariño Menéndez, Fernando, *et. al.*, *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Madrid, España, edita el Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1995, p. 113.

<sup>25</sup>Convenio Europeo de Nacionalidad, artículo 3.

<sup>26</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op. cit.*, pfo. 88.

<sup>27</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, pfo. 99.

"El Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad".<sup>28</sup>

Ahora bien, los criterios universalmente reconocidos para otorgar la nacionalidad son los de *ius sanguini* o de *ius soli*. Esto es, puede ser por filiación de padres a hijos o por el hecho de nacer en territorio de un Estado. Adicionalmente se considera el criterio de *ius domicili* para adquirir la nacionalidad por una residencia estable.

Dichos principios se encuentran sujetos a la discrecionalidad del Estado, pero deben respetar el principio de no discriminación. Por ejemplo, en el caso del *ius sanguini*, diversos Estados excluyen o disminuyen la capacidad de la mujer al transmitir su nacionalidad a los hijos en clara contravención a lo establecido por el artículo 9 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual señala:

"Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge".

Este criterio también es retomado en el ámbito europeo: "...d) ni el matrimonio ni la disolución de un matrimonio entre un nacional de un Estado Parte y un extranjero, ni el cambio de nacionalidad de uno de los cónyuges durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad del otro cónyuge".<sup>29</sup>

El derecho de filiación o *ius sanguini* permite que los hijos de nacionales de un Estado adquieran la nacionalidad de sus progenitores. Sin embargo, nos enfrentamos a controversias al establecer diferencias o preferencias en cuanto a

---

<sup>28</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Janko Rottmann y Freistaat Bayern. Ciudadanía de la Unión*, Sentencia de 2 de marzo de 2010, Asunto C-135/08, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:113:0004:0004:ES:PDF>

<sup>29</sup> Artículo 4 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad.

la capacidad de la madre o del padre, del matrimonio o del tiempo de estancia ente otras circunstancias:

“Los progenitores deben poder transmitir su nacionalidad a los hijos independientemente de su propio género y de si están o no casados con el otro... De igual manera constituye una discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención (americana) estipular... condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno sólo de los cónyuges”.<sup>30</sup>

Esta situación se ha visto aumentar a raíz de los recientes flujos de inmigración que generan movimientos de reunificación familiar y matrimonios mixtos.<sup>31</sup>

Finalmente, adquirir una nacionalidad debe garantizar la integración a la comunidad política y ser ciudadano. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos usan el concepto de ciudadanía en una pluralidad de significados, relacionados con la nacionalidad como vínculo jurídico, por ejemplo:<sup>32</sup>

1.- Ciudadanía como concepto más restrictivo que nacionalidad. Excluyendo a las personas nacionales que sean menores de edad o que por condena o decisión judicial no se encuentren en pleno disfrute de sus derechos políticos. En este caso, ciudadano es el nacional activo políticamente. En derecho civil hablamos de tener plena capacidad de goce y ejercicio.

2.- Ciudadanía como sinónimo de nacionalidad. Para aludir a la condición de miembro de la comunidad política, es decir, a una vinculación jurídicamente reconocida de la pertenencia política.

3.- Ciudadanía como concepto más extensivo que nacionalidad. En este sentido con el concepto de “administrado”, históricamente “súbdito” o “sujeto”, haciendo

---

<sup>30</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, resolutive núm. 5.

<sup>31</sup>Cfr. Mateos, Pablo, *et. al.*, “Residence vs. Ancestry in Acquisition of Spanish Citizenship: A Netnography Approach”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>32</sup>Cfr. Ruiz Vieytez, Eduardo J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2006, p. 174.

referencia a todas las personas sobre las que la Administración pública de un Estado o cualquier otra institución pública del mismo proyectan su actividad.

Dado que se espera que los extranjeros y migrantes participen de la comunidad política y nacional, debemos entender a la ciudadanía en su sentido más amplio a fin de que gocen de sus derechos al adquirir una nacionalidad.

Empero, el ejercicio de la nacionalidad se ve restringido cuando los Estados limitan el ejercicio de los derechos políticos a extranjeros. Estos derechos políticos se refieren a: “la facultad de ejercer funciones de carácter político, lo que se llama sintéticamente “*jus honoris*” y “*jus suffragii*”, vale decir, el derecho a elegir y a ser electo para el desempeño de funciones públicas. De manera que la ciudadanía tiene un contenido y un enlace, típicamente políticos.”<sup>33</sup>

De Lucas considera un error y prejuicio confundir estos conceptos:

“...una tesis propia de la ignorancia, del atavismo característico de una cultura política anclada no ya en el XIX, sino en los albores de la Edad moderna, sino incluso en la antigüedad clásica. Una concepción que parte de la identificación entre ciudadanía y nacionalidad, entre ciudadanía y Estado-nación o ciudad-Estado”.<sup>34</sup>

A nuestro parecer esta confusión es resultado del triunfo del principio territorial sobre el personal en la consolidación del Estado, es decir, sólo interesan quienes están bajo la jurisdicción del Estado dentro de sus límites territoriales. Desde una visión del Derecho Constitucional, nos recuerda Bosniak:

“The territoriality principle accords legal and ethical significance to “hereness,” appropriately focusing on the social fact of a person’s presence rather than on the legal formality of status to anchor basic constitutional recognition.”<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup>Jiménez de Aréchaga, Eduardo, et. al., *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 360.

<sup>34</sup>De Lucas Martín, Javier, “La Ciudadanía para los inmigrantes: Una condición de la Europa Democrática y Multicultural”, *Eikasia, Revista de Filosofía*, 4 mayo de 2006, p.5.

<sup>35</sup>Bosniak, Linda, “Persons and citizens in constitutional thought”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, vol. 8, núm. 1, pp 9-29, <http://icon.oxfordjournals.org/content/8/1/9.short>, p. 18.

La doble cara del Estado –personal y territorial- le permite decidir quiénes son sus nacionales y los derechos de los cuales gozan, así como administrar las fronteras (entrada y salida), los lugares destinados al tránsito internacional de personas, el paso de personas por su territorio, además de contar con el poder de decidir sobre la admisión, exclusión o expulsión de su territorio; es decir, cuenta con control sobre los movimientos de población, todas estas facultades en ejercicio de la soberanía.

## **2. Extranjería**

### **2.1. Categorías de Extranjeros**

Ser extranjero indica a la persona que no es nacional de un Estado, un concepto negativo y de exclusión, pero que nos permite ciertos matices a considerar.

Una interpretación más amplia considera que el extranjero es una persona respecto de la cual todavía no se ha reconocido que mantenga vínculos efectivos con el país en que se encuentra. Evidentemente el extranjero deberá someterse a la normativa del Estado donde se encuentre y por regla general el Estado sólo puede actuar dentro de sus límites, su poder normativo es tal sólo en su territorio. Sin embargo, encontramos ciertas situaciones extraterritoriales.<sup>36</sup>

No obstante, la persona humana es destinataria de diferentes normas a saber: las del orden jurídico del Estado en cuyo territorio se encuentra, las del Estado de su nacionalidad y normas de Derecho Internacional conocidas como estándar mínimo de derechos humanos. Entre estas, el orden jurídico que determina más intensamente la condición jurídica de una persona es el Estado territorial ya que cuenta con competencias para legislar sobre las conductas y situaciones que allí se produzcan en plenitud y exclusividad absolutas. La eficacia última de las

---

<sup>36</sup>Situaciones extraterritoriales como el caso de la protección diplomática, las inmunidades de los representantes del Estado en embajadas y consulados o en caso de conflicto de leyes.

normas de cualquier otro ordenamiento jurídico depende de las normas, técnicas y procedimiento del ordenamiento interno del soberano territorial.<sup>37</sup>

De manera que, la diferencia entre nacionales y extranjeros en sustancia se refiere a los derechos de los cuales son titulares.

“Para un orden estatal determinado, la distinción entre derechos de nacionales y extranjeros se funda en el hecho de que solamente un círculo determinado de personas poseen la condición de nacional dentro de ese mismo orden estatal: los extranjeros son para ese ordenamiento todas las demás personas, incluidos los apátridas, que no poseen ninguna nacionalidad”.<sup>38</sup>

Ahora bien, el estatuto de los extranjeros en un Estado es determinado por el Derecho de extranjería.

“Derecho de extranjería” que cuenta con una doble proyección, interna e internacional. En el plano interno el Derecho de extranjería comporta un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge”.<sup>39</sup>

Dicha proyección -nacional e internacional- encuentra armonía en los límites impuestos por los derechos humanos. Es decir, la soberanía del Estado en materia de extranjería sólo encuentra límites internacionales.

“Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos”.<sup>40</sup>

No obstante, el vínculo de la nacionalidad se ha visto debilitado por el desarrollo de los derechos humanos y con ellos del concepto de persona humana ya que

---

<sup>37</sup> Cfr. Mariño Menéndez, Fernando, *et. al.*, *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>39</sup> Fernández Rosas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, núm. 11, marzo de 1991, pp. 39-51, p. 39.

<sup>40</sup> Artículo 2.1 de la Declaración de los Derechos de las Personas que no son nacionales del lugar donde residen.

abarca como titulares tanto a nacionales como extranjeros y amplía la esfera de protección. Aun así podemos encontrar matices excluyentes:

“... aunque la nacionalidad como tal no debe ser un criterio diferenciador que prive a ciertas personas o grupos del goce de los derechos previstos en la Declaración, puede haber otros factores pertinentes que permitan distinguir los derechos que pueden exigir las diferentes minorías...”<sup>41</sup>

### **2.1.1 Asilados y refugiados**

Minorías, inmigrantes, habitantes, no ciudadanos son conceptos inacabados y no necesariamente jurídicos, nacionales y extranjeros se consideran comprendidos en el término de persona humana. Para evitar confusiones el concepto de extranjero por ser más exacto es mejor.

Así podemos señalar a refugiados y asilados dentro de la categoría de extranjeros. De acuerdo con la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo*<sup>42</sup>, un refugiado es alguien que se encuentra fuera de su país de origen; tiene un temor de persecución bien fundado en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, u opinión política y es incapaz o no está dispuesto a acogerse a la protección de ese país, o a regresar a él, por temor a ser perseguido.

Una persona puede adquirir inmediatamente el estatuto de refugiado, es decir, en el momento de ser admitido a un país distinto al suyo; o puede presentar una solicitud para obtener el estatuto de refugiado después de haber llegado a dicho país: será un solicitante de refugio hasta que su solicitud sea considerada. Mientras que el asilo, *stricto sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, en tanto que el refugiado es más amplio. La *Convención sobre asilo territorial* señala en su artículo 2, quienes tienen derecho al asilo:

---

<sup>41</sup>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “*Los derechos de los no ciudadanos*”, Nueva York y Ginebra, publicaciones de las Naciones Unidas, 2006, p. 6.

<sup>42</sup> Artículo 1.2.

“Personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”.

En este sentido, asilados y refugiados son categorías de extranjeros reconocidas por el Derecho Internacional con un estatuto particular que les ofrece protección internacional en el Estado de acogida a partir de su situación de persecución. Además de la protección debida a los refugiados la consolidación del principio de no discriminación ha desarrollado un estándar mínimo internacional de derechos humanos del cual deben gozar tanto nacionales como extranjeros.

## **2.2 Estándar mínimo internacional**

El Derecho de extranjería suele aludir a dos principios internacionales: el principio de igualdad de trato y el principio de trato mínimo internacional. El primero parte de la presunción de que el Estado actúa de conformidad con las reglas del Derecho Internacional que le imponen ciertas obligaciones de comportamiento respecto a los extranjeros. Es decir, que el trato que el Estado debe dar a los extranjeros se encuentra regido por estos principios los cuales implican un estándar mínimo.

El principio de igualdad de trato y no discriminación es norma de *ius cogens*:

“Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”.<sup>43</sup>

Los Estados pueden garantizar a los extranjeros un estándar mínimo legal que puede estar por encima o por debajo de los derechos que un Estado le otorga a sus propios nacionales; incluso otorgar derechos más amplios que la normativa internacional pero no por debajo de la misma.

---

<sup>43</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, no. 127, pfo. 185.



“Es preciso distinguir entre los derechos que son expresión de la vinculación del individuo con su propio Estado (derechos políticos, derecho a ejercer funciones públicas...), de aquellos que son reconocidos a la persona humana en cuanto tal y que, en consecuencia, deben ser objeto de protección donde quiera que se encuentre el individuo”.<sup>44</sup>

Precisamente el estándar mínimo internacional es reflejo de la necesidad por establecer, independientemente de la nacionalidad, derechos que el Estado reconoce en razón de la persona humana. La doctrina jurídica pasó a alertar sobre el reconocimiento de un *mínimo jurídico* -con la primacía del Derecho Internacional y de los derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico estatal- por debajo del cual la Comunidad Internacional no debía permitir que recayese el Estado.<sup>45</sup>

El estándar mínimo de derechos coincide en parte con los derechos humanos los cuales amplían el campo de personas protegidas por el Derecho Internacional. Ahora bien el estándar del que hablamos no implica un ideal abstracto. Diferentes normativas –como la Convención Americana de Derechos Humanos-<sup>46</sup> consagran la obligación general de los Estados partes de respetar los derechos en ella consagrados y asegurar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* sujeta a su jurisdicción.

Aquí cabe aclarar que el término “jurisdicción” no es sinónimo de “territorio” de un Estado. Las obligaciones de derechos humanos aluden a la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a una persona mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del lugar donde ello ocurra. Todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado se extienden a todas las personas bajo su autoridad y responsabilidad, tanto si la autoridad se despliega dentro del territorio como fuera de él.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Fernández Rosas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>45</sup> Cancado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, segunda edición, Santiago de Chile, Chile, editorial jurídica de Chile, 2006, p. 331.

<sup>46</sup> En su Artículo 1 de la Convención Americana.

<sup>47</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, año 6, núm. 10, junio de 2009, San Pablo, Brasil, p. 191.

Dicha obligación internacional de los Estados ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia:

“...desde el momento en que un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras, personas físicas o jurídicas, está obligado a concederles la protección de la ley y asume ciertas obligaciones respecto a su trato. Dichas obligaciones no son, sin embargo, absolutas y sin reserva”.<sup>48</sup>

Entre estas obligaciones hallamos la defensa judicial que constituye una de las manifestaciones del deber general de protección que incumbe a los Estados respecto de los extranjeros.

Empero, hay que considerar que el estándar mínimo de trato a los extranjeros ha perdido cierto alcance debido a que los estándares del Derecho Internacional para los derechos humanos se han desarrollado cada vez más, de ahí que en la costumbre internacional la protección que ofrecen los derechos humanos se aproxima fuertemente al estándar mínimo de los extranjeros.

Ahora bien, en caso de violación del estándar mínimo:

“El principio del trato mínimo internacional o del international standard of treatment,... faculta al Estado de donde es nacional un individuo para reclamar ante un país extranjero si la normativa de este último no es conforme a un standard mínimo internacional.”<sup>49</sup>

Dicha reclamación se da por medio de la protección diplomática. Mientras que en el Derecho interno el trato a los extranjeros se encuentra dado por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Privado los cuales señalan el régimen de extranjería y regímenes aplicables a los extranjeros en particular en situaciones específicas como son la entrada, salida, estancia o permanencia y expulsión. Además los Estados pueden desarrollar regímenes convencionales con otros Estados fundamentados en principios de: reciprocidad o nación más favorecida.

---

<sup>48</sup>Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Co. Ltd.*, resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. 1948-1991, *op. cit.*, pp. 47- 48.

<sup>49</sup> Fernández Rosas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *op. cit.*, p. 42.

### 2.2.1 Núcleo duro de derechos

Mencionamos que los derechos humanos han ampliado el estándar mínimo de derechos reconocido internacionalmente, pues bien en el corazón de éstos encontramos un catálogo de derechos denominado núcleo duro.

El núcleo duro es un término proveniente de la Física que se refiere al elemento central del átomo y en su traslado al mundo jurídico de los derechos humanos alude a derechos esenciales. Se trata de un conjunto de derechos humanos que resultan necesarios e indispensables. También denominado de derechos humanos fundamentales.<sup>50</sup>

La doctrina señala como criterio para reconocer el carácter de estos fundamentales que sean normas de *ius cogens*. Las normas perentorias de Derecho Internacional o de *ius cogens*, consagran obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana debidas a la Comunidad Internacional como un todo. En palabras de Antonio Cançado,<sup>51</sup> los derechos no susceptibles de suspensión y las normas perentorias representan un logro definitivo de la civilización, mientras que la enumeración, a su vez, de derechos y normas reconocidos como tales, no es definitiva, porque está sujeta a una evolución y expansión.

Es decir, que el catálogo del núcleo duro de derechos y de normas de *ius cogens* se encuentra en constante desarrollo tanto en su contenido como en sus efectos jurídicos. Éste se forma al margen tanto de la práctica generalmente aceptada como del acuerdo de los Estados. Un importante desarrollo se ha realizado por vía jurisprudencial señalado el carácter de algunos de estos derechos.

---

<sup>50</sup> Canessa Montejo, Miguel F., "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el *ius cogens* laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, España, serie Derecho social Internacional y Comunitario, año 2008, núm. 72, pp. 113-114.

<sup>51</sup> Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la corte internacional de justicia*, San José, Costa Rica, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 1996. p. 4.

Los primeros pronunciamientos en este orden son de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de *Jurisdicción de los tribunales de Danzing 1928*, donde señala a la persona humana como beneficiaria directa de las normas de los derechos humanos; y en el asunto de *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos 1923*, al considerar que la jurisdicción doméstica depende del desenvolvimiento de las relaciones internacionales.

Posteriormente dentro del trabajo de la Corte Internacional de Justicia un primer acercamiento se da en el asunto *Canal de Corfú 1949*. La Corte alude a la obligación de las partes de tener presentes “consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra”. El término “absolutas”, dentro de este contexto, tiene que ser, por fuerza, sinónimo de *ius cogens*.<sup>52</sup>

En la Opinión Consultiva *Reservas a la convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio* desarrolla el concepto de principios fundamentales. Mientras que la capacidad procesal del individuo en el orden internacional se contempla en la Opinión Consultiva sobre el *Estado internacional del África del sudoeste 1950*, respaldando el derecho de petición internacional de los habitantes en territorio bajo el régimen de administración fiduciaria, en virtud del artículo 80(1) de la Carta de la ONU, por lo cual se protegían “los derechos de cualquier Estado o pueblo en todas las circunstancias y aspectos”.

Además tenemos: el Caso del *Asilo (Colombia vs. Perú) 1950*, el asilo protege al individuo en cuestión contra “cualquier medida de naturaleza manifiestamente extra legal”; en la Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares Timor Oriental* (8 de julio de 1996), la Corte recuerda su pronunciamiento sobre el caso *Canal de Corfú*, resaltando que las normas del Derecho Internacional humanitario son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y son consideraciones elementales de la humanidad.

---

<sup>52</sup>Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional*, Estudio Histórico-Crítico, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, serie H: Estudios de Derecho Internacional Público no. 8, p. 65.

Sin embargo, el *dictum* parteaguas se encuentra en el asunto *Barcelona Traction 1970*, donde se señala la existencia de derechos de protección que se han integrado en el Derecho Internacional general. Además la Corte utiliza el término derechos humanos fundamentales de la persona humana para referirse a aquellos derechos que gozan de obligaciones *erga omnes*.

“La distinción esencial que debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado... Las primeras son obligaciones *erga omnes*”.

Agregando:

“Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.”<sup>53</sup>

Lo sustancial de la sentencia es que la Corte admitió la existencia en el Derecho Internacional de obligaciones jurídicas *erga omnes* que resultan, por ejemplo, de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>54</sup>

Sin embargo, la distinción entre derechos humanos básicos y derechos humanos fundamentales no es autoevidente, el criterio de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* es útil, a estos podemos añadir el desarrollo normativo de algunos instrumentos jurídicos internacionales que han contribuido a precisar qué derechos humanos son inderogables. Tales como el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el tercero común de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 en materia de Derecho Humanitario. En los cuales se encuentran cláusulas de no suspensión que indican los derechos que no pueden ser derogados por ninguna circunstancia.

---

<sup>53</sup>Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Co. Ltd.*, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, *op. cit.*, pfo. 33 y 34.

<sup>54</sup>*Cfr.* Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *et. al.*, *El núcleo Duro de los derechos humanos*, Navarra, España, Antonio Marzal editor, ESADE Facultad de Derecho, J. M Bosch Editor, p. 180.

“Estos derechos humanos fundamentales integran el núcleo duro de los derechos humanos, en tanto que expresión jurídica de una convicción jurídica universal: la del rechazo a la barbarie.... expresa por otra parte una aspiración ética... que ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*”.<sup>55</sup>

Sin embargo, no debemos confundir estos conceptos:

“...se usa equivocadamente como sinónimos las normas imperativas o de *ius cogens* y el «núcleo duro» (*core rights*); cuando los primeros provienen de la dogmática jurídica (el ordenamiento internacional) mientras que los segundos son una categoría elaborada desde la doctrina jurídica.”<sup>56</sup>

Hay que considerar que las normas de *ius cogens* son un criterio para formar el núcleo duro, pero no todo el contenido del núcleo duro son normas de *ius cogens*. De manera que para aclarar tan controversial idea tentativamente intentaremos señalar un contenido.

### 2.2.2 Contenido

El contenido del núcleo duro de derechos se encuentra disperso entre normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y cláusulas de no suspensión establecidas en los principales tratados en materia de derechos humanos. Para algunos el mayor peso del núcleo son las primeras para otros el énfasis debe darse en las obligaciones *erga omnes*.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 53 indica los calificativos de “imperativo” y “perentorio” a normas de *ius cogens*:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

---

<sup>55</sup>Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *et. al.*, “El núcleo Duro de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>56</sup>Canessa Montejo, Miguel F., “*Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*”, *op. cit.*, p. 114.

La Convención de Viena se limita a constatar la existencia de normas imperativas pero no establece cuáles son estas normas. De lo dicho hasta ahora y de su lectura podemos señalar las cualidades de las normas de *ius cogens*:

- Son normas de Derecho Internacional general.
- Inderogables, es decir, que no operan circunstancias excluyentes de responsabilidad del Estado.
- Que sea aceptada por la comunidad internacional tanto la norma como su carácter de inderogabilidad. La esencia del carácter de *ius cogens* no reside en que la norma en sí misma sea reconocida por la Comunidad Internacional, sino en que ésta última haya coincidido en que dicha norma tiene un carácter inderogable.<sup>57</sup>
- Sólo pueden ser modificadas por normas del mismo carácter. Tal como lo señala el artículo 64 de la Convención de Viena.

Volviendo al caso *Barcelona Traction*,<sup>58</sup> la Corte Internacional de Justicia estableció que las obligaciones *erga omnes*: (a) se contraen ante toda la Comunidad Internacional, y (b) contienen valores que conciernen a todos los Estados por la importancia de los derechos que envuelven, es decir, que no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *ius cogens*.

Podemos añadir una última característica: algunos autores<sup>59</sup> consideran que normas de *ius cogens* serán únicamente preceptos que estén enunciados como prohibiciones. Lo anterior, por cuanto las prohibiciones permiten ver en toda su dimensión el concepto de inderogabilidad. De manera que:

“...sólo sean categorizados como tales las normas sustanciales, enunciadas como prohibiciones que no admiten ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia, y que, (ii) tal y como lo

---

<sup>57</sup> Cfr. Acosta López, Juana Inés, *et. al.* “Declaración Universal de derechos Humanos, ¿Norma de *ius cogens*?”, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi*, Bogotá, Colombia, núm. 12, pp. 13-34, edición especial 2008, p. 17.

<sup>58</sup> Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Co. Ltd.*, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, *op. cit.*, pfo. 33-34.

<sup>59</sup> Acosta López, Juana Inés, *et. al.*, “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de *ius cogens*?”, *op. cit.*, p. 27.

afirma Carrillo Salcedo, se requiere que se defina quién, en el ámbito del DI, tiene la competencia para dar esta categoría a dichas normas”.<sup>60</sup>

Finalmente coincidimos con Gómez Robledo<sup>61</sup> al señalar que se ha identificado al *ius cogens* por sus efectos –inderogabilidad- y no por su esencia, la cual consiste en la imposibilidad de que los sujetos de la norma se sustraigan en ningún caso a su aplicación.

Ahora bien, los derechos humanos pertenecen a las normas imperativas por no ser posible introducir en ellos ninguna derogación. Del conglomerado de tratados en materia de derechos humanos -la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre Derechos del Niño entre otros- podemos identificar las cláusulas de no suspensión y con ellas parte del núcleo duro de derechos.

Del ordenamiento internacional y de la práctica de algunos Estados -aunque no generalizada- de la Comunidad Internacional, podemos señalar de manera enunciativa que no exhaustiva un contenido de normas de *ius cogens* y por tanto de núcleo duro.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos los artículos: 1, 2 y 7 contienen implícita la prohibición de discriminación e igualdad, los artículos 4 y 5 son afirmaciones categóricas contra la esclavitud y torturas, el 9 respecto a la detención arbitraria entre otros. Estas normas son imperativas puesto que formuladas como prohibiciones y enunciados categóricos las vuelve universales.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala como derechos inderogables y no suspendibles en casos de emergencia pública: a la vida; prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o

---

<sup>60</sup> Acosta López, Juana Inés, *et. al.*, “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de *ius cogens*?”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>61</sup> Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional, Estudio Histórico-Crítico*, *op. cit.*, p. 94.



degradantes; prohibición de la esclavitud y servidumbre; prohibición de privación de libertad por deudas; prohibición de leyes penales de carácter retroactivo; reconocimiento jurídico de la persona; y libertad de pensamiento, conciencia y religión. Este criterio es respaldado por la Observación General número 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU *Sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Estados de excepción y suspensión de derechos*:

“El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7)... Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de Derecho Internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”.<sup>62</sup>

“Las disposiciones del Pacto que son de Derecho Internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes”.<sup>63</sup>

Dichas observaciones del Comité vinculan el criterio de las cláusulas de no suspensión con las normas imperativas de *ius cogens*, es decir, que no se excluyen ambos criterios.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27 refiere como derechos inderogables: a la personalidad jurídica; a la vida; a un trato humanitario; prohibición de la esclavitud; prohibición de leyes penales de carácter retroactivo; libertad de conciencia y religión; a la nacionalidad; a participar en el gobierno; al recurso judicial; derecho a tener un nombre; derechos de la familia; y derechos del niño.

---

<sup>62</sup>Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Suspensión de obligaciones durante un Estado de excepción (artículo 4)*, Observación General, número 29 respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 72º período de sesiones, 2001, párrafos 7, 11 y 13.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pfo. 8.

Otros ejemplos se encuentran diseminados en las diferentes fuentes del Derecho Internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en especial la Opinión Consultiva 18/2003 sobre *La Condición jurídica de los migrantes indocumentados*,<sup>64</sup> ha considerado el principio de igualdad y no discriminación como norma imperativa y por tanto del núcleo duro.

Ahora bien, otros derechos, como: el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad y el derecho a buscar asilo no pueden ser considerados obligatorios de manera universal, dado que los Estados no han manifestado su voluntad política en este sentido por ser de ámbito reservado de actuación del Estado.<sup>65</sup> Es decir, que entre los derechos excluidos del núcleo duro y que no cuentan con un carácter fundamental se encuentran precisamente los derechos de los cuales no gozan los extranjeros.

Esfuerzos por señalar derechos mínimos para los extranjeros y en particular las migrantes se encuentran en la *Convención Internacional sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias*, la cual crea un estándar jurídico mínimo de carácter universal para los trabajadores migrantes y sus familiares, destacando su carácter objetivo, ya que los Estados partes no pueden excluir la aplicación de ninguna parte del mismo respecto a ninguna categoría de trabajadores migrantes de los incluidos en su ámbito de aplicación, ni siquiera sobre la base de la exigencia de reciprocidad.<sup>66</sup>

La Convención no crea nuevos derechos para los migrantes sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales. La principal aportación es incluir los derechos de los cuales gozan los migrantes como derechos políticos y civiles, sociales y culturales.

---

<sup>64</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, punto cuatro.

<sup>65</sup>Cit. por Acosta López, Juana Inés, *et. al.*, "Declaración Universal de derechos Humanos, ¿Norma de *ius cogens*?", *op. cit.*, p. 25.

<sup>66</sup>Véase el artículo 88 de la Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

Finalmente podemos señalar otros derechos reconocidos específicamente a los extranjeros en diferentes instrumentos internacionales,<sup>67</sup> que en algunos casos coinciden con los establecidos en el núcleo duro en formación:

A. Derechos y libertades fundamentales: 1. Derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Protección frente a la devolución. 3. Libertad de circulación y derecho a entrar en el propio país. 4. Protección frente a la expulsión arbitraria. 5. Libertad de pensamiento y de conciencia. 6. Protección frente a la injerencia arbitraria en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia.

B. Derecho civiles y políticos: 1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la igualdad de protección ante la ley. 2. Derecho a adquirir, conservar y transmitir la ciudadanía. 3. Protección frente a la discriminación basada en el género.

C. Derechos económicos, sociales y culturales: 1. Derechos de los no ciudadanos como miembros de minorías, (derecho a disfrutar de la propia cultura, a profesar y practicar la propia religión y utilizar el propio idioma, incluyen a comunidades de inmigrantes). 2. derecho a la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social y un nivel de vida mínimo.

Además se han desarrollado como estándares internacionales a favor de los migrantes: el debido proceso y garantías judiciales en medidas de control migratorio,<sup>68</sup> la libertad personal y no detención,<sup>69</sup> la protección de la familia;<sup>70</sup> y la nacionalidad y personalidad jurídica<sup>71</sup> a partir del principio de no discriminación.

---

<sup>67</sup>Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales todos señalados en Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, op. cit. pp. 17 a 29.

<sup>68</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A No. 16, párrafos 117 y 119, al considerar que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

<sup>69</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28

### 2.3 Diferencia entre nacionales y extranjeros

Como señalamos anteriormente, el Estado es soberano al establecer las diferencias entre nacionales y extranjeros y los derechos de los cuales gozarán, sin embargo, el principio de igualdad y no discriminación permea estas diferencias. Dicho principio encuentra ciertas pautas para establecer las diferencias entre nacionales y extranjeros:

- Los intereses del Estado en las distintas categorías de derechos (derechos políticos, derecho a la educación, derecho a la seguridad social, otros derechos económicos); los derechos políticos regularmente se encuentran limitados a los ciudadanos.
- Las diferentes categorías de extranjeros y su relación con el Estado (residentes permanentes, trabajadores migratorios, solicitantes de asilo, residentes temporales, turistas, trabajadores indocumentados); de las cuales dependerá el goce de ciertos derechos.
- Si el interés o la razón por la que el Estado distingue entre nacionales y extranjeros o entre unos no ciudadanos y otros (reciprocidad, promoción del desarrollo) es legítimo y proporcionado.

---

de agosto de 2014. Serie C No. 282, la Corte se pronunció sobre los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales, de circulación y de residencia, y la protección judicial, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y adicionalmente los derechos del niño, cualquier restricción al derecho la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas por ellas -aspecto material-, y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma -aspecto formal-, párrafos 416 y 419.

<sup>70</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21/2014 sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Véase a fondo el capítulo 3 de esta tesis.

<sup>71</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Serie C No. 156, "el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios", pfo. 137.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial adoptó la Recomendación General N° XXX<sup>72</sup> sobre la discriminación contra los no ciudadanos, donde determina:

“La diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo”.

Así, por ejemplo, las políticas de inmigración y las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo no deben discriminar, en sus propósitos o efectos, por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico.

Los Estados están obligados a asegurar que grupos particulares de extranjeros, como los refugiados, no sufran discriminación respecto del acceso a la ciudadanía o a la naturalización y que todos los extranjeros disfruten de igual trato en el ámbito de la administración de la justicia; asimismo pueden establecer distinciones entre nacionales y extranjeros únicamente si esas distinciones no tienen como consecuencia limitar el disfrute por los extranjeros de los derechos consagrados en otros instrumentos.

Mientras que el criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica:

“... no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas.”<sup>73</sup>

### **3. Regímenes aplicables a los extranjeros**

Los extranjeros en el Estado de acogida están sometidos a una serie de obligaciones destacando entre ellas el respeto a leyes de policía, seguridad y

---

<sup>72</sup>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, op. cit., pp. 13 -14.

<sup>73</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, pfo. 57.

orden público, todas ellas expresión de la soberanía del Estado, por ejemplo el pago de los impuestos y el respeto de normas de carácter privado.

Estas obligaciones corresponden a la categoría migratoria que ostenta el extranjero en el Estado de acogida. A partir del estatus migratorio podemos señalar los diferentes regímenes aplicables a los extranjeros: de entrada, permanencia y salida del territorio de un Estado. Estos encuentran su punto de partida en la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería pero están moderados por el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 apartados 1, 2 y 3. Mismos que marcan en la expulsión de extranjeros medidas que estén:

“...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, son excepciones validas en la competencia de los Estados”.<sup>74</sup>

A través de las cuales el Estado puede restringir la libertad de circulación y de residencia.

Así, una vez analizado el régimen general de los extranjeros en normas de *ius cogens* ahora nos enfrentamos a normas de *ius dispositivum* y de derecho interno, para conocer los regímenes particulares. En los cuales los Estados pueden disponer derechos y obligaciones a los extranjeros de manera voluntaria, es decir, al establecer un régimen convencional -bilateral o multilateral-. Estos siguiendo a Castillo<sup>75</sup> son:

Estándar nacional: el Estado trata a los extranjeros de la misma forma que trata a sus nacionales. En los tratados bilaterales o multilaterales; la cláusula de tratamiento nacional, conforme a la cual los nacionales de cada Estado parte disfrutan en el territorio de otra parte de los mismos derechos que los nacionales.

---

<sup>74</sup> Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>75</sup>Castillo, Mireya, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2003, p. 32.

De reciprocidad: según el cual trata a los extranjeros de la misma forma que los Estados nacionales de éstos tratan a los súbditos de aquel Estado.

Nación más favorecida o el estándar comunitario en el ámbito de la Unión Europea: La cláusula de la nación más favorecida, consiste en que un Estado parte concede automáticamente a los súbditos de otra parte, los derechos que haya otorgado convencionalmente a los nacionales de un tercer Estado. Es decir, hace extensivos los derechos, prerrogativas, utilidades del tratado a un tercer Estado con el que tiene suscrita la cláusula.

### **3.1 Entrada**

La libre circulación de las personas es un derecho reconocido en el Derecho Internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho a la libre circulación y al establecimiento sin hacer distinción entre nacionales o extranjeros, interpretación que se apoya en el hecho de que en la definición establecida en el artículo 13 se hable de “un Estado” y no de “su Estado” o “Estado de su nacionalidad”. La principal libertad que se garantiza es la de salir o emigrar de un Estado, sin embargo la aceptación, el ingreso al territorio de otro Estado se encuentra en las manos soberanas del mismo.

En la cuestión de la recepción, es necesario considerar que existe un derecho de entrada que, como todos los derechos, puede verse limitado cuando se de una serie de circunstancias relevantes. Ahora bien, ¿Cuándo está justificado establecer límites al derecho de entrada en un territorio? Algunos criterios que fija De Asis<sup>76</sup> son:

Criterios que facilitan la entrada: hay situaciones en las que la admisión de inmigrantes es una obligación moral. Es posible aludir a una serie de criterios que tienen en cuenta las relaciones familiares, las persecuciones por motivos políticos o la existencia de peligro para la vida o la integridad física de las personas. Tal es

---

<sup>76</sup> Cfr. De Asis Roig, Rafael, *et. al.* , Marcos del Cano, Ana María, (coord.), *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 36-39.

el caso de los refugiados y asilados. Tampoco se debe restringir la recepción de inmigrantes con base en criterios relativos a la raza, la religión, la etnicidad o la orientación sexual. Se trata de criterios que están normalmente expuestos en el principio de no discriminación.

Criterios que plantean dificultades: existe la posibilidad de establecer límites a la entrada de un determinado Estado teniendo en cuenta el perfil del sujeto que desea entrar. Por ejemplo: la situación económica en la que se encuentre, los referidos a lazos históricos, la condición de delincuente, al tener en cuenta el tipo de delito que cometió el sujeto puede servir de razón para la limitación de la entrada (en especial cuando hablamos de delitos materia de Derecho Penal Internacional o al padecimiento de algún tipo de enfermedad). La posible justificación de estos criterios sólo es operativa cuando no se dan alguna de las circunstancias que apoyan la recepción de los sujetos.

Resulta sumamente difícil establecer reglas generales que valgan para todo país ya que se trata del ejercicio de su soberanía y el control de sus fronteras. A falta de acuerdo o convención en contrario entre el Estado territorial y el Estado nacional del sujeto que lo solicita, nadie posee un derecho propio a la admisión dentro de un territorio determinado. El régimen de derecho común es el de una libertad total en materia de admisión, con la salvedad de los límites que impone el derecho consuetudinario que obliga al reconocimiento de una igualdad de tratamiento entre Estados.

De manera que la entrada debe cumplir con los requisitos establecidos por el Estado de acogida, ya sean de Derecho Administrativo o de Derecho Internacional Privado, tales como: entrar por los lugares destinados al tráfico internacional de personas, identificarse, portar pasaporte, entre otros. Sólo que el Estado no puede impedirla, establecer cuotas de entrada, o que se limiten a cierto territorio.

Ahora bien, el derecho de un Estado a admitir a sus propios nacionales en su territorio es indiscutible, así como del derecho a no ser expulsados del mismo. Sin embargo, los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un



Estado tienen derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia. Ciertos límites al derecho soberano de un Estado cualquiera a no admitir extranjeros en su territorio se encuentran en el principio que prohíbe discriminar entre nacionales de diferentes Estados. Un Estado puede condicionar la entrada de extranjeros a su territorio al cumplimiento de requisitos definidos en general como de “orden público” o la apreciación de sus autoridades administrativas. La práctica habitual es la de conceder al peticionario un permiso de estancia temporal para fines determinados.<sup>77</sup>

La no discriminación entre diferentes extranjeros evita tener una lista de extranjeros “excluíbles” tal como lo fue en el caso de los cubanos del Mariel detenidos en Estados Unidos quienes sufrieron la violación a su libertad personal en detención por más de 11 años. En el momento de interponerse la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en abril de 1987, se decía que unos 3.000 cubanos habían sido detenidos en Estados Unidos por su ingreso irregular al país. Situación que el gobierno Estadounidense justificaba al encuadrarlos bajo la figura de extranjeros excluíbles y que tampoco habían sido deportados por la negativa del gobierno cubano a recibirlos.<sup>78</sup>

La Comisión recomendó a los Estados Unidos:

“...Que revise las leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que a todos los extranjeros que son detenidos bajo la autoridad y control del Estado, incluidos los extranjeros que las leyes de inmigración del Estado consideren “excluíbles”, se les otorgue la plena protección de todos sus derechos establecidos en la Declaración Americana, incluidos en particular los consagrados en los artículos I, II, XVII, XVIII y XXV de la Declaración”.<sup>79</sup>

De manera que la entrada irregular implica una sanción administrativa, pero nunca debe ser penal. Así lo aclara el Comité de Derechos Humanos de la ONU:

---

<sup>77</sup>Mariño Menéndez, Fernando, *et. al.*, *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, *op. cit.*, p. 114-115.

<sup>78</sup>Torres Marengo, Verónica, “La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, núm. 122, enero-junio 2011, p. 59.

<sup>79</sup>Recomendación 2, Informe n° 51/01 caso 9903 Rafael Ferrer Mazorra y otros Estados unidos de América, 4 de abril de 2001, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>

“...La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el Derecho Interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecue a las obligaciones internacionales de esos Estados. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo (13 de la DUDH)...”.<sup>80</sup>

### 3.2 Salida

La salida libre del territorio de un Estado no puede ser impedida en ningún caso. Tanto para los propios nacionales como extranjeros en las mismas circunstancias.

“Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”.<sup>81</sup>

Así como el Estado es soberano en materia de recepción o acceso, de la misma manera puede impedir la salida de su territorio pero no sin señalar una razón suficiente. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“...si bien es cierto el Estado goza de la prerrogativa para imponer restricciones legales al ejercicio del derecho de circulación bajo determinadas circunstancias, de igual forma tiene la obligación de definir en términos legales claros las circunstancias excepcionales que justificaron el impedimento de viaje al exterior”. “...el Estado debe definir de manera precisa y mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país”.<sup>82</sup>

Salvo estas circunstancias, la libertad al salir es universal. Es decir, que en materia de libre circulación nos debemos situar frente a la cesión total de la soberanía estatal, para lograr el objetivo de plena circulación.

Al examinar la libertad de circulación; la Declaración Americana reconoce éste derecho en cuanto derecho de los nacionales, mientras que la Declaración

---

<sup>80</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Comunicación No. 465/1991, Celepli c. Suecia*, pfo. 9.2 en O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, editado por Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México, 2007, p. 585.

<sup>81</sup> Artículo 22.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>82</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafos 126 y 134.

Universal de los Derechos Humanos es ambigua en cuanto a la relación entre el sujeto del derecho y el sujeto de la obligación correspondiente. Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana son más armoniosas en tanto ambos instrumentos reconocen a la persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado como titular de la libertad de circulación. Las restricciones a la libertad de circulación están sujetas a los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos que permiten la imposición de restricciones son la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral, la salud pública o los derechos y las libertades de los demás.<sup>83</sup>

En el ámbito regional la jurisprudencia europea ha señalado algunos criterios en materia de libre circulación por ejemplo: la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros contribuyen a señalar los límites a la libre circulación como son el orden público, la seguridad nacional y la salubridad.<sup>84</sup> Dichas directivas tienen por objeto regular las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias, el derecho de residencia permanente y la restricción de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y salud pública.

### **3.3 Estancia o permanencia**

La libertad de circulación implica la posibilidad de residir en el Estado de acogida. El numeral 1 del artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prevé la libertad de salir de un país pero no para ingresar y la residencia *con sujeción a las disposiciones legales*. La estancia supone el respeto al orden jurídico del Estado de acogida. La doctrina del Comité de Derechos Humanos

---

<sup>83</sup> Artículo 12.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y 22.3 de la Convención Americana.

<sup>84</sup> Véase el texto completo de la Directiva en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/living\\_and\\_working\\_in\\_the\\_internal\\_market/133152\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/living_and_working_in_the_internal_market/133152_es.htm)

indica que cuando un Estado decide admitir a un extranjero, puede imponer restricciones al ejercicio de ciertos derechos:

“El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo”.<sup>85</sup>

Estas condiciones dependerán del régimen particular de cada Estado. La igualdad del régimen de los extranjeros con el régimen de los nacionales no es exigida por el Derecho Internacional general, que deja en principio a cada Estado determinar cuál sea la condición de los extranjeros, dentro de ciertos límites jurídicos muy generales. Se ha buscado una aproximación de los estatus del nacional y del extranjero, para lo cual se utilizan diversas técnicas ya mencionadas como la cláusula de trato recíproco o de nación más favorecida o la celebración de tratados de Derecho uniforme.<sup>86</sup>

Así podemos señalar regímenes particulares en razón de las circunstancias de estancia de los extranjeros tales como: trabajadores, estudiantes, agente de negocios, rentista, turista, visitante o residente.

Por ejemplo en materia de trabajo el *Convenio Europeo Relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*, desarrolla el régimen de trabajo para el trabajador migrante. Establece formas de reclutamiento y admisión, formalidades administrativas y procedimientos relativos al contrato de trabajo como el permiso de trabajo y de residencia. Basado en el principio del trato no menos favorable respecto a los nacionales, se extiende a los trabajadores migrantes en situación regular de los otros Estados Partes y a sus familiares. El derecho de admisión en el territorio de una de las Partes Contratantes para desempeñar en él un empleo remunerado se dará cuando, una vez obtenidos los documentos exigidos, el trabajador migrante haya sido previamente autorizado.

---

<sup>85</sup>Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General no. 15 pfo. 6 en O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, op. cit., p. 580.

<sup>86</sup> Mariño Menéndez, Fernando, et. al., *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, op. cit., p. 118-119.

Sin embargo, hay que señalar que la simple residencia no siempre permite realizar actividades remuneradas, como es el caso mexicano,<sup>87</sup> donde la calidad migratoria del extranjero depende el ejercicio del derecho al trabajo. Con el trabajo surgen derechos de seguridad social, la mayoría de estos derechos -por no decir la totalidad- dependen de la legal estancia del extranjero situación que olvida a los migrantes irregulares.

Del trabajo podemos seguir con múltiples situaciones que implican la legal estancia de los extranjeros y el goce de sus derechos económicos, sociales y culturales como la educación y el acceso a la salud. En algunos casos la categoría migratoria irregular es impedimento de acceso a ciertos derechos en especial a la salud. Por ejemplo, en España el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril 2012, sobre *Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, en el cual el gobierno excluye del sistema de salud a las personas migrantes que habitan en España en situación migratoria irregular.<sup>88</sup>

### 3.4 Expulsión

La expulsión implica el abandono forzoso del territorio estatal. Es un término múltiple que puede comprender: repatriación, deportación, expulsión o extradición. En un sentido amplio la expulsión es cualquier normativa, practica, medida, decisión o acción que implique, directa o indirectamente, el traslado forzoso de una persona extranjera hacia su país de origen o un tercero por parte del Estado en cuyo territorio reside o al que quiere ingresar. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas considera expulsión:

“a)... un acto jurídico, o un comportamiento consistente en una acción o una omisión, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no

---

<sup>87</sup> Es el caso de los visitantes sin permiso para realizar actividades remuneradas que señala el artículo 52 fracción I de la Ley de Migración.

<sup>88</sup> Véase a fondo Clérico, Laura y Ronconi Liliana (Coord.) *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2012, p. 16.

incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero, que no sea un refugiado, en un Estado.”<sup>89</sup>

Entre las modalidades que implican la expulsión del territorio se encuentran: devoluciones y rechazos en frontera, es decir, la simple denegación de entrada; las debidas a la irregularidad migratoria, como consecuencia de una resolución que deniega la autorización de residencia; la pena accesoria a un delito,<sup>90</sup> como dispositivas de expulsión de migrantes irregulares; y la prohibición de reingreso al país.

En el caso de la expulsión el alcance del término extranjero, utilizado en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas es más amplio que en caso de admisión, ya que abarca a extranjeros tanto regulares e irregulares. De igual manera a lo establecido por la Convención de los Trabajadores Migratorios y sus Familias que ampara a todos los trabajadores migratorios sin importar su estatus migratorio.

Las modalidades de expulsión no sólo implican la realización de actos jurídicos sino también aquellos que se refieren a comportamientos -acciones u omisiones- del Estado mediante los cuales directa o indirectamente logra la salida del extranjero. En las cuales es esencial que quede establecida la intención del Estado de provocar la salida del extranjero de su territorio. Esta situación no permite al extranjero disfrutar de los derechos que le confiere una expulsión basada en un acto jurídico.<sup>91</sup>

Ahora bien, en el caso de un acto jurídico, debe ser una decisión tomada respecto a la violación de la normativa interna o internacional. Tanto migratoria o de seguridad nacional y de orden público. La Declaración sobre los derechos

---

<sup>89</sup>Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre: La expulsión de los extranjeros*, 64º período de sesiones, (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012) Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10) Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 21.

<sup>90</sup> Por ejemplo el programa 287(g) desarrollado en Estados Unidos de “comunidades seguras” destinado a la detención y deportación de migrantes irregulares.

<sup>91</sup> Cfr. *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre: La expulsión de los extranjeros*, op. cit., p. 22.

humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven es clara al señalar:

“Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado 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 lo impidan.”<sup>92</sup>

De tal manera, el Estado es soberano para expulsar extranjeros de su territorio resultado de la aplicación de sus políticas de inmigración que le permiten exigir la salida de las personas que se hallen ilegalmente en el país. Por ejemplo, en el caso *Winata y Lan Li c. Australia*<sup>93</sup> el matrimonio Winata se enfrentaba a una expulsión de su país de residencia, Australia, por el hecho de sobrepasar la fecha límite de sus visados, pero a raíz de su petición ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU en nombre propio y en nombre de su hijo de 13 años, que era ciudadano australiano, el Comité dictaminó:

“...que la deportación del matrimonio podría constituir una violación de sus derechos en virtud del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conjuntamente con el artículo 23, así como una violación de los derechos de su hijo en virtud del párrafo 1 del artículo 24”.

Ya que la expulsión vulneraba los derechos de seguridad jurídica al ser expulsados sin juicio de por medio, los derechos del niño y de unificación familiar.

En cualquier caso de expulsión podemos señalar dos reglas fundamentales, siguiendo el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, para evitar su arbitrariedad:

- El procedimiento de expulsión debe ser conforme a la ley. Dicha obligación es señalada en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Los motivos de expulsión deben ser de buena fe y razonables. El Estado debe tomar en cuenta la gravedad de los hechos propios de cada caso a la

---

<sup>92</sup> Artículo 7.

<sup>93</sup>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, *op. cit.*, p. 22.

luz de las circunstancias y la conducta de cada extranjero. Dicho de otro modo, el Derecho Internacional supedita la licitud de una resolución de expulsión a la condición de que esa resolución esté fundada en un motivo previsto por el Derecho del Estado expulsor. La seguridad nacional y el orden público, la contravención de la legislación nacional en materia de entrada y de estancia (Derecho de extranjería) constituyen motivos válidos de expulsión previsto en muchas legislaciones nacionales.<sup>94</sup>

Ahora bien, aún establecido el motivo de expulsión en la legislación del Estado, hay casos en los que está prohibida la expulsión:<sup>95</sup>

1. El Estado no puede expulsar a los refugiados o apátridas, -acorde con la Convención sobre el estatuto de los apátridas y el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados- y por extensión a cualquier extranjero cuando su vida o libertad se encuentre en peligro, si corren el riesgo de sufrir persecución y abusos en el Estado receptor (dentro del reconocido principio internacional de *non refoulement* o no devolución).

El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes aumenta los supuestos de no devolución a situaciones cuando haya razones fundadas de ser sometido a tortura o trata incluso “un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

La persona a quien se aplica una orden de expulsión debe probar que se encuentra en peligro de ser sometida a tortura y que la existencia de ese peligro es personal, presente y fundado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chahal vs. Reino Unido*<sup>96</sup> señaló algunos elementos objetivos para determinar esté peligro al determinar si un dirigente *sij* de nacionalidad india

---

<sup>94</sup> Cfr. Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre La expulsión de los extranjeros, *op. cit.* p. 28.

<sup>95</sup> En lo consecuente nos guiaremos por el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

<sup>96</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, *op. cit.*, p. 19.



correría riesgo de sufrir malos tratos si fuera deportado a la India por el Reino Unido.

2. De igual manera la expulsión se prohíbe cuando se busque la privación de la nacionalidad con el único propósito de la expulsión.

3. Varios tratados internacionales de derechos humanos son consistentes en prohibir las expulsiones colectivas. El procedimiento de expulsión de un grupo de extranjeros debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos extranjeros afectados han sido genuina e *individualmente* tenidas en cuenta.<sup>97</sup>

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Vedran Andric vs. Suecia*<sup>98</sup> estableció en casos de expulsión colectiva el criterio a seguir de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los miembros del grupo.

Esta prohibición incluye a los grupos de trabajadores migrantes aún los de carácter ilegal. Como lo señaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial:

"Al Comité le preocupa la información recibida de que al parecer se detiene a los migrantes de origen haitiano, documentados o indocumentados, y se les deporta colectivamente (repatriaciones) a Haití sin que se respeten sus garantías procesales".<sup>99</sup>

4. De igual manera se prohíbe la simulación de la expulsión, es decir, la realización de actos u omisiones del Estado con el fin de tolerar o provocar la salida de los extranjeros de su territorio -expulsión encubierta-.

---

<sup>97</sup>Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, segundo informe sobre Finlandia (CRI (2002) 20, párrafos 46 a 57.

<sup>98</sup>*Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre La expulsión de los extranjeros, op. cit., p. 36.*

<sup>99</sup>En las Observaciones finales sobre República Dominicana, UN DOC. CERD/C/DOM/CO/12, 16 de mayo de 2008, párr. 13

5. La expulsión con propósitos de confiscación de sus bienes también constituye un motivo inválido en la legislación de un Estado, ya que: "ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos".<sup>100</sup>

6. Finalmente no se debe recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición.

Ahora bien, las garantías del debido proceso de las cuales goza el extranjero objeto de expulsión son:<sup>101</sup>

a) El derecho a ser notificado de la resolución de expulsión; b) el derecho a impugnar la resolución de expulsión; c) el derecho a ser oído por una autoridad competente; d) el derecho de acceso a recursos efectivos para impugnar la resolución de expulsión; e) el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente; y f) el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

De manera general no debe haber discriminación en el proceso de expulsión con el fin de salvaguardar su acceso a la justicia. En el caso de *Las mujeres de Mauricio*,<sup>102</sup> el Comité de Derechos Humanos consideró que se había vulnerado el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos porque la legislación en cuestión introducía una discriminación por motivos de sexo al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad de Mauricio, pero no a los maridos de esa nacionalidad. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una distinción entre los ciudadanos europeos y las personas de nacionalidad no europea en lo relativo a los casos en que está permitida la expulsión. En el caso *C. vs. Bélgica*, consideró que no se había producido violación del artículo 14 del Convenio Europeo de no discriminación porque ese trato preferencial:

---

<sup>100</sup> Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, artículo 9.

<sup>101</sup> *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre La expulsión de los extranjeros*, artículo 26.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 45- 46.

“... tenía una justificación objetiva y razonable, habida cuenta de que los Estados miembros de la Unión Europea constituyen un ordenamiento jurídico especial, que ha... establecido su propia ciudadanía”.<sup>103</sup>

Además, el Estado de expulsión requiere cierta protección hacia el extranjero para proteger su vida, la prohibición de torturas, tratos crueles o inhumanos, degradantes y penas inusitadas. Así la expulsión no deberá tener carácter punitivo de manera que los sujetos a expulsión deberán estar separados de las personas condenadas o sentenciadas por penas privativas de la libertad, la detención no deberá ser por tiempo indefinido sino razonable y si llegará a extenderse deberá ser por autoridad judicial.

Esta misma exigencia se enuncia en el principio N° 8 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión:

"Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas".<sup>104</sup>

Dicha protección debida se extiende al Estado de destino y en su caso de tránsito. Desde la salida al Estado de destino, el Estado que expulsa debe tomar las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero, la segura transportación que incluye dar un tiempo razonable para preparar su salida. Mientras que el Estado de destino tiene la obligación de recibirlo y en su caso:

“Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del Derecho Internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor”.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *C. c. Bélgica*, N° 21794/93, fallo dictado el 7 de agosto de 1996, párrafos 37 y 38.

<sup>104</sup> Que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.

<sup>105</sup> Artículo 22 del *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de los extranjeros*.

Finalmente, las consecuencias jurídicas de la expulsión implican: la readmisión en su caso al Estado expulsor y la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión. Además, el Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.

### **3.4.1 Expulsión de extranjeros en situación migratoria irregular**

Las medidas de expulsión afectan tanto a los migrantes regulares como irregulares. Las garantías de debido proceso son comunes a cualquier proceso de expulsión de migrantes independiente del estatus migratorio ya que implican un imperativo de justicia.<sup>106</sup>

De lo anteriormente dicho, podemos señalar los principios y garantías específicos en procesos de expulsión de extranjeros. Primeramente de *no devolución* que no sólo implica a los refugiados, sino que desborda este ámbito para incorporarse al Derecho Internacional de los derechos humanos y condicionar el derecho del Estado de devolver a cualquier extranjero, con independencia de que quepa considerarlo o no refugiado en virtud de la Convención de Ginebra.<sup>107</sup>

Además, la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes prohíbe a sus Estados parte proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, asimismo en la Convención contra las Desapariciones Forzadas, y la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.<sup>108</sup>

La prohibición de vulnerar alguno de los derechos amparados por las disposiciones mencionadas incluye la obligación de proteger al individuo que está bajo la jurisdicción del Estado parte de la violación potencial de la que podría ser

---

<sup>106</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 218, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

<sup>107</sup> Cfr. Pérez González, Carmen, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012, p. 103.

<sup>108</sup> Artículos 2,16 y 2 respectivamente.

víctima en caso de devolución a un Estado no parte en el tratado correspondiente. Así, el Estado queda obligado a incorporar a su ordenamiento interno un procedimiento que le permita verificar, caso por caso, que la persona a la que devolverá no quedara expuesta a ninguna de las situaciones mencionadas. Por tanto es un principio determinante en el diseño de políticas relativas a la lucha contra la inmigración irregular así como las que impiden la entrada o previenen su salida irregular.<sup>109</sup>

Ahora bien, es posible suspender esa obligación en casos en los que esté en juego la seguridad y/o el mantenimiento del orden público en el Estado que pretende la devolución. Lo cual, pone en cuestión el alcance de la Convención de Ginebra. De la lectura del artículo tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida al respecto implica que la obligación de no retornar al extranjero a su país de nacionalidad o residencia no depende de que el riesgo de tortura o maltrato derive de factores que, directa o indirectamente, puedan comprometer la responsabilidad de las autoridades públicas del país de retorno. Además el daño puede provenir de personas o grupos que no son autoridad pública.

El principio de no discriminación impide someter la devolución a condiciones que pudiesen resultar discriminatorias en razón de la raza, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones públicas, la nacionalidad, la pertenencia a una clase social o cualquier otra circunstancia personal o social.

Asimismo, el principio de proporcionalidad debe observarse en caso de expulsión de migrantes irregulares en dos sentidos, primero respecto a la adopción de la medida misma, después si dicha adopción supone una respuesta proporcionada a la conducta del individuo y en relación a su ejecución. Siempre que la devolución sea consecuencia del incumplimiento de la normativa migratoria.

---

<sup>109</sup> Pérez González, Carmen, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, op. cit., pp. 105-106.

La ejecución forzosa de la expulsión implica el empleo de la coacción por parte de las autoridades como es el caso de la privación temporal de la libertad. Siempre que:

“El Estado... adopte las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias”.<sup>110</sup>

Asimismo, la prohibición de la arbitrariedad implica que la expulsión debe ser un procedimiento previsto en la ley. Con el fin de dar certeza jurídica sobre qué derechos asisten al inmigrante que se encuentra en esa situación, previendo para ellos las garantías procedimentales correspondientes. Esas garantías procedimentales no estarían destinadas a protegerle de la expulsión como tal, pero asegurarían que se proporciona la protección sustantivamente debida contra la misma y que no se adoptan en definitiva, decisiones arbitrarias.

Todos estos principios y lineamientos son reconocidos en la Convención Internacional de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, que señala la igualdad de derechos y no discriminación respecto a los trabajadores nacionales en diversos derechos de seguridad social, educación, acceso a la salud y la facilitación de la reagrupación de los miembros de la familia del extranjero.<sup>111</sup>

La misma Convención señala la necesidad de tomar medidas para evitar la irregularidad migratoria:

“1. Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista.”<sup>112</sup>

En este sentido, las políticas migratorias de los Estados deben incluir medidas de regularización migratoria en base a la igualdad de derechos, como alternativas a la expulsión.

---

<sup>110</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor vs. Panamá* 2010, *op. cit.*, p. 124.

<sup>111</sup> Véase los artículos 25, 28, 30, 35 y 49 de la Convención Internacional sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

<sup>112</sup> Artículo 69.

### 3.4.2 Principios en los cuales el Estado ve limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros

El Estado de excepción en el que se encuentran los extranjeros irregulares es consecuencia del control migratorio impuesto por el propio Estado quien decide qué migración es la regular. Sin embargo, ciertos principios como: *pro homine*, *favor libertatis*, y no discriminación son por los cuales el Estado ve limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros.<sup>113</sup>

El principio *pro homine* es señalado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 18/03 al indicar que la irregularidad migratoria es un criterio que no puede ser válidamente utilizado para legitimar la restricción de un derecho fundamental. Así, tenemos que en casos de detención una presunción a favor de la libertad:

“En este sentido, expresamos nuestra profunda preocupación por el creciente uso de la detención de los migrantes en situación irregular por parte de algunos Estados. Esta situación es aún más preocupante porque la detención a menudo también se aplica a niños, niñas y adolescentes. El respeto del derecho a la libertad y a la seguridad personales implica que la libertad es la regla y la detención la excepción. En este orden de ideas, los Estados tienen la obligación de establecer una presunción a favor de la libertad en su derecho interno.”<sup>114</sup>

La detención debe ser considerada una medida cautelar que permite medidas alternativas a la expulsión como medida definitiva. Por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño<sup>115</sup> ha señalado que el artículo 37.2 de la Convención sobre Derechos del Niño, prevé la detención como último recurso, salvo en el caso de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Este principio de no detención es establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 21/2014.

---

<sup>113</sup> Mismos que veremos a fondo en el capítulo 3 de esta tesis.

<sup>114</sup> Declaración conjunta no. 148/12 de expertos de las Naciones Unidas, el Relator sobre los derechos de los Migrantes de la CIDH y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos y los migrantes de la CADHP, *Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho*, 18 de diciembre de 2012.

<sup>115</sup> En la discusión de “*The rights of all children in the context of international Migration*” de 28 de septiembre de 2012.

Así podemos apuntar ciertos principios y garantías que rigen en procesos de expulsión y detención de migrantes y por tanto limitan la actuación del Estado:

- Principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias.
- Prohibición de la detención como sanción penal a una infracción migratoria (principio de no criminalización).
- Principio de no devolución.
- En ningún caso se debe privar de la libertad a niños, niñas y adolescentes por razones de índole migratoria.
- Garantías del debido proceso: Individualidad de los procesos, asistencia letrada, asistencia por un intérprete en caso de no comprender el español, información sobre la asistencia consular, contar con una decisión fundada y motivada, derecho a recurrir la orden de expulsión.



## II. POLÍTICAS MIGRATORIAS RELATIVAS A LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LOS ESTADOS DE RECEPCIÓN

---

### 1. Modalidades de la migración

Antes de continuar con garantías y derechos. ¿Cómo observamos la migración? El fenómeno de la migración presenta varias aristas: inmigración, emigración, tránsito y retorno. Datos de Naciones Unidas indican que de la población mundial -232 millones de personas- el 3.2 por ciento de la población mundial vive fuera de su país de nacimiento. Lo cual representa 57 millones de migrantes, 33 por ciento más que en el año 2000. La mayoría de las personas migrantes reside en países desarrollados. Si observamos el panorama por regiones tenemos que: Europa mantiene el mayor número de migrantes con 72 millones, seguido por Asia con 71 millones y Norteamérica con 53 millones. Lo que representa el 9.8% de la población en Europa, en África el 1.7%, en Asia el 1.6%, en Latinoamérica el 1.4%, en Norteamérica el 14.9% y finalmente en Oceanía el 50.2%. Con 46 millones de migrantes en el año 2013 Estados Unidos es el país con mayor número de migrantes.<sup>116</sup>

Algunos Estados presentan un incremento notable en los flujos migratorios hacia su territorio como España que pasó de 2 millones en el año 2000 a 6 millones en 2013.<sup>117</sup> Asimismo, según la mayoría de los últimos censos de población, entre el año 2000-2001 y el año 2010-2011, el número de inmigrantes en la OCDE aumentó alrededor del 35%. En 2010- 2011 en países miembros de la OCDE había más de 100 millones de personas residentes que nacieron en el extranjero,

---

<sup>116</sup>Organización de las Naciones Unidas, Departamento de asuntos económicos y sociales, División de población. *International Migration Report 2013*, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/migration/migration-wallchart2013.shtml>

<sup>117</sup> Organización de las Naciones Unidas, *International Migration Report 2013*, op. cit.,

en comparación con poco más de 75 millones de una década antes (OCDE-DAES, 2013).<sup>118</sup>

Regularmente los movimientos migratorios se dan de sur a norte o de países menos desarrollados a países desarrollados. Sin embargo, los países en transición o menos desarrollados -como India, Pakistán y Rusia- también reciben muchos migrantes. Es decir, no son movimientos que van exclusivamente del tercer mundo a países desarrollados.<sup>119</sup>

Ahora bien, los datos se refieren a migrantes internacionales de manera general y no muestran identidades particulares de la migración. Al establecer parámetros de inmigración nos encontramos con términos como: migrantes económicos, trabajadores temporales, asilados y refugiados, todos en relación a las posibilidades de entrada marcadas por el orden internacional y estatal.

Una de las particularidades de los movimientos migratorios es la marcada por la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951. Los refugiados y asilados son personas que huyen de conflictos y violaciones a los derechos humanos en sus países de origen o son perseguidas por diversos motivos, quienes se encuentran comprendidos dentro de las migraciones forzadas. Al final del año 2012 se estimó que había 15.4 millones de refugiados.<sup>120</sup>

En este sentido, podemos separar a los migrantes en económicos, aquellos que migran con fines laborales, de las migraciones forzadas. Así, la migración laboral temporal es la forma más frecuente de inmigración. El número más elevado de trabajadores de temporada lo encontramos en el Golfo Pérsico. Kuwait, por ejemplo, tiene aproximadamente trescientas mil trabajadoras domésticas, sobre todo de Sri Lanka y la India.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> *Is migration really increasing?* Migration Policy Debates, [www.oecd.org/migration](http://www.oecd.org/migration), mayo 2014.

<sup>119</sup>Ente ellos Rusia recibió 12 millones de migrantes en el año 2013, Organización de las Naciones Unidas, *International Migration Report 2013*, op. cit.

<sup>120</sup>*Idem.*

<sup>121</sup>*Idem.*

Los trabajadores temporales se encuentran comprendidos en la categoría de migrante económico como concepto que se aplica repetidamente para contraponer la movilidad de una persona de quien estaría en necesidad de protección internacional o bajo alguna modalidad del Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Internacional de Refugiados.

## 1.2 Inmigración

Dentro de las modalidades de la migración podemos distinguir países de origen, tránsito y destino de migrantes. Los cuales tienen responsabilidades compartidas en el tratamiento de la migración dado que la población bajo su jurisdicción abarca a nacionales y extranjeros.

Dadas las causas estructurales de la migración no es posible marcar una división tajante entre países de inmigración y emigración. Por ejemplo, en el caso de la migración económica puede implicar no sólo las circunstancias laborales y políticas de los países de origen como factores que “empujan” a la migración. Se trata de una representación incompleta. Los cambios estructurales en las economías de los principales países receptores también juegan un importante papel en la dinámica, es decir, los factores “de atracción”.<sup>122</sup>

En este sentido, los factores de atracción y de expulsión en los flujos migratorios no siempre son continuos. Los países de inmigración presentaron, durante el siglo pasado, flujos bilaterales y constantes, en especial entre las antiguas colonias y sus metrópolis. Sin embargo, entre 1960 y 2000 se observa un cambio respecto a la cantidad, dirección, intensidad, extensión geográfica y distancia en los movimientos migratorios a raíz del fenómeno de la globalización que conlleva un rápido aumento transfronterizo en flujos de todo tipo, no sólo con las finanzas y el

---

<sup>122</sup>Cfr. Gzesh, Susan, “Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos”, *Migración y Desarrollo*, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Red Internacional de Migración y Desarrollo México, núm. 10, 2008, p. 110.

comercio, sino también en las ideas, ideologías, democracia, gobernabilidad económica, cultural, productos de los medios, y por supuesto de personas.<sup>123</sup>

En este sentido, coincidimos con Czaika<sup>124</sup> en el hecho de que la globalización ha diversificado no solo en términos de composición de la población inmigrante y de los países de origen, sino también en términos de los tipos de migración: laboral, estudiantil, familiar, asilo o refugio. En apariencia el término *migrante* sólo hace referencia a la población viviendo fuera de su país de origen -siguiendo el criterio de Naciones Unidas- sin embargo, la diversificación de los movimientos – migración circular, de larga estadía- amplía no sólo la estadística sino también la concepción de los movimientos migratorios.

Así, la migración se nos muestra como un fenómeno multidireccional en el que muchos países son a la vez países de emigración e inmigración. Algunos factores que contribuyen a la diversificación de la migración son:<sup>125</sup>

- La migración se ha vuelto mayor en términos del número relativo de personas que se desplazan.
- Los migrantes se mueven más y cada vez a distancias más largas.
- Más países viven la experiencia de volúmenes crecientes en la inmigración y emigración. Como es el caso de México, que presenta flujos de origen, tránsito y destino.
- La migración se ha vuelto más diversa en cuanto a los países de origen de los inmigrantes y los países de destino de los emigrantes.
- La migración se ha reducido en movimientos bilaterales (de país a país) hacia corredores migratorios.

---

<sup>123</sup>Cfr. Castles y Miller en Czaika Mathias, *et al.*, "The Globalization of Migration: Has the World become more migratory?" *International Migration Review*, Center for Migration Studies of New York, vol. 48, núm. 2, verano 2014, p. 287.

<sup>124</sup>Cfr. Czaika Mathias, *et al.*, "The Globalization of Migration: Has the World become more migratory?", *op. cit.*; p. 287.

<sup>125</sup>*Ibidem*, p. 288.

Ahora bien, el hecho de que más países se hayan incorporado a la economía global y el consecuente crecimiento económico de los países en vías de desarrollo significó el paso a una migración en transición porque ahora más personas tienen posibilidades económicas de movilidad. Por ejemplo, a raíz de la descolonización, la migración en los años 1960 y 1970 tendió a concentrarse en los antiguos colonizadores -de los países del Magreb a Francia, o desde Guyana a Gran Bretaña- a causa de los vínculos económicos, sociales, culturales y lingüísticos. Dicha situación, refuerza las políticas migratorias de control inmigratorio que permiten el ingreso al Estado con base en el origen, raza o etnia desde fines del S. XIX.

De manera que, aunque la mayoría de los países generan emigración en un volumen significativo, los países de inmigración no la reciben todo. Los inmigrantes tienden a concentrarse en un número cada vez menor de países de destino, creando un desequilibrio entre más países de emigración y menos de inmigración. Es decir, la emigración que generan la mayoría de los Estados se concentra en pocos países de destino del mundo desarrollado. Alrededor de 30 países asumen cerca del 75 % de toda la inmigración; de los cuales once son países desarrollados con cerca de 40 % de todos los inmigrantes,<sup>126</sup> entre ellos: Estados Unidos, Rusia, Alemania, Arabia Saudita, Reino Unido. Así, se advierte el desequilibrio entre emigración e inmigración en el contexto del mundo global.

### **1.2.1 Regular**

Ahora bien, la entrada a los países de inmigración se puede dar de manera regular o irregular atendiendo a si se realiza según los canales legales de la migración. Dichos canales son preferentes para los migrantes cualificados, estudiantes internacionales o trabajadores invitados que en algunos casos son necesarios para la economía local.

---

<sup>126</sup> Cfr. Sassen, Saskia, "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas", *Revista internacional de filosofía política*, 2006, núm. 27, pp. 19-40, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2149094>, p. 21

La atracción de inmigrantes por razones laborales corresponde a la escasez de mano de obra. Para los países receptores la presencia y trabajo de los migrantes son necesarios debido a deficiencias en su fuerza laboral y a la negativa de los trabajadores nativos a desempeñar labores específicos: esto concierne particularmente a los trabajos “sucios, difíciles y peligrosos” (conocidos en inglés como “*3D jobs: dirty, demanding and dangerous*”), tales como los del sector de la construcción o de los servicios domésticos, los cuales son a menudo realizados por migrantes en todas partes. La mayoría de los países industrializados son, por lo tanto, económicamente dependientes de los trabajadores migratorios. En países como Suiza, los migrantes representan casi el 20 % de la fuerza laboral, y este porcentaje se eleva a 61 en Luxemburgo.<sup>127</sup>

Los principales sectores de empleo de trabajadores temporales se encuentran en el servicio doméstico y la agricultura, esta última como trabajo estacional combinado a menudo con la construcción o la hostelería son las ocupaciones más demandadas. Esta situación es, en primer lugar, fruto de la política migratoria del Estado receptor, basada en una discriminación deliberada que aísla a los extranjeros en determinados sectores laborales.<sup>128</sup>

Dicha situación continúa a raíz de la falta de desarrollo en los países de origen como principal causa de la migración. Entre las causas estructurales de la migración podemos señalar factores socioeconómicos, como: políticas de ajuste estructural, tratados de libre comercio, mega proyectos de desarrollo, agro negocio y minería; ambientales, como: desastres naturales; y políticos en el país de origen que conllevan al desplazamiento humano, mismas que muestran que la migración irregular es funcional al actual modelo de desarrollo global.

En este sentido, es responsabilidad de los Estados de origen la búsqueda del desarrollo sostenible y de los Estados de destino la cooperación sur-sur y

---

<sup>127</sup> Organización de las Naciones Unidas, *International Migration Report 2013*, óp. cit.

<sup>128</sup> *Idem*.

tolerancia a la migración irregular.<sup>129</sup> En favor de hallar más canales de migración regular y programas de regularización migratoria.

### 1.2.2 Irregular

Por migración irregular entendemos aquella no se realiza por vías establecidas legalmente. Dichas personas migrantes se conocen comúnmente como indocumentados, ilegales, clandestinos. Términos que no se refieren a la persona sino al acto por el cual entran al ámbito territorial del Estado de acogida. El término irregular es acogido tanto por la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional de las Migraciones, como la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares que señala:

“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”.<sup>130</sup>

Además la Resolución 3449 (XXX) de la Asamblea General de Naciones Unidas:

“Pide a los órganos de las Naciones Unidas y a los organismos especializados e interesados que utilicen en todos los documentos oficiales la expresión “trabajadores migratorios no documentados o irregulares” para definir a los trabajadores que se internen ilegal o subrepticamente en otro país para obtener trabajo”.<sup>131</sup>

Ahora, como ya señalamos, las condiciones de entrada se encuentran establecidas tanto en el Derecho Administrativo, Derecho de Extranjería y en los objetivos de las políticas migratorias de cada Estado. Sin embargo, la mayoría de

---

<sup>129</sup> Cfr. Red Internacional de Migración y Desarrollo, “Conclusiones de la Conferencia sobre Migración y Desarrollo: Perspectivas desde el Sur”, *Revista Migración y Desarrollo*, núm. 7, segundo semestre 2006, pp.218-224, <http://rimd.reduaz.mx/pagina/secciones?id=205>

<sup>130</sup> Artículo 5 de la Convención Internacional sobre Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

<sup>131</sup> Resolución 3449 (XXX) de la Asamblea General de la ONU, *Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y dignidad de los trabajadores migratorios*, 9 de diciembre de 1975.

las veces existe una disparidad entre los objetivos y resultados de las políticas migratorias. Esta disparidad refleja la crisis del Estado en materia migratoria, es decir, la migración irregular nos muestra el poco control de los movimientos de población que tiene el Estado.

Generalmente, las personas que se ven forzadas a migrar, deben hacerlo por canales irregulares dado que el aumento de las políticas migratorias restrictivas ha llevado a que la migración se vuelva un proceso cada vez más selectivo. Esto bloquea la posibilidad de migrar de quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad y promueve una migración cada vez más irregular y permanente.<sup>132</sup> Es decir, existe una relación directa entre el aumento de las migraciones irregulares y las políticas restrictivas y de control migratorio.

Los Estados de destino imponen restricciones a la migración regular a través de varias acciones como: controles fronterizos más estrictos, la consolidación del régimen de visas, sanciones a transportistas y empleadores de migrantes irregulares, la limitación en derechos y prestaciones sociales que se otorgan solo a migrantes regulares, inspecciones en los lugares de trabajo, más técnicas para la detección de documentos falsos, castigos más severos al contrabando y tráfico de personas, el aumento de cuotas anuales de extranjeros, la reforma de sistemas de asilo que lo limitan, mayor criminalización de la migración irregular que incluye el arresto sin orden judicial, la suspensión de la reunificación familiar. En el caso de la Unión Europea el control migratorio se extiende más allá de las fronteras territoriales de los Estados, por ejemplo, con la firma de acuerdos de readmisión y vigilancia con Estados como Turquía.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup>Cfr. International Migration Institute, "A Transatlantic Comparison of South North Migration: The experiences of Mexico and Morocco", Policy Brief, núm.1, Gran Bretaña, 2009.

<sup>133</sup>Amnistía Internacional, *El coste humano de la fortaleza Europea: violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiados, 2014*, también véase la Directiva concerniente a las sanciones de los empleadores de "illegally staying" que aumenta las sanciones a empleadores de migrantes en situación irregular 2009/52/CE y la Directiva de retorno 2008/115/CE.



Todas estas medidas de control migratorio en las políticas de los Estados de inmigración las vuelven restrictivas, ineficaces, demagógicas y estandarizadas mismas que contribuyen a la creación y perpetuación de la migración irregular.<sup>134</sup>

Dichas políticas son restrictivas en cuanto que no favorecen canales legales para migrar, por ejemplo en la falta de oportunidades de empleo formal. Misma situación que implica la ineficacia de la política por el hecho de que:

“...no han logrado reducir los efectos deseados: controlar y reducir la migración irregular. Al presentar tal discrepancia entre sus objetivos y sus resultados, tienen efectos negativos no intencionados: contribuir a la migración irregular”.<sup>135</sup>

La ineficacia incluye fallas en el diseño e implementación de las políticas migratorias, como es la vigilancia inadecuada de su cumplimiento, por ejemplo, de normas que sancionan a los empleadores o la imposibilidad de ejecutar órdenes de deportación.

Otro efecto de estas políticas es que se vuelven demagógicas, para mostrar a la sociedad y a las elites políticas que el gobierno tiene el control de la inmigración y evitar manifestaciones violentas de grupos de extrema derecha lo que resulta en más hostilidad de la sociedad hacia los migrantes y los vuelve más vulnerables.<sup>136</sup> Misma demagogia que fomenta la xenofobia hacia la población migrante.

Asimismo, son políticas que se vuelven estandarizadas:

“A nivel general de las políticas migratorias de los Estados desarrollados y grandes receptores de migrantes, especialmente a partir de los años setenta y, aún más, en los Estados dentro de la misma organización regional”.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup>Ortega Velázquez, Elisa, “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas”, *Anuario de Derecho Internacional*, México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XIV, 2014, pp. 637-686.

<sup>135</sup> Cfr. Ortega Velázquez, Elisa, “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas”, *op. cit.*, p. 666.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 668.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 270.

Es el caso de la Unión Europea (UE) que mantiene un régimen de control migratorio a través de agencias comunes como Frontex (Agencia Europea para la gestión de las fronteras). La función principal de Frontex consiste en coordinar las operaciones conjuntas de Estados miembros en las fronteras exteriores marítimas, terrestres y aéreas de la UE. Se ocupa también de coordinar las operaciones conjuntas de retorno de Estados miembros a países de origen, realizar análisis de riesgos en los que basar sus decisiones operativas y las de los Estados miembros y preparar y organizar programas de formación para guardacostas y guardias de fronteras dentro y fuera de la UE.<sup>138</sup>

El resultado de la estandarización de las políticas también se observa en la sobrecarga del sistema judicial europeo. Un gran número de solicitudes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son por violaciones al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (proceso justo y equitativo). Además del aumento de la población en centros de detención migratoria con los consecuentes problemas de hacinamiento, condiciones inhumanas y degradantes en el trato.<sup>139</sup>

Así las cosas, las personas deciden cómo, cuándo y a dónde migrar -dentro de ciertos límites- sin embargo, los Estados determinan sobradamente que movimientos son regulares y cuáles no, establecen condiciones de entrada y permanencia de extranjeros. La migración irregular tiene una estrecha relación con las regulaciones y políticas estatales de extranjería. El poder de los Estados de definir el estatus legal de los extranjeros es decisivo en la creación de la migración irregular.

De manera que, resulta un círculo vicioso en el que se encuentran a la baja los canales legales de empleo y movilidad que favorecen los informales. La puesta en

---

<sup>138</sup> Amnistía Internacional, *El coste humano de la fortaleza Europea: violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiados*, op. cit. p. 16.

<sup>139</sup>Cfr. Muiznieks, Nils, "Addressing the human rights challenges underlying the criminalisation of irregular migrants and national minorities in Europe" Keynote speech by Council of Europe Commissioner for Human Rights, Consejo de Europa, Comisión de Derechos Humanos, The Centre for European Policy Studies Seminar Brussels, 22 February 2013.

marcha hacia migraciones regulares comienza en la búsqueda de más canales legales para migrar acordes a las necesidades reales del mercado de trabajo, la simplificación de procedimientos migratorios de solicitud y renovación de permisos, la clarificación de legislaciones migratorias y sus reformas, la cooperación entre Estados, más recursos para la vigilancia en las fronteras, sobretodo interna; es decir, una política que vea el fenómeno migratorio a largo plazo y al migrante como un ser humano.<sup>140</sup>

Además así:

“Como los refugiados, los “migrantes económicos” también huyen de situaciones donde los Estados han fracasado en su protección de los derechos humanos. Así como se van encontrando soluciones para las crisis de refugiados para mejorar la situación en sus países de origen, la solución al problema de la migración no autorizada puede encontrarse en las obligaciones de los países de origen de respetar y promover los derechos humanos del sector de su población que está “en riesgo” de migrar de forma no autorizada”.<sup>141</sup>

### **1.3 Emigración**

El derecho al desarrollo y la migración deben estar unidos. La conjunción de estos términos nos indica que es necesario el crecimiento económico, social y político de los pueblos para que la decisión de migrar sea autónoma. En este sentido, los Estados de origen o de emigración también tienen responsabilidades en el fenómeno migratorio. En especial en abatir las causas estructurales de la migración; por ejemplo, casos como el de mujeres migrantes en la región andina residentes en España o de haitianos trabajadores en Brasil, migrantes que provienen de contextos rurales de marginación, discriminación y pobreza, que refuerzan nuestra imagen del migrante como un persona empobrecida y sin recursos que sale en busca de mejores condiciones de trabajo y desarrollo personal. En estos casos la responsabilidad principal es de los Estados de origen al negar a su población el derecho al desarrollo. Sin embargo, nos encontramos

---

<sup>140</sup> Cfr. Ortega Velázquez, Elisa, “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas”, *op. cit.* p. 680.

<sup>141</sup>Gzesh, Susan, “Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos”, *op. cit.* p.116.

en un contexto global donde las responsabilidades son compartidas entre los Estados de origen y destino.

Así las cosas, los principales países de origen de migrantes irregulares son: México con 11 millones de emigrantes, seguido por China -3,8 millones-, el Reino Unido -3,5 millones- e India -3,4 millones-. Mientras que en 1960, Italia, el Reino Unido, España y Grecia fueron los países principales de la emigración, a partir del año 2000, su lugar ha sido ocupado por países como México, Bangladesh, India, Filipinas, Egipto, Turquía, Vietnam, Indonesia y Marruecos. El Caribe y Centroamérica han visto la emigración a la alza.<sup>142</sup>

Lo cual refleja que a pesar de la crisis económica mundial y de las crisis políticas, la emigración se mantiene como un factor estructural de nuestro mundo: los flujos migratorios no van a desaparecer. Sin embargo, la prioridad de las políticas migratorias se encuentra en el control y el equilibrio del mercado de trabajo interno. Tanto los países de origen y de destino desarrollan políticas de migración las cuales influyen como factor de los flujos de migración, mismas que deben garantizar el derecho al desarrollo y por consecuencia a no migrar.

Es así como la reducción de la migración irregular se encuentra en manos de los Estados de destino. En el caso de migrantes económicos y forzados las responsabilidades también son de los Estados de origen. Puesto que la caracterización de la migración generada por las violaciones a los derechos humanos como “migración forzada” asigna responsabilidad a los Estados de origen en el sentido de proteger los derechos de sus ciudadanos *in situ* para paliar las condiciones que los fuerzan a emigrar.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Cfr. Czaika Mathias, *et, al*; “The Globalization of Migration: Has the World become more migratory?” *op. cit.*, p. 296 y 303.

<sup>143</sup> Cfr. Gzesh, Susan, “Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos”, *op. cit.* p. 108

## 2. Políticas migratorias de los Estados

Los Estados de inmigración o emigración desarrollan políticas migratorias, primeramente dentro del Derecho de Extranjería y Administrativo después a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aclara:

“La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc...) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”.<sup>144</sup>

Los estándares internacionales de derechos humanos pueden actuar como marco de orientación para la definición de las políticas migratorias. Principios, reglas y estándares que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también obligaciones positivas. De tal manera que los derechos humanos no son sólo un límite sino también un programa que puede y debe guiar las políticas públicas de los Estados y fortalecer instituciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado algunos estándares especiales en materia de inmigración en la Opinión Consultiva 18/03.

“El SIDH reconoce a los Estados un amplio margen decisorio para definir e implementar sus políticas migratorias en función de diversos objetivos legítimos, como la regulación del mercado de trabajo. También reconoce a los Estados su plena capacidad de regular sobre la materia de control migratorio en virtud de su soberanía territorial. Ello incluye los contenidos de su política migratoria y sus objetivos estratégicos. Los estándares de derechos humanos sólo fijan un marco mínimo que debe ser respetado por los Estados al momento de definir y ejecutar esas políticas”.<sup>145</sup>

Dicho marco mínimo como indicamos anteriormente permea la condición jurídica del extranjero en el país de acogida. El respeto a los derechos humanos de todos los migrantes es una premisa fundamental en la temática de las migraciones.

---

<sup>144</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, pfo. 163.

<sup>145</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, pfo. 8.

“Las normas y políticas públicas en materia migratoria... deberían considerar especialmente los desarrollos del Derecho Internacional de los derechos humanos en relación con ciertos derechos que no pueden ser negados o restringidos irrazonablemente en función del estatus migratorio de las personas”.<sup>146</sup>

Las Declaraciones e instrumentos internacionales marcan un cambio “*humanista*”, esto es, de un dominio tradicionalmente observado bajo lineamientos macroeconómicos o macro-poblacionales, de seguridad y control de fronteras ahora se busca marcar límites desde los derechos humanos como el nuevo paradigma en las políticas migratorias.

Sin embargo:

“La multiplicación de categorías y regímenes jurídicos asociados al proceso de estratificación cívica constituye una amarga evidencia de que los Estados siguen siendo los principales agentes en la determinación de los procedimientos de ingreso, el reconocimiento de derechos y deberes y las posibilidades de integración de los inmigrantes”.<sup>147</sup>

## **2.1 Gestión de flujos**

Si nos situamos frente a políticas de gestión de flujos el paradigma de los derechos humanos no ha cambiado en nada el control estatal. La mayoría de las políticas migratorias se encuentran encaminadas a tener registro del desplazamiento de individuos o grupos, y responden simplemente a mantener un control demográfico determinado y a regular los flujos económicos relacionados con los mismos flujos de personas. Por ejemplo, al señalar cuotas de población que un Estado puede recibir. El problema es que en las actuales condiciones de globalización ese control se ha hecho ineficaz e injusto, ya que los inmigrantes han encontrado formas de burlar los controles fronterizos en claro debilitamiento

---

<sup>146</sup> Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, “*Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias*”, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de julio de 2007, OIM, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 14

<sup>147</sup> De Lucas Martín, Javier, *et. al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, España, Fundación BBVA, 2008, p.38.

de la soberanía migratoria de los Estados, quienes ya no tienen un control efectivo sobre sus fronteras.

“O los Estados han mostrado el lado absurdo de su poder soberano al sacar a la fuerza o impedir a toda costa el ingreso de ciertos extraños a su comunidad política”.<sup>148</sup>

Así, para ciertos Estados es eminente la primacía del control, es decir, del establecimiento de reglas de entrada, instalación y salida, además, de la exclusión de los extranjeros. Incluyendo las políticas demográficas, económicas y sociales vinculadas al reclutamiento de población y de trabajadores, a la instalación, al gobierno de los inmigrantes y las minorías étnicas como destinatarios de bienes y servicios y a la gestión de la diversidad interna a través, por ejemplo, de políticas multiculturales.

Ahora bien, criterios políticos determinan la posición de los Estados receptores con respecto a la inmigración. Entre ellos, posturas extremas que pueden restringir la entrada de extranjeros cuando la población local manifiesta inquietud o malestar ante la presencia de inmigrantes. Por la escasez de mano de obra, la seguridad social, o la preocupación de que la presencia de extranjeros cambie los patrones culturales de una población homogénea en religión o costumbres. O al contrario puede que flexibilicen las normas inmigratorias si la opinión pública se manifiesta a favor de la inmigración, ya sea por razones humanitarias, por el déficit de mano de obra, o al considerar a los trabajadores extranjeros menos onerosos.<sup>149</sup>

En el caso de los Estados de tránsito comparten algunos de los temores de los países de recepción de migrantes. Tienen que enfrentar la presión de los países receptores, más ricos y poderosos, que les exigen endurecer sus políticas inmigratorias para restringir la entrada de extranjeros a sus territorios.

---

<sup>148</sup> Cortés Rodas, Francisco, *et. al.*, *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre editores, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía, 2011, p. 105.

<sup>149</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev. 16 abril 2001, Capítulo V. Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, p. 8

“En el diseño de cualquier política de inmigración, los Estados están forzados a reconciliar dos principios fundamentales pero contrapuestos: por un lado, su derecho a regular la entrada de personas a su territorio de acuerdo a sus necesidades, en otras palabras, de ejercer su soberanía; y por otro, respetar la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que buscan emigrar de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias”.<sup>150</sup>

Este choque de intereses y de principios establecidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos, lleva a lo que Jopke<sup>151</sup> ha llamado la migración no deseada, que no refleja los intereses del Estado pero que debe aceptar en respeto a los derechos humanos por razones de humanidad, como es el caso de la reunificación familiar. Así en la mayoría de los países industrializados existe una gran diferencia entre los objetivos de la política migratoria y los resultados efectivos de esas políticas.

Esta divergencia también corresponde a los intereses del Estado en cuestión. Entre ellos debemos añadir a la seguridad nacional, como uno de los principales factores, en particular a partir de septiembre 11 en las políticas migratorias como la de Estados Unidos. El problema de la seguridad se ve reforzada por la existencia de la globalización de los procesos migratorios que ayudan a fortalecer la idea de que las fronteras del Estado son cada vez más porosas y que la crisis de la migración es una crisis en el control migratorio. Misma que se agrava al utilizar términos como terrorismo, avalancha, oleada para referirse a las migraciones lo cual recrudece las posturas. Y que nos muestra que la seguridad nacional está por encima de la seguridad personal. Por ejemplo:

“La adopción de los controles de identidad en Francia, donde la policía está autorizada a acercarse a cualquier persona que parezca extranjera, "siempre y cuando el criterio adoptado no es la raza"; la inserción de la inmigración en las cumbres europeas que tratan sobre el terrorismo y el tráfico de drogas, en el marco del mismo tema como "problemas de seguridad"; la militarización de la frontera

---

<sup>150</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, op. cit., p. 9.

<sup>151</sup> Cit. por Rocha Reis, Rossana, "Immigration crisis? Human Rights and security concerns in the maring of migration policies. Crise imigratória?", *REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, año XVI, núm. 31 – 2008, p. 29.



con México, son síntomas de lo que Aristide Zolberg llama el "muro construido en contra de los pobres".<sup>152</sup>

## 2.2 Acogida

Pasemos a un segundo momento en las políticas migratorias que supera el control migratorio estricto para considerar la acogida de los inmigrantes, es decir, el migrante no sólo es un trabajador temporal y su permanencia en el territorio implica considerarlo como residente, visitante o en su caso un posible ciudadano.

Las políticas de acogida repercuten no solo en las diferencias entre nacionales y extranjeros sino también en la identidad nacional, la ciudadanía y la integración de migrantes. Ya que establecen que la estancia de las personas migrantes puede ser permanente y no temporal.

Las políticas de acogida del Estado dependerán del objetivo de la migración, si es trabajador temporal o refugiado y con ello los derechos de los cuales gozaran los migrantes.

La propia condición jurídica del extranjero le otorga ciertos derechos, ya mencionados en los apartados precedentes, lo que hace falta es clarificar las obligaciones de los Estados respecto a dichos derechos en políticas de inmigración y en las políticas de acogida. Dado que dependen de los objetivos que cada Estado establezca como prioritarios.

Dichas obligaciones no se pueden olvidar en el contexto global que vivimos. En palabras de Sassen:

"Lo que ahora se experimenta como una crisis en el control del Estado sobre sus fronteras puede ser la señal que necesitamos para abordar de otro modo la difícil cuestión de cómo gobernar los flujos migratorios en un mundo cada vez más interdependiente".<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup>Rocha Reis, Rossana, "Immigration crisis? Human Rights and security concerns in the making of migration policies. Crise imigratória?" *op. cit.*, p. 33.

### 2.3 De obtención de la ciudadanía e integración social

Las políticas migratorias pueden observar a las personas migrantes no sólo como trabajadores temporales, sino también como ciudadanos. Una política de integración social considera cómo es que el Estado de destino debe incorporar a aquellas personas que no se encuentran en tránsito en su territorio. Dichas políticas no sólo están insertas en el Derecho de Extranjería sino que podemos hablar de modelos de incorporación de migrantes.

En el caso europeo la característica más destacada de estas políticas es la creación de un estatuto jurídico y político de subordinación, discriminación y de exclusión, que les separa de las normas y principios comunes del Estado de derecho y les impone un estado de excepción y emergencia, permanente. Porque crea un estatus diferenciado en derechos entre ciudadanos y extranjeros. La exclusión es patente en categorías establecidas como la de trabajador invitado. Estas políticas muestran un déficit de Estado de derecho, de garantías de los derechos y de los titulares de la soberanía democrática al definir a los inmigrantes como no ciudadanos, excluidos de la política, del pueblo y de la soberanía.

En este sentido, De Lucas<sup>154</sup> propone algunos mínimos que ayudan a la consecución de condiciones de legitimidad y de eficacia en las políticas migratorias a favor de la integración social de los migrantes:

- Igualdad en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes, tomando como estándar el mínimo de la Convención de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Sassen, Saskia, "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas", *op. cit.*, p. 28.

<sup>154</sup> Cfr. De Lucas Martín, Javier, *El modelo europeo de Políticas Migratorias: Razones de un fracaso y propuestas de reforma*, Seminario Permanente de Migraciones, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, Debates sobre reformas migratorias en perspectiva comparada, México, D. F. 2013.

<sup>155</sup> La Convención cuenta con 48 ratificaciones. Prácticamente ningún país desarrollado y de destino de migrantes la ha ratificado. Las ausencias notables son de la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, China, Rusia y Japón. En América Latina, faltan por ratificar Brasil, Costa Rica y República Dominicana, así como Sudáfrica en el contexto Africano. Lo

- Garantía del derecho de libre circulación el cual garantiza un beneficio mutuo para ambas sociedades.
- Incluir una dimensión de género ya que casi la mitad de los migrantes son mujeres.<sup>156</sup>

Estos mínimos propuestos deben de favorecer la búsqueda de la inclusión e integración de los inmigrantes a través de la inclusión de derechos de las personas migrantes tales como:<sup>157</sup>

- Derecho al reagrupamiento familiar.
- Derecho a igual acceso a la justicia.
- Escolarización plena como efecto automático del establecimiento en condiciones de igualdad.
- Acceso a la salud.
- Derecho al trabajo y a la seguridad social.
- Primacía del interés superior del menor.
- Derecho a residencia estable como resultado del asentamiento de 3 años o similar.
- Estatuto de residencia de larga duración posterior a 5 años (igualdad de derechos políticos).
- Abolición de contratos de integración y sustitución por un pacto social por la inmigración.
- Establecimiento de planes estratégicos de codesarrollo.

En esta propuesta observamos que los derechos políticos siguen siendo de los que se excluye a los extranjeros en razón de períodos de residencia. Esto conlleva

---

cual limita la puesta en marcha no sólo de los derechos que comprende sino también de los mecanismos de verificación y control del Comité creado a la par de la Convención. Los artículos 77 y 78 requieren una ratificación adicional por parte del Estado para aceptar la competencia del Comité para recibir denuncias individuales y denuncias inter-estatales. (Sólo Guatemala, México y Uruguay lo han hecho).

<sup>156</sup> 48% en cifras de Organización de las Naciones Unidas, *International Migration Report 2013*, op. cit.

<sup>157</sup> Cfr. De Lucas Martín, Javier, *El modelo europeo de Políticas Migratorias: Razones de un fracaso y propuestas de reforma*, op. cit.

una discusión separada, pero no por eso menos importante, respecto al contenido de la ciudadanía y los derechos de las personas migrantes.

En el caso de Alemania el cambio en la política migratoria inicia con un largo debate por la integración de los inmigrantes y sus derechos políticos. La “Ley electoral de Schleswig-Holstein” en 1989 permitía votar a todos los residentes de al menos cinco años en Schleswing-Holstein, que poseyeran un permiso válido de residencia o que necesitaran tenerlo y fueran ciudadanos de Dinamarca, Irlanda; Holanda, Noruega, Suecia y Suiza podrán votar en las elecciones locales y distritales. La Corte Constitucional alemana rechazaba las reformas sobre la base argumental de que los extranjeros residentes no eran ciudadanos. Después del debate la Corte propone una definición de ciudadanía en concordancia con la composición de la población, re articulada y re apropiada considerando a:

“La República Federal Alemana un país de inmigración, ya que los que se ven afectados por la ley que está siendo atacada aquí son por tanto no extraños sino cohabitantes -Inländer-, a quienes solo les falta la ciudadanía alemana. Este es el caso especialmente de aquellos extranjeros de segunda y tercera generación nacidos en Alemania.”<sup>158</sup>

El resultado fue la ley de ciudadanía en el 2000 que acepta que niños inmigrantes sean ciudadanos alemanes de acuerdo al criterio de *ius soli* y que residentes a largo plazo nacionales de terceros países puedan naturalizarse si lo desean; y en 2004 la primera ley de inmigración que establece un sistema de administración de la migración, para la integración de los migrantes.

Así, la ciudadanía se encuentra dentro del debate de las políticas migratorias en razón de que los derechos de los migrantes en ocasiones dependen de la adquisición de la misma como un largo proceso que exige reconocimiento y normalización de los migrantes como sujetos de derechos y por tanto afecta la concepción y atributos de la misma condición de ciudadanía.

---

<sup>158</sup> Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, traducción de: *The rights of others. Aliens, residents, and citizens*, 2004, tr. Gabriel Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 148.

En palabras de Cortés:

“Los criterios básicos que caracterizaban la ciudadanía se toman cada vez más difusos, pues el escenario posnacional cuestiona las clásicas formas de pertenencia e identidad entre el ciudadano y su comunidad, e incluso desafía la legitimidad de los criterios utilizados para determinar los bordes de las comunidades soberanas y las políticas de ingresar a una comunidad distinta de la propia”.<sup>159</sup>

Recordemos que la ciudadanía es el vínculo por excelencia entre la jurisdicción de un Estado y los individuos. Dicho vínculo ha perdido fuerza con los movimientos migratorios, los cuales aparecen ahora menos fuertes en categorías como residente o visitante. Que nuestros visitantes lleguen a una segunda o tercera generación de inmigrantes hace replantear al Estado el contenido de su política migratoria, porque sus ciudadanos pueden encontrarse entre dos identidades o lealtades. En este sentido, debemos señalar dos aspectos de la ciudadanía: la dimensión cívica o de estatus legal fuente de derechos y obligaciones y un aspecto subjetivo que incluye elementos personales y lazos individuales con el país, la ciudad o la comunidad.

## **2.4 Multiculturales**

La pertenencia e identidad son aspectos subjetivos de la ciudadanía que nos llevan a un concepto aún más difuso: la cultura. ¿Son una amenaza los raros extranjeros? O ¿Que protegen las políticas migratorias?

Ante la “amenaza” o riesgo que pueden representar los movimientos migratorios el Estado ha tomado diferentes posturas que podemos identificar como la ética del guerrero –en referencia a la protección de la soberanía nacional y la seguridad nacional-, ética del tendero –cuánta y qué personas pueden ingresar al Estado en

---

<sup>159</sup> Cortés Rodas, Francisco, *et. al.*, *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, *op. cit.*; pág. 101.

el marco de acuerdos de trabajadores temporales- y una ética del profeta – claramente excluyente, sólo son aceptables aquellos que somos iguales-.<sup>160</sup>

Así, ciertos migrantes son aceptables si corresponden a la identidad cultural del Estado-nación y la discusión de su ingreso o conveniencia puede llegar hasta la compatibilidad entre la religión y la democracia musulmana, como ejemplo de la permanencia de los argumentos raciales en el discurso político.

No podremos definir la identidad cultural pero el racismo y la xenofobia son patentes en el contexto migratorio. Si las culturas son mutuamente excluyentes, incompatibles, estáticas, homogéneas, inmutables, entonces no es posible hablar de integración de los extranjeros a una comunidad de acogida.

Otras políticas conllevan aspectos de integración cultural a situaciones extremas como la criminalización de la entrada irregular, expedición de visados imposibles, penalizar asistencia a inmigrantes, penalizar venta o renta de inmuebles o la contratación laboral, obstaculizar envío de remesas, el endurecimiento de requisitos de matrimonio y nacionalidad, deportaciones masivas por desempleo, impunidad en crímenes locales en contra de migrantes.<sup>161</sup>

En el debate de la multiculturalidad y las identidades nacionales Kymilcka<sup>162</sup> parte de la comprensión de Estados multinacionales y poliétnicos. Para reconocer que aún sin presentar flujos migratorios constantes los Estados son multifacéticos al interior, con sus propias minorías nacionales y grupos étnicos. Mientras que algunos de los Estados multinacionales encuentran su diversidad en la migración. Dado que en cada Estado podemos encontrar no sólo a las minorías nacionales o los grupos étnicos sino también a los migrantes. En el caso de Canadá que señala Kymilcka es un Estado poliétnico y multinacional por la migración y los pueblos originarios. Otros Estados como Alemania pueden hallar su sentido de pertenencia

---

<sup>160</sup>Cfr. Saavedra, Horacio, "Migración irregular y Justicia", *Seminario Migración Irregular*, Debates contemporáneos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 22 de noviembre de 2013.

<sup>161</sup> Cfr. Saavedra, Horacio, "Migración irregular y Justicia", *op. cit.*

<sup>162</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, *op. cit.*

en razón del *ius sanguini* y así podemos señalar las particularidades de cada nación. Sin embargo, el objetivo de su análisis es que la incorporación de las personas migrantes al Estado de acogida no implique su absorción total a la identidad nacional y terminar por perder riqueza cultural.

Así también, desde la posición del emigrado nos recuerda Rawls que el derecho de emigración no implica la aceptación voluntaria de la autoridad política. Por lo tanto las personas migrantes tienen derecho a expresar sus individualidades. De este modo Kymilcka,<sup>163</sup> señala tres grupos de derechos diferenciados en función del grupo, que forman parte de los pilares de políticas migratorias multiculturales:

1. De autogobierno o de autodeterminación en el marco del Derecho Internacional.
2. Derechos poliétnicos: en función de su lengua o prácticas religiosas -sacrificio de animales, uso de turbantes- es decir, el Estado debe facilitar a los migrantes poder expresar su particularidad a fin de fomentar su integración.
3. Derechos especiales de representación. Entre ellos poder formar partidos políticos y participar en elecciones de representación proporcional.

Este esfuerzo, por señalar garantías, parte de considerar al grupo cultural con derechos humanos y no sólo al individuo como sujeto de derecho. De manera que la política migratoria debería considerar a la cultura de las personas migrantes. En razón de las culturas son opciones significativas y no sólo la lengua e historia de la mayoría valen y contribuyen a la formación de la nación. La pertenencia cultural moldea nuestra identidad y la identidad cultural implica la auto-identificación de las personas y su dignidad. En el caso de los inmigrantes su integración enriquece la cultura a la que se incorporan.

Así, los vínculos que unen a las personas con la ciudadanía son dados también en función de la pertenencia a un grupo. Es decir, la finalidad en un Estado

---

<sup>163</sup>Cfr. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit. p. 135.

multinacional debe ser acomodar y no subordinar las identidades nacionales de todos los ciudadanos en base a un sentimiento que contribuya a la adhesión de sus miembros. La propuesta es un compromiso con el valor de la diversidad cultural que contribuye a que la ciudadanía sea un vínculo jurídico y de identidad.

Estos planteamientos también contribuyen a la posibilidad de ampliar el concepto de ciudadanía mediante la inclusión de derechos sociales universales, de educación, salud y seguridad social que incorporen a las particularidades culturales. Así el Estado tiene obligaciones negativas de no interferencia y positivas de ayuda estatal respecto de las culturas y grupos étnicos en su territorio.

“La integración es un proceso bidireccional: exige que la sociedad mayoritaria se adapte a los inmigrantes, de la misma manera que los inmigrantes deben adaptarse a ella... Propiciar la integración requiere, en primer lugar, contundentes esfuerzos para combatir los prejuicios y la discriminación. Esto no sólo implica reforzar rigurosamente las leyes antidiscriminatorias, sino también cambiar la imagen que se da de los inmigrantes... exigir alguna modificación de las instituciones de cultura dominante en la forma de derechos poliétnicos especialmente en función del grupo”.<sup>164</sup>

Ahora bien, según el tipo de Estado podemos visualizar sus políticas migratorias. Joppke<sup>165</sup> señala como ejemplo de un Estado de inmigración *-settler nation-* a Estados Unidos, una nación étnica a Alemania, y una mezcla de ambas características a Brasil, México, Argentina; para ilustrar como cada país trata de diferente manera el estatus legal de ciudadanía en razón de su identidad. Así por ejemplo, en Estados Unidos y Reino Unido el cambio al estatus legal de ciudadanía por parte de los migrantes ha sido menos severo que en Alemania.

Joppke<sup>166</sup> encuentra dos opciones a la disyuntiva de las políticas migratorias una de políticas de control migratorio- *internally inclusive-* es decir, el cierre de

---

<sup>164</sup>Cfr. Kymilka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit., p. 137.

<sup>165</sup>Cfr. Joppke, Christian, *Inmigration and the Nation State. The United States, Germany and G.B.* Oxford University Press, 1999, p. 9.

<sup>166</sup> Cfr. Joppke, Christian, *Inmigration and the Nation State*, op. cit., p. 11.



fronteras u otra de pleno respeto a los derechos de los migrantes - *externally exclusive*-.

Todas estas reflexiones respecto a la ciudadanía y la identidad nacional son más visibles a partir de la globalización, en palabras de Castles:<sup>167</sup>

“la globalización mina la autonomía relativa del Estado-nación, la ideología de las culturas nacionales distintas y relativamente autónomas, significa una rápida movilidad creciente de gente a través de las fronteras nacionales, la globalización cambia el significado de los límites nacionales y del espacio social”.

Así, el planteamiento es en búsqueda de alternativas postnacionales al modelo de pertenencia del Estado Nación clásico a partir del discurso de los derechos humanos. Frente a la idea de soberanía absoluta hay otra de una ciudadanía inclusiva y multicultural. Empíricamente la inmigración ha multiplicado las categorías de membresía en los Estados occidentales desafiando la dualidad ciudadano-extranjero, todos-algunos. Mientras que los derechos de los migrantes se encuentran entre las esferas nacional y supranacional o internacional.

Así las propuestas se alzan. Sassen<sup>168</sup> indica que el respeto a la autonomía del propio proyecto migratorio, que no pasa necesariamente por el establecimiento definitivo en el país de destino, es clave para pensar de nuevo en los criterios para definir la pertenencia, el título de soberanía y de derechos de las personas migrantes; incluidos los políticos.

“He defendido reiteradamente la legitimidad de un proceso de acceso a la ciudadanía –a la integración cívica, que es política- que comienza en el ámbito municipal y que debe entenderse en términos de inclusión, pluralidad y gradualidad, como un derecho en todo caso, no como una obligación, pero ni mucho menos un privilegio ni una coartada para proletarizar y domesticar a esos sujetos”.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup>Cit. por Cortés Rodas, Francisco, *et. al., De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global, op. cit.*; p. 130.

<sup>168</sup> Cfr. Sassen, Saskia, “La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas”, *op. cit.*

<sup>169</sup>*Ibidem*, p. 14.

En el mismo sentido, De Lucas -en el ámbito europeo- coincide en anclar el acceso a la ciudadanía en la residencia estable -desde tres años-, en el ámbito local, es decir, ciudadanía como vecindad, con derechos políticos plenos en el ámbito municipal, desde una concepción de la ciudadanía como ciudadanía multilateral y además ciudadanía gradual: desde la vecindad al ámbito autonómico primero, al estatal y europeo después.<sup>170</sup>

Ahora bien, las migraciones son un agente catalizador de la multiculturalidad en nuestras sociedades y nos mueven para la gestión del fenómeno en políticas públicas en las cuales la falta de ausencia del término ciudadanía refleja la ausencia de un enfoque político:

“Es la ausencia de un verdadero enfoque político, del reconocimiento de la profunda dimensión política de la inmigración, y eso se ve con más claridad si reparamos en la ausencia del término ciudadanía- de sus contenidos y exigencias- cada vez que las instituciones europeas, y, desde luego, los principales representantes políticos europeos nos proponen modelos de políticas de inmigración”.<sup>171</sup>

La pretensión es volver a la raíz de la ciudadanía: la ciudad. Al conceder derechos políticos en el ámbito local a los residentes de más de tres años. La ciudadanía que incluye derechos civiles, sociales y políticos.

“...a mi juicio, la vía más adecuada para alcanzar ese objetivo es combinar ese principio de integración política con los de ciudadanía multilateral y ciudadanía local... se trata de crear nuevas formas de ciudadanía, plurales, multilaterales, y de carácter gradual, que conectan con la ciudadanía como derecho de la ciudad, derecho a la movilidad, derecho a la presencia, sobre todo de quienes han sido arrinconados a los territorios donde oficialmente no reside”.<sup>172</sup>

En suma, en las políticas de integración política distinguimos dos momentos clave: uno de acceso que puede incluir medidas de apoyo asistencial y acceso a ciertos derechos sociales, de salud o educación, que forman parte de políticas migratorias

---

<sup>170</sup> Cfr. De Lucas Martín, Javier, *et. al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>171</sup> De Lucas Martín, Javier, “La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural”, *op. cit.*; p. 3.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

de integración y no representan el efectivo goce de derechos por parte de los migrantes sino que se encuentran insertas en acciones humanitarias. Y otro momento de coexistencia que proyectan las condiciones de estancia y de desarrollo del proyecto migratorio.

“Los mecanismos de atención asistencial instrumentados para atender a los inmigrantes no documentados, a los que se reconocen únicamente algunos derechos humanos básicos, no son considerados propiamente políticas de integración y de asignación de recursos y oportunidades, sino actuaciones humanitarias enmarcadas en los compromisos relativos al estándar mínimo internacional de derechos humanos asumidos por el Estado”.<sup>173</sup>

Por lo tanto, la integración abarca no sólo las medidas asistenciales sino también: la relación del inmigrante con las instituciones y con la sociedad del país receptor; el proceso de inserción social y el resultado de estos procesos (estabilización) como una respuesta institucional de los Estados de acogida o receptores de migrantes. Es decir, la integración tiene que ver con el proceso de incorporación de las comunidades de inmigrantes a las sociedades receptoras.

Ahora bien, insistimos, la integración cívica no puede entenderse sin una integración política. Lo cual implica dos visiones de la migración: una visión instrumental que rechaza la idea de ser un fenómeno estructural y no provisional que considera a los migrantes destinatarios de las políticas sectoriales siendo que deberían ser actores y participes en la determinación de sus perfiles normativos.

En este sentido, y en resumen la integración cívica consiste en:<sup>174</sup>

- Acceso a la ciudadanía.
- Derechos y vías de participación política.
- Acceso a derechos sociales.
- Derechos políticos por lo menos en el ámbito municipal.

---

<sup>173</sup>De Lucas Martín, Javier, *et. al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, *op. cit.*; p. 20.

<sup>174</sup>*Ibidem*, p. 44.

- Reconocimiento y garantía de los demás derechos de naturaleza participativa y la promoción de los causes de intervención pública.

Al final todos los modelos de integración de migrantes conducen a la categoría de la ciudadanía como pieza clave de la integración de los migrantes a las sociedades de acogida y conllevan a la erosión de los vínculos de la nacionalidad en favor de la ciudadanía por residencia.

Una política de integración con enfoque multicultural debe abrir espacios de participación a los migrantes. El concepto de ciudadanía multilateral pretende reflejar la progresiva desidentificación entre comunidad política y Estado-nación, entre democracia y homogeneidad, pero también dar razón de la diversificación del espacio democrático, la multilateralización de la participación política y el surgimiento de comunidades cívicas solapadas y regímenes de derechos en los niveles supra y subnacional. En la medida en que contribuye con su trabajo y sus cotizaciones sociales y con el pago de sus impuestos al desarrollo del país de destino, se afirma, el inmigrante debe ser considerado un miembro pleno de la comunidad y tener el mismo poder de deliberación y decisión política que los nacionales.<sup>175</sup>

Empero, mientras las políticas migratorias siguen limitadas por el concepto de nacionalidad y residencia, la agenda se situará en sectores de derechos otorgados: primero los sociales, los del debido proceso, mientras se alcanza el catálogo de los políticos.

---

<sup>175</sup>De Lucas Martín, Javier, *et. al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, *op. cit.*; p. 44.

### III. EL DERECHO A MIGRAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

---

#### 1. Derecho Internacional y derecho al asilo

Ahora bien, pasando de las políticas migratorias de los Estados al régimen de protección internacional de la persona humana, éste nos ayuda a profundizar en los derechos de las personas migrantes.

El régimen de protección internacional para ciertos grupos vulnerables, en particular, de las personas solicitantes de asilo se consolidó a raíz de las violaciones masivas de derechos humanos durante los conflictos armados del siglo XX y de los intensos desplazamientos de población que provocaron. El Derecho Internacional se abocó a la protección de la persona humana a partir de la consolidación del derecho a buscar asilo y el acceso al refugio.

Los primeros mecanismos de protección de la persona humana se encuentran en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) dentro de situaciones de conflictos bélicos; posteriormente, el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), con vida desde la Convención de Ginebra de 1951, amplía la protección no solo a situaciones de guerra; finalmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) completa el sistema de protección internacional. En este sentido cada una de las vertientes del Derecho Internacional tiene como objetivo la protección de la persona, en algunos casos se limita a determinadas situaciones (conflictos armados o el temor fundado de persecución) pero todas con el mismo fin.

El derecho de asilo es un elemento común en los sistemas de protección internacional del DIDH y el DIR. Entendido como la protección de aquellas personas que sufren persecución por diferentes motivos, entre ellos:

“... 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...”<sup>176</sup>

Sin embargo, hay que hacer notar que ni la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 ni su Protocolo adicional de 1967 se ocupan de la concesión del asilo sino de las regulaciones específicas sobre el trato que los Estados deben conceder a los refugiados que se encuentran admitidos en su territorio. Es decir, el Derecho Internacional regula el asilo como un estatus otorgado a la persona, mientras, que el procedimiento de elegibilidad que concede el refugio a la persona es determinado por cada Estado.<sup>177</sup>

La Corte Internacional de Justicia<sup>178</sup> reconoció que el asilo es fundamentalmente un estado de protección de la persona humana. Dicha protección compete a la Comunidad Internacional y encuentra su fundamento en los principios de *humanitas* y de solidaridad internacional, mismos que reconocen la dignidad humana.<sup>179</sup>

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) el asilo se encuentra comprendido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII, en la Convención Americana, artículo 22.8, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 12.3, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 18, normativa que refuerza la primera regulación de la Convención de Ginebra.

Ahora bien, los elementos que constituyen el asilo se manifiestan en tres facetas: buscar, recibir y disfrutar del asilo. Primeramente, se refiere a la posibilidad de salir de su país para buscar la protección en el extranjero, comprendida dentro de

---

<sup>176</sup>Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, artículo 1, 2)

<sup>177</sup>Circunstancia que parte de la máxima en Derecho Internacional de las facultades soberanas de los Estados, entre ellas, regir la entrada de extranjeros en su territorio.

<sup>178</sup>Corte Internacional de Justicia, *caso Haya de la Torre, Colombia vs. Perú*, fallo 13 de junio de 1951.

<sup>179</sup>Cfr. De Lucas Martín, Javier, “Fundamentos filosóficos del derecho al asilo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, año 2, núm. 4, 1995, pp. 23-56.

la libertad de circulación. En el momento de recibir la protección del Estado éste se compromete a la no devolución como garantía fundamental del sistema, así como, que las autoridades tomen las medidas necesarias para garantizar que toda persona que huye de la persecución tenga acceso efectivo a los procedimientos que determinarían su condición de refugiado.

Finalmente, el reconocimiento del estatus de refugiado por parte del Estado implica un trato conforme a los estándares internacionales. Al recibir el asilo la persona refugiada no debe ser sancionada por el ingreso o permanencia irregular en el territorio donde busca protección y además no ser objeto de medidas por parte del Estado tendientes a alterar su permanencia en el país de asilo.<sup>180</sup>

## 1.1 Definición de refugiado

Siguiendo la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la definición de refugiado puede desglosarse en cláusulas de inclusión, exclusión y cesación<sup>181</sup> para su mejor comprensión. Por ser un derecho con efectos declarativos, es necesario revisar los requisitos que debe cumplir una persona para adquirir el estatus de refugiado.

### 1.1.1 Inclusión

El artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra contempla que los solicitantes de asilo deben encontrarse bajo los siguientes supuestos:<sup>182</sup>

- a. Encontrarse fuera del país de nacionalidad o residencia habitual. En este sentido, sólo se requiere que la persona haya cruzado una frontera internacional.

---

<sup>180</sup>Véase la Declaración de Cartagena sobre Refugiados 1984 el artículo 5 que señala que puesto que la persona está huyendo de situaciones de riesgo no puede cumplir con los requisitos legales de entrada al país de acogida.

<sup>181</sup>Criterios que se siguen de la Convención de Ginebra y de la Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967*, 1 de enero de 1992, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2552> párrafos 65 y siguientes.

<sup>182</sup> De la Convención de Ginebra y siguiendo los criterios del *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967*, op. cit.

b. Temor fundado, siendo que es una condición subjetiva, se verifica al examinar las declaraciones de la persona y su comportamiento. Será considerado “fundado” cuando sea posible determinar que hay una posibilidad razonable de que esa persona tuviese que enfrentar algún tipo de daño a su regreso al país de origen o de residencia habitual.

c. Persecución, constituye en definitiva la violación, amenaza o daños a derechos humanos fundamentales (tanto de agentes estatales como no estatales).<sup>183</sup>

d. Motivos señalados en la Convención de Ginebra: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opinión política que constituyen un nexo causal entre la persecución y el temor fundado.

### **1.1.2 Exclusión**

Según lo señalado en los artículos 1D y 1E de la Convención de Ginebra las personas que no requieren protección internacional son:

D. “... las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados...”

E. “... a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país...”

Además de las personas excluidas de la protección internacional que menciona el artículo 1F como aquellas que se encuentren bajo los supuestos de haber cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, un delito grave común fuera del país de refugio y que sea culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

### **1.1.3 Cesación**

Ahora bien, el estatuto de refugiado, tal y como está establecido en el Derecho Internacional, es en principio un fenómeno transitorio que permanece mientras subsistan los motivos por los que una persona no puede regresar a su país de

---

<sup>183</sup> Véase Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, División de Protección Internacional Ginebra, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, Ginebra, ACNUR, 2010, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786>



origen. En este sentido, las cláusulas de cesación son señaladas en el artículo 1C de la Convención de Ginebra.

Las situaciones por las cuales el estatuto cesa pueden darse por un cambio en la situación personal del refugiado a través de sus propios actos. La Convención<sup>184</sup> establece que la misma cesará de ser aplicable cuando, sea el caso, que el refugiado se haya acogido de nuevo a la protección del país de su nacionalidad. Así como, las referidas a un cambio en las circunstancias objetivas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento del estatuto de refugiado.<sup>185</sup> Por ejemplo, durante las dictaduras militares en Sudamérica, miles de personas buscaron refugio en el extranjero; después del retorno a la democracia en la región, estas personas podían volver a su país de origen.

Sin embargo, aunque sea un fenómeno transitorio, también se dispone la posibilidad de la integración del refugiado a la sociedad de acogida, por lo cual el Estado debe garantizar el disfrute de sus derechos humanos a partir de políticas públicas.

Ahora bien, los criterios de inclusión y de exclusión presentan una constante evolución que nos permiten ampliar el concepto de refugiado y la incorporación de personas solicitantes de asilo. La definición de la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 extiende su protección a situaciones que contemplan cuando la vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión externa, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perpetrado gravemente el orden público.<sup>186</sup>

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Loor vs. Panamá establece que:

---

<sup>184</sup> Artículo 1C supuestos del 1 al 4 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

<sup>185</sup> Según lo establecido en el artículo 1C supuestos 5-6 entre ellos el haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado.

<sup>186</sup> Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, artículo 1.

“... los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales para así cumplir con las cambiantes necesidades del ser humano y para responder a las necesidades de protección de grupos en situación de vulnerabilidad”.<sup>187</sup>

Sin embargo, la protección internacional se ha concentrado en los refugiados. Sin considerar otros desafíos y escenarios del desplazamiento forzado como son: la persecución basada en la orientación sexual y/o identidad de género, los desplazamientos por desastres naturales, el cambio climático y los movimientos a raíz del crimen organizado transnacional. Entre ellos, cabe mencionar el caso de los migrantes que cruzan el mar Mediterráneo los cuales muestran necesidades de protección comunes con los refugiados que llegan de Siria. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes centroamericanos en tránsito hacia Estados Unidos huyen del crimen organizado y la violencia generalizada que viven en sus países de origen. Los cuales muestran necesidades de protección internacional, ya que, el reconocimiento de su calidad de refugiados podría salvarlos de la muerte. La mayoría de los niños que son deportados desde México a sus países de origen son ejecutados por pandillas o a manos del crimen organizado.<sup>188</sup>

En este sentido, señala François Crepeau, que hay dos vías de acceso a la protección internacional:

“...Hay dos categorías de personas de las que estamos hablando. Hay claramente refugiados – los sirios, eritreos, somalíes, afganos...- sabemos que están frenados y que no hay futuro para ellos donde están...”

---

<sup>187</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pfo. 85.

<sup>188</sup>Tal es el caso de los niños hondureños, que son devueltos a San Pedro Sula, Honduras uno de los países más violentos de América Latina, que presenta tasas de homicidios superiores a la media mundial estimada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) de 6.9 por cada 100,000 habitantes. En los últimos 16 años, se han registrado en el país 9,881 casos de ejecuciones arbitrarias y muertes violentas de NNA menores de 23 años, de las cuales, 767 entre enero y octubre de 2014. Véase a fondo: *Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Centro de Estudios sobre Género y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Hastings (CGRS) y el Programa de Migración y Asilo del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina, 2015.

El segundo grupo de personas que tenemos que abordar son los migrantes económicos, principalmente africanos subsaharianos que van a Europa, que también pueden tener necesidades de protección - llamados por ACNUR "flujos mixtos"- . También hay personas que pueden no tener necesidades de protección, pero que están desesperados buscando un futuro, ya que no pueden conseguir algún trabajo cerca de su país. Ellos cruzan el desierto del Sahara, son a menudo estafados y también rescatados. Se trata de una violenta travesía la que realizan para llegar a Libia y luego cruzar hacia Europa".<sup>189</sup>

Es decir, la necesidad de protección internacional no se reduce a los refugiados otros flujos migratorios, como los económicos, también presentan características propias que requieren atención por parte del Derecho Internacional. Sin embargo, por no cumplir con los criterios de las cláusulas de inclusión del estatuto del refugiado se ven excluidos de ella. Más aún:

"...Estas cláusulas de inclusión/exclusión se encuentran afectadas por un prejuicio liberal, pues suponen que es posible escindir la dimensión económica de la política... pero ¿cuán voluntaria puede ser la partida de una persona que vive muy por debajo de la línea de la pobreza y para la cual cruzar el mar supone que se cuadruple su esperanza de vida? ¿Es que acaso el pobre, el hambriento, el marginado, no teme fundamentalmente a morir en medio de la miseria abosulta?".<sup>190</sup>

De manera que, los límites entre el asilo y la protección debida a las personas migrantes se muestran difusos. La crisis de migración cuestiona los mecanismos internacionales y estatales de protección de la persona humana y recuerda lo señalado por Hanna Arendt:

"El mal surgió cuando se vio que las nuevas categorías de perseguidos eran demasiado numerosas para que se les atendiera mediante una práctica no oficial destinada a casos excepcionales. Además, la mayoría difícilmente podía estar calificada para el derecho de asilo..."<sup>191</sup>

Así las cosas, el derecho al asilo que se ha ido perfeccionando no sólo en el alcance del texto de la Convención de Ginebra, sino que su fuerza se completa al

---

<sup>189</sup> The Guardian, Australia, *UN's Francois Crepeau on refugee crisis: "instead of resisting migration, let's organise it"*, De Gabrielle Jackson, 22 de abril de 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-instead-of-resisting-migration-lets-organise-it>

<sup>190</sup> Penchaszadeh, Ana Paula, *Política y hospitalidad*, Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2014, p. 242-243.

<sup>191</sup> Arendt, Hanna, *"Los orígenes del totalitarismo"*, Taurus, España, 1998, p. 246.

señalar más responsabilidades de los Estados para su consecución, por ejemplo la obligación de no devolución reconocida a favor de cualquier extranjero cuya expulsión implique peligro a su vida.<sup>192</sup>

Así también, el principio de no devolución como garantía de los derechos humanos ha trascendido la esfera del DIR y aparece también con un significado análogo (aplicable a cualquier persona) en otros instrumentos generales de derechos humanos, en el artículo 22.8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En esta medida, los principios internacionales se han consolidado a favor de la protección de los movimientos migratorios.

## **2. Principios internacionales de derechos humanos en el contexto de la migración**

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) permite la disminución de las facultades soberanas y discrecionales del Estado sobre su población al marcar obligaciones concretas de trato. Es decir, la:

“...soberanía de los Estados se ha visto progresivamente cuestionada, o bien formalmente reducida o condicionada, especialmente en cuanto a uno de los principios que de ella derivan: el derecho a la no intromisión en asuntos internos”.<sup>193</sup>

De tal forma que, la normativa que conforma el DIDH ha establecido pautas y obligaciones que regulan la conducta de los Estados no sólo en el ámbito de las relaciones internacionales, sino especialmente respecto de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. El trato que los gobiernos dan a las personas que habitan en su territorio ya no es competencia exclusiva del Estado, sino de la Comunidad Internacional.

---

<sup>192</sup> Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafos 134 y 135.

<sup>193</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *Las políticas de admisión de inmigrantes. Miradas desde el Derecho Internacional y la Filosofía (Moral y Política)*, Buenos Aires, Argentina, Infoius, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2011, p.3.

Lo anterior en el entendido de que los derechos humanos se rigen por el principio de universalidad. Es decir, el Derecho Internacional garantiza derechos a cada individuo por el hecho de formar parte de la humanidad.

“... el derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad.”<sup>194</sup>

La universalidad de los derechos humanos es visible a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece la centralidad de la persona humana como concepto único y suficiente para el reconocimiento de la titularidad de todos los derechos que la integran. Además, ningún tratado de derechos humanos permite restringir los derechos de una persona con base en su situación migratoria.

“A excepción del derecho a la circulación y residencia, regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los demás derechos reconocidos en los tratados universales alcanzan a todas las personas sujetas a la jurisdicción de cada Estado parte, sin ninguna clase de discriminación –entre otros motivos, por la nacionalidad o la condición migratoria-”.<sup>195</sup>

## 2.1 Principio de no discriminación

La normativa internacional reconoce el principio de no discriminación en diversos instrumentos.<sup>196</sup> Dicho principio impone al Estado la prohibición de establecer, por acción u omisión, cualquier distinción, exclusión o preferencia en el ejercicio de los derechos humanos con base en alguno de estos motivos:

---

<sup>194</sup> Arendt, Hanna, “*Los orígenes del totalitarismo*”, *op. cit.*, p. 249.

<sup>195</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *Migraciones y derechos humanos. El rol del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de Naciones Unidas. Desafíos y Oportunidades en un escenario complejo*, Argentina, Infouis, Sistema argentino de información jurídica, pp.83-101, p. 89.

<sup>196</sup> En los artículos: 3 de la Convención de Ginebra de 1951, artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 de Convención de Derechos del Niño, artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales además de las Opiniones Consultivas 18/03 y 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“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.”<sup>197</sup>

Ahora bien, para identificar qué acción del Estado podría ser discriminatoria, es necesario observar primero si la realización de dicha medida conlleva efectivamente una restricción, exclusión o preferencia que menoscabe el reconocimiento y/o goce de un derecho humano. Así como, que exista un nexo entre la acción y el resultado procedente de la aplicación de los motivos prohibidos.

En el caso de los extranjeros, el Estado puede fijar criterios para su admisión en diversas razones como en su origen étnico, nacionalidad, religión, entre otros. Si bien, el principio de no discriminación no significa que toda distinción basada en uno de esos motivos sea automáticamente una violación de derechos humanos, sí establece una fuerte presunción sobre la ilegitimidad de estas acciones. Esto no quiere decir que el Estado no pueda establecer distinciones válidas entre nacionales y extranjeros, dicha distinción debe cumplir con un criterio de razonabilidad, es decir, que la relación entre medios y fines perseguidos en el objeto de la medida no sea arbitrario.

Dichos parámetros respecto al principio de no discriminación son establecidos en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *La condición jurídica de los migrantes indocumentados*. La Corte<sup>198</sup> parte del análisis respecto de la privación de los derechos laborales de trabajadores migrantes irregulares para llegar a la conclusión de que la discriminación en razón del estatus migratorio de los trabajadores es violatoria de sus derechos humanos. En este sentido, nacionalidad y condición migratoria son categorías sospechosas o motivos prohibidos de discriminación. Además establece la obligación de los

---

<sup>197</sup>Tal como lo establece la definición de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 1. Conocidos en la doctrina como motivos prohibidos.

<sup>198</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, septiembre de 2003.

Estados de aplicar los principios de igualdad y no discriminación a las personas migrantes.

Es decir, que:

“El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”.<sup>199</sup>

“...el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio... ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”.<sup>200</sup>

En el caso de las personas migrantes no puede establecerse discriminación alguna en el reconocimiento y goce de los derechos humanos con base en su situación migratoria.<sup>201</sup> Excepcionalmente, a fin de evitar que una distinción legítima pueda transformarse en una violación del principio de no discriminación, los Estados deben justificar que un trato diferente entre inmigrantes irregulares y regulares es razonable, objetivo, no discriminatorio, proporcional y no lesivo de los derechos humanos.

“... Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados... Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, *op. cit.*; párrafo 88.

<sup>200</sup>*Ibidem*, pfo. 101 y resolutivo núm. 4.

<sup>201</sup> Ningún tratado internacional de derechos humanos distingue entre migrantes regulares o irregulares en el goce de derechos.

<sup>202</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, *op. cit.*, pfo. 119.

En este sentido, la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general. Además de abstenerse de discriminar, los Estados deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de derechos. Dichas obligaciones dependen, como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la adopción de medidas legislativas, políticas, planes, estrategias, recursos, rendición de cuentas, supervisión, indicadores y elementos de comparación.<sup>203</sup> Entre ellas podemos señalar:

1. Abstención de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*.
2. Adopción de medidas positivas para prevenir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en perjuicio de un determinado grupo de personas. Lo anterior incluye a particulares que, con tolerancia o aquiescencia del Estado, creen, mantengan o favorezcan prácticas discriminatorias.
3. Mandato de hacer distinciones objetivas y razonables sólo cuando están de acuerdo con los derechos humanos y el principio *pro persona*.
4. Respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, incluido el estatus migratorio de las personas.<sup>204</sup>

Ahora bien, como excepciones al principio de no discriminación en el trato a los extranjeros están primeramente el derecho a la libre circulación y el ejercicio de derechos políticos.<sup>205</sup> En cuanto al ejercicio de los derechos políticos la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 establece el derecho de las personas a participar en la vida política de *su* país.

---

<sup>203</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), IV, aplicación en el plano nacional.

<sup>204</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México, D. F., septiembre de 2013, pp. 40-41.

<sup>205</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 y artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.



En este sentido, se han desarrollado alcances del principio de no discriminación. La Recomendación General No. 30 (2004) del Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial sobre *La discriminación contra los no ciudadanos* reconoce que:

“Los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Aunque algunos de esos derechos, como el derecho de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todos”.<sup>206</sup>

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 15 sobre la *Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto* establece el deber de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y están sujetos a su jurisdicción, y que la norma general es que:

“Se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros”.<sup>207</sup>

De manera que a partir de la consolidación del principio de no discriminación se han desarrollado otros estándares internacionales que inciden en la protección de las personas migrantes. Entre ellos, las garantías del debido proceso en casos de

---

<sup>206</sup>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos*, Recomendación General N° 30, 65 período de sesiones, 2004, responsabilidades de los Estados, punto 3. Véanse también las recomendaciones: *Recomendación No. 30 sobre el seguimiento del Plan de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia y la recomendación No. 35 dedicada a la Lucha contra el discurso de odio racista 2013*.

<sup>207</sup>Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27° período de sesiones (1986) Observación General N° 15, punto 1 y 2.

detención y expulsión de extranjeros;<sup>208</sup> el derecho a la libertad personal y no detención;<sup>209</sup> el derecho a la nacionalidad y personalidad jurídica.<sup>210</sup>

## 2.2 Unión familiar

La mayoría de las personas migrantes salen de su país en busca de mejores condiciones de vida, sin embargo, muchos otros también migran para reunirse con sus familiares sobretodo en el caso de niños (acompañados y no acompañados).<sup>211</sup> En estas situaciones el Estado debe garantizar el principio de unión familiar privilegiando el interés superior del niño.

Los niños migrantes se encuentran protegidos por tres normas internacionales: La Convención de Derechos del Niño, la Convención sobre los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y los Convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil. En esta materia los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales: no discriminación, interés superior del niño, supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento

---

<sup>208</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, No. 72, párrafo 124; caso *Ivcher Brostein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, No. 74, párrafo 102. “...el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”.

<sup>209</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, Organización de Estados Americanos, 30 de diciembre de 2010.

<sup>210</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafos 137 y 156: “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población.”

<sup>211</sup> En el caso de Estados Unidos y México los flujos de repatriación crecieron desde 1995 hasta alcanzar más de un millón en los años 2000 y 2001, mientras que el de niños, niñas y adolescentes rebasaba los cien mil. Después vino una estabilizaron de 2003 a 2009, con un número de eventos de entre 525 mil y 600 mil anuales, y a partir de 2010 se ha mantenido esa tendencia, hasta que volvió a incrementarse en 2013 y 2014. Datos del informe *Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Centro de Estudios sobre Género y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Hastings (CGRS) y el Programa de Migración y Asilo del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina, 2015.

judicial o administrativo, que señala la Convención de Derechos del Niño en la implementación de leyes, políticas o prácticas nacionales.<sup>212</sup>

Además, la Convención contiene disposiciones referidas específicamente a la niñez en el contexto de la migración y el asilo, entre ellas: la protección contra la separación familiar; (artículo 9) el derecho a la reunificación familiar; (artículo 10) y el derecho al asilo, (artículo 22). Asimismo, en la Observación General No. 6 del Comité de Derechos del Niño, sobre el *Tratamiento de niños no acompañados fuera de su país de origen*, donde establece que:

“Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión”.<sup>213</sup>

Sin embargo:

“Es común que cuando se detiene a niños migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar... el interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, antes que a la detención de la familia, al mandamiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.”<sup>214</sup>

En este sentido, la Opinión Consultiva 21/2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *Derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y la necesidad de protección internacional* consolida principios y garantías favor de este grupo en situación de vulnerabilidad, tales

---

<sup>212</sup>Ortega Velázquez, Elisa, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, pp.194-196.

<sup>213</sup>Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño*, Centro de Investigaciones de UNICEF, Florencia, Italia, 2006, p. 67.

<sup>214</sup>Ortega Velázquez, Elisa, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”, *op. cit*; p. 210.

como, el debido proceso y la no privación de la libertad por su situación migratoria, en cuanto a la reunificación familiar, la Corte señala:

“Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño... los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño”.<sup>215</sup>

Además:

“En los procedimientos migratorios los Estados tienen la obligación de valorar y ponderar la protección de la unidad familiar y determinar en cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos padres, no conlleve a una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño y contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria”.<sup>216</sup>

“El artículo 17 de la Convención Americana, así como el artículo VI de la Declaración Americana, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia”.<sup>217</sup>

El desarrollo que hace la Corte en particular de las obligaciones estatales de no devolución, no detención o privación de la libertad por condición migratoria son límites de actuación en procesos migratorios que favorecen la protección de las personas migrantes no sólo los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el Estado debe permitir la entrada de menores que busquen la reunificación familiar

---

<sup>215</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, Opinión Consultiva 21/2014, de 19 de agosto de 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, opinión número 13.

<sup>216</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, *op. cit.*, p. 264.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pfo. 264

así como evitar la expulsión de aquellos que se verían separados de sus familias. Ya que el disfrute efectivo del derecho a la unión familiar garantiza la integración de los migrantes a la sociedad de acogida.

“El reconocimiento de la familia como elemento fundamental de la sociedad y el Estado constituye un principio esencial del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional de los refugiados. La separación de los niños, niñas y adolescentes de su núcleo familiar es especialmente delicada, por lo que sólo debe realizarse bajo una justificación clara y con una duración temporal; tan pronto lo permitan las circunstancias, ellos o ellas deben ser devueltos a su entorno familiar”.<sup>218</sup>

### **2.3 No devolución**

Entre los principios por los cuales el Estado ve limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros, el principio de no devolución (*non refoulement*) en el caso de los refugiados, es ya una obligación internacional que establecida en la Convención de Ginebra se ha consolidado como eje rector en la materia.

“Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.<sup>219</sup>

Sin embargo, es una obligación que ha trascendido el campo del derecho al asilo ya que aparece con un sentido análogo en otros instrumentos de derechos humanos aplicables a cualquier persona, por ejemplo, en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Además de incluirse en estos tratados, la no devolución puede ser invocada por cualquier persona, incluso migrantes irregulares, tal como lo estableció la Corte Interamericana en el caso de la Familia Pacheco Trineo vs. Estado Plurinacional

---

<sup>218</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, op. cit., p. 49.

<sup>219</sup> Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33.

de Bolivia. Al reconocer el derecho de cualquier persona extranjera a la no devolución indebida.<sup>220</sup>

“El principio de no devolución no se aplica únicamente a casos de solicitantes de asilo, sino que, al estar íntimamente ligado a la protección del derecho a la vida y a la integridad física, rige para cualquier persona que, por el motivo que fuere, pueda ver afectados esos derechos básicos en caso que sea remitido a su país de origen. A su vez, este principio no tiene limitaciones geográficas, se debe respetar por las autoridades de un Estado allá donde ejercen su jurisdicción, sin perjuicio del territorio en que los actos se ejecuten”.<sup>221</sup>

Así también, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General No. 6<sup>222</sup> señala el respeto al principio de no devolución a favor de menores no acompañados. De manera que podemos afirmar que el principio de no devolución se hace extensivo a cualquier decisión del Estado que implique la expulsión y el retorno a su país de origen de una persona aun sí no cuenta con el carácter de refugiado.

De este modo, los alcances y desarrollo del principio de no devolución se nos muestran como un eje de convergencia entre el derecho de asilo y el fenómeno migratorio. Recapitulando, éste principio en conjunción con los principios *pro homine*, *favor libertatis*, no discriminación y unificación familiar permiten excepciones a la entrada y salida de extranjeros al limitar el derecho discrecional del Estado de expulsión de extranjeros.

Sin embargo, estos principios contribuyen sólo en una arista del fenómeno migratorio. Los refugiados o los niños, niñas y adolescentes migrantes son sólo una parte de las personas que necesitan protección internacional y dependen de

---

<sup>220</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *op. cit.*; pfo. 135. “...es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”.

<sup>221</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Sur, revista internacional de derechos humanos*, Sao Pablo, Brasil, año 6, número 10, junio 2009, p. 193.

<sup>222</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General, número 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, septiembre de 2005, párrafos 26 y 27.

que la actuación del Estado a su favor. En el caso del refugio, la discrecionalidad del Estado se manifiesta a la entrada al territorio y en el derecho a la unión familiar a la salida, en ambas decisiones hay principios internacionales en juego.

Es decir, del análisis y reflexión de los principios en juego, podemos observar que tanto migrantes económicos como refugiados salen para hacer frente a diversas circunstancias en sus países de origen que no les permiten el disfrute de sus derechos humanos. En este sentido nos recuerda Mezzadra:

“...debería proponerse, en primer lugar, poner de relieve las determinaciones subjetivas que están en su origen, las demandas que son llevadas adelante por los migrantes. Se puede decir que lo que unifica, en un nivel de abstracción elevado, los comportamientos de las mujeres y los hombres que optan por la migración, son la reivindicación y el ejercicio práctico del derecho de fuga...”<sup>223</sup>.

Además:

“Las normas internacionales, los estándares y los principios básicos del derecho internacional de derechos humanos (como el *non refoulement*), indican con toda nitidez que los Estados deben cumplir estos deberes, sin excepción, en cualquier circunstancia y lugar en que una persona se encuentre bajo su jurisdicción”.<sup>224</sup>

En suma, los principios y estándares internacionales mencionados implican obligaciones para el Estado. Sin embargo, ¿Cómo fundamentar un derecho de fuga, derecho a migrar, desde el Derecho Internacional?

### **3. El derecho a migrar en el Derecho Internacional**

#### **3.1 Sentido y alcance**

La libre circulación es un derecho que reconoce el Derecho Internacional, mismo que, de una primera lectura se comprende sin restricciones. La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 13:

---

<sup>223</sup> Mezzadra, Sandro, *El derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, España, Mapas, Traficantes de Sueños, 2005, p. 108.

<sup>224</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *op. cit.* p. 195.

“... toda persona tiene derecho a salir de cualquier, país, incluso del propio, y a regresar a su país...”

Si bien indica al sujeto activo del derecho: *toda persona* no contempla al sujeto pasivo, *el Estado*, quien tendría la obligación de permitir la entrada. Si toda persona tiene derecho a salir también lo tendría de manera lógica a entrar a algún territorio. Entonces el Derecho Internacional concede la libertad de salir pero la entrada se encuentra en manos soberanas del Estado.

Así que la pregunta que se hacen los Estados es: ¿A quién dejamos pasar?<sup>225</sup> La respuesta se encuentra comprendida entre sus facultades discrecionales. Los criterios de selección para permitir la entrada son establecidos desde el Derecho de Extranjería. Mismo que también establece criterios de exclusión basados principalmente en la soberanía nacional y seguridad o salud pública. De tal manera que, la entrada al territorio nacional es una facultad excepcionalmente permitida por el Estado.

Sin embargo, sobre estos criterios de exclusión intervienen principios de Derecho Internacional, cuya formulación debemos entender como guía para el comportamiento de los Estados. Como ya indicamos, en el caso de las llamadas migraciones “forzadas”, asilo y refugio, los criterios que permiten la entrada del solicitante de asilo al Estado de acogida implican una demanda moral<sup>226</sup> que radica en el hecho de que la llegada de refugiados nos compromete directa e inmediatamente con su destino, dado que la persecución de la que son objeto es un peligro manifiesto para su vida y por tanto la Comunidad Internacional tiene el deber de no devolución. Otro argumento moral que permite la entrada al territorio estatal es el de reunificación familiar. Si bien, estos principios no han alcanzado el carácter de *ius cogens*, es decir, de observación obligatoria por parte de los Estados tal como el principio de no discriminación su desarrollo en la normativa

---

<sup>225</sup> Cfr. Carens, Joseph, Inmigración y Justicia. ¿A quién dejamos pasar?, *ISEGORIA, Revista de Filosofía Moral y Política*, 26, Madrid: Instituto de filosofía del CSIC, 2002.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 22.



internacional implica que estos flujos migratorios son aceptados por el Estado aunque no sean deseados.

Ahora bien, insistimos ¿qué permitiría fundamentar un derecho más amplio a migrar, no sólo por razones de refugio o unión familiar? Un primer argumento se encuentra en la formulación del *ius migrandi*, por Francisco de Vitoria,<sup>227</sup> en razón de la sociedad y comunicación natural entre todos los pueblos del mundo, *ius communicationis*, que permite: la libre circulación de las personas, la entrada como un deber de hospitalidad, el establecimiento pacífico de los migrantes, el desarrollo del comercio y el acceso a la ciudadanía, derecho entendido como patrimonio de la humanidad.

Dicho patrimonio de la humanidad comprende bienes comunes como: la tierra, la luna, el espacio aéreo o el mar de los cuales participa la Comunidad Internacional. Así, por ejemplo, el régimen del Derecho del Mar, antes cerrado y distribuido por soberanías estatales, ahora es libre y ordenado. En el caso de la tierra, como bien común de la humanidad, la libre circulación estaría implícita a favor de cualquier persona.<sup>228</sup>

Ahora bien, si apuntamos a una interpretación más amplia de la libre circulación establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos llegaremos a la conclusión de Velasco:

“... en estricta lógica jurídica, el deber de acogida está implícito, pues cuando se reconoce un derecho se adquiere también la obligación de no impedir su realización...”<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> Véase Francisco de Vitoria, *Reelecciones de indias*, México, Porrúa, 1974, Tercera parte, títulos legítimos por los que los bárbaros pudieron venir a poder de los españoles, donde formula el *ius migrandi*. “Sino les fuera lícito a los españoles viajar a sus territorios, esto sería por derecho natural o por derecho divino o por derecho humano. Por derecho natural y por derecho divino ciertamente es lícito”, p. 132.

<sup>228</sup> “Al principio del mundo, siendo todas las cosas comunes, a cualquiera le estaba permitido dirigirse y recorrer las regiones que quisiera” Francisco de Vitoria, *Reelecciones de indias*, *op. cit.* p.130.

<sup>229</sup> Velasco, Juan Carlos, Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global, *Revista ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Madrid: CSIC, vol. 188-755, mayo-junio 2012, p. 459.

Así las cosas, aunque el Estado no establezca un deber de acogida y limite la entrada de las personas recibe migración no deseada, como indica Joppke,<sup>230</sup> misma que refleja el poco control efectivo de los movimientos migratorios. Dicha migración es aceptada y es en éste sentido que Benhabib<sup>231</sup> considera necesaria una membresía cosmoplita justa que reconozca el derecho moral de los refugiados y asilados a una primera admisión; un régimen de fronteras porosas para los inmigrantes; un mandato contra la desnacionalización y la pérdida de derechos de ciudadanía y la reivindicación del derecho de todo ser humano “a tener derechos”.

Así también, un fundamento del derecho a migrar se encuentra favorecido desde la de integración de las personas migrantes. De Lucas<sup>232</sup> considera ciertos mínimos en las políticas de migración que incluyen el derecho a la libre circulación.

También, el desarrollo de estándares de protección de los migrantes ha contribuido a perfeccionar dicho posible derecho a migrar. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Trabajadores migratorios y sus familias es el marco jurídico que crea un mínimo internacional en la materia, en el sentido de regular la migración desde la perspectiva de los trabajadores.

Asimismo, la ya mencionada Opinión Consultiva OC-18/03, que refiere a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, reconoce los principios de igualdad y no discriminación como derechos universalmente válidos; que están sometidos al reconocimiento y respeto de los derechos humanos, sin discriminación alguna en contra de nadie, sea nacional o extranjero y éste regular o irregularmente en territorio extranjero. Es decir, todos los Estados tienen el

---

<sup>230</sup> Cfr. Joppke, Christian, *Inmigration and the Nation State*, op. cit.

<sup>231</sup> Cfr. Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit; p. 12.

<sup>232</sup> De Lucas Martín, Javier, “Por qué no son prioritarios los derechos humanos en las políticas de inmigración.” *VII Jornadas Migraciones y Solidaridad*, Murcia, 3-7 de julio, 2002, p. 25. Y De Lucas, Javier, *El modelo europeo de Políticas Migratorias: Razones de un fracaso y propuestas de reforma*, op. cit.

deber de respetar la dignidad de la persona, sin que constituya una excepción a ello el estatus migratorio.

Sin embargo, ¿cuáles son los deberes que tiene el Estado respecto a esta libertad de circulación? Desde las propuestas mencionadas consideramos que el mínimo es de *hospitalidad* en un lenguaje Vitoriano o en palabras de Kant,<sup>233</sup> como nadie tiene originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra, el derecho de visita implica que el Estado permita la entrada y por tanto el derecho a migrar.

En suma, el desarrollo jurisprudencial del posible derecho a migrar es reciente y focalizado a grupos específicos de migrantes y de los derechos a los cuales tendrían acceso a partir de su estatus migratorio. Empero, no se ha conseguido el reconocimiento de la inmigración como un derecho por parte de los Estados.

## **3.2 Contenido**

### **3.2.1 Derecho a no migrar**

La formulación del derecho a migrar hecha por Francisco de Vitoria<sup>234</sup> incluye los derechos: a ingresar al territorio estatal, a establecerse pacíficamente, a ejercer el comercio, incluso a acceder a la ciudadanía. A partir de estos postulados y dado que migrar no sólo implica la salida del territorio, sino otras facetas, podemos señalar un contenido posible al derecho a migrar: el derecho a no migrar, a salir del país, al tránsito seguro, el ingreso a otro país, a permanecer temporal o definitivamente y a un retorno adecuado. Si bien, unos se han señalado sólo desde la doctrina y otros desde el Derecho Internacional, todos corresponden al tipo ideal.

El contenido del derecho a migrar se encuentra condicionado por el régimen de los extranjeros formulado por el Estado. (Señalado en el capítulo I) En primer lugar,

---

<sup>233</sup>Véase, Kant, Immanuel, *La paz perpetua*.

<sup>234</sup> Francisco de Vitoria, *Reelecciones de indias*, pp. 127-150.

señalaremos el derecho a no migrar. Si la voluntad es un criterio para separar los movimientos migratorios en forzados y económicos, entonces, este mismo criterio nos condiciona a proponer el correlativo derecho a no migrar. Es decir, si atendemos a las causas estructurales de la migración el derecho al desarrollo es el objetivo que se persigue al no migrar.

Este objetivo se refleja en la normativa internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 observa que toda persona tiene derecho a obtener:

"la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"

Y enseguida el artículo 25:

"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

Mientras que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma en su artículo 11 que los Estados partes:

"reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora constante de las condiciones de existencia"; además reconoce: "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre".

Asimismo la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo señala:

"El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él".<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Artículo 1, párrafo 1.

En este sentido, el derecho al desarrollo no sólo corresponde a estos enunciados, sino que, se caracteriza por ser un derecho humano con todas sus propiedades y como tal universal e inalienable. Podemos considerarlo un derecho totalizador o derecho-síntesis que engloba los restantes derechos humanos. En el caso de la migración la pobreza extrema impide el disfrute de éste y de todos los restantes derechos humanos.<sup>236</sup>

Ahora bien, el Estado debe contar con medidas, políticas y prácticas que garanticen el derecho al desarrollo. Tal como señala el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3<sup>237</sup> las cuales deben desarrollarse hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado, de manera progresiva y en constante revisión de la normativa estatal.

El sentido de la Declaración y de la interpretación del Comité muestran la necesaria relación entre migración y desarrollo.

“La necesidad de integrar el análisis de las políticas de migración y desarrollo se apoya en el carácter indivisible y universal de los derechos humanos –todos los seres humanos tienen derechos humanos en todo lugar– para los migrantes, tanto en los países de origen como en los países de destino”.<sup>238</sup>

Es decir, para las personas migrantes contar con la opción de quedarse en el país de origen es también un derecho.

### **3.2.2 Derecho a salir**

La principal libertad del derecho a migrar se encuentra en la salida del Estado. Como señala Chueca:

---

<sup>236</sup> Cfr. Chueca, Sancho, Ángel G., “Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo” *Eikasia. Revista de Filosofía*, España, núm. 8, enero 2007, <http://www.revistadefilosofia.org>

<sup>237</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes, Artículo 11[2]*, Observación General 3, 1990.

<sup>238</sup> Gzesh, Susan, “Una redefinición de la migración forzada con base en los derechos humanos”, *op. cit.*; p. 103.

“Supone que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo el planeta. En realidad, tiene dos vertientes porque supone el derecho a salir del territorio de un Estado (emigrar) y el derecho a entrar en el territorio de otro Estado (inmigrar)”.<sup>239</sup>

En este sentido, la libertad de circulación tiene su principal fundamento<sup>240</sup> en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su segunda parte indica: *Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*, haciendo una interpretación extensiva, *cualquier país*, no se limita al Estado del cual una persona sea nacional o residente. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas en su Observación General No. 27, comenta que el derecho “*a entrar en su propio país*”, plasmado en el párrafo cuarto del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, comprende el derecho a permanecer en el país, o sea, el derecho a establecer residencia en éste. La Observación señala, además, que el concepto de “propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”.<sup>241</sup>

Dentro del derecho a salir de cualquier país se incluye el derecho a un documento de viaje, el Comité aclara, que dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente junto con el derecho de la persona a determinar el Estado de destino que es parte de la garantía jurídica.

Además, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla que pueden existir restricciones a la libre circulación y el derecho a salir de un país, siempre y cuando:

1. Las restricciones estén previstas en la ley, conforme a la Observación General No. 27 del Comité de Derechos de Naciones Unidas (1999), las leyes que

---

<sup>239</sup> Chueca Sancho, Ángel, “Contenido y Límites del ius migrandi”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, núm. 2, año 2013, p. 4.

<sup>240</sup> La Convención de derechos de los trabajadores migrantes y sus familias contempla el derecho a salir en su 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”.

<sup>241</sup> Comité de Derechos Humanos, *La libertad de circulación (artículo 12)*, Observación General 27, 67° período de sesiones, 1999, pfo. 19.

autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad.

2. Sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, o los derechos o libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el pacto.

Así las cosas, y apoyándonos en este análisis internacional del alcance de la libertad de circulación podemos afirmar que salir de un Estado es un derecho positivo que necesita de la consecuente aceptación de los Estados receptores de esta migración, al adoptar en sus ordenamientos internos criterios de entrada en base al pleno respecto de los derechos humanos. En este sentido, la libertad de circulación es un derecho de libre opción. Esto es:

“Son derechos de libre opción es decir, el individuo tiene la capacidad de optar por su disfrute efectivo o por abstenerse del mismo”.<sup>242</sup>

### **3.2.3 Tránsito seguro**

El tránsito que realizan las personas migrantes del Estado de origen al Estado de destino no siempre es inmediato, es decir, los migrantes atraviesan diversas fronteras internacionales por donde se controla la entrada al Estado. Históricamente la función de las fronteras se limita a permitir el acceso al territorio estatal como punto de cruce internacional. Sin embargo, ahora nos enfrentamos al hecho de que las políticas y prácticas migratorias de algunos Estados amplían su control migratorio más allá de sus fronteras. Cabe mencionar las medidas que realizan fuerzas de seguridad de países de destino migratorio en aguas internacionales, en aguas territoriales de otros Estados, o incluso dentro de otros países (de los cuales salen migrantes, sea como país de origen o de tránsito).

Algunos de estos programas han ido conformando un proceso de externalización del control migratorio.<sup>243</sup> Mismo que supone la transformación del sentido jurídico

---

<sup>242</sup> Chueca Sancho, Ángel, “Contenido y Límites del ius migrandi”, *op. cit.*; pp-4-5.

de las fronteras. Así por ejemplo, en el ámbito europeo, se ha desarrollado crecientemente una serie de iniciativas dirigidas a controlar la migración proveniente de países del norte y oeste de África para incrementar la eficacia del control migratorio. Estos dispositivos han sido elaborados e implementados de manera unilateral o bien a través de convenios bilaterales firmados entre países europeos y africanos con el objetivo de frenar la migración.<sup>244</sup>

Varios de estos países, considerados Estados tapón, como Libia, Marruecos, México, Serbia, Turquía entre otros, han profundizado de manera considerable los dispositivos de control de la movilidad mediante convenios de colaboración con países de destino de diversa índole (comercio, cooperación al desarrollo, agendas regionales de seguridad, etc).<sup>245</sup>

Dichos controles implican mayores barreras impuestas a lo largo de todo el proceso migratorio, con especial intensidad en el tránsito, nos llevan a cuestionar la falsa idea de qué jurisdicción corresponde a territorio.<sup>246</sup> Si bien, la actuación del Estado abarca a las personas bajo su jurisdicción.

“Las obligaciones de derechos humanos no se refieren únicamente a las acciones que realice un Estado en su territorio, sino que alude a la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a una persona mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del lugar donde ello ocurra”.<sup>247</sup>

En este sentido, el control migratorio se observa en todo el ámbito jurisdiccional del Estado tanto al exterior e interior del mismo.

---

<sup>243</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *op. cit.* 180.

<sup>244</sup> Acuerdos bilaterales de readmisión entre España e Italia con países africanos; iniciativas euroafricanas sobre migración y desarrollo; la política europea de vecindad (PEv); el sistema de identificación dactilar EURODAC; el reforzamiento de vallas fronterizas terrestres (Ceuta y Melilla); desde 2007, las acciones de la European Patrol Network (EPN) en el Mediterráneo y el Atlántico; los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras (RABIT).

<sup>245</sup> En el caso de México véase el Plan de Frontera Sur en cooperación con el gobierno de Estados Unidos.

<sup>246</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *op. cit.* 189.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 191.



De manera que el derecho a un tránsito seguro, es responsabilidad conjunta de los Estados de origen y destino, el cual debe comprender el respeto a la no detención y la no criminalización de la migración. Son pocos los desarrollos jurisprudenciales en este ámbito, empero la Observación No. 26 sobre Trabajadoras Migratorias, del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>248</sup> señala como responsabilidades específicas de los países de origen para facilitar el tránsito:

- Eliminar las prohibiciones o restricciones discriminatorias sobre la migración.
- Normalización del contenido de los programas de educación, concienciación y capacitación para el trabajo en los estados de destino.
- El acceso a documentos de viaje.
- Asistencia jurídica y administrativa.
- Protección de las remesas de ingresos.
- Facilitación del ejercicio del derecho a regresar: los Estados Partes deben velar por que las mujeres que deseen regresar a sus países de origen puedan hacerlo sin coerción ni abusos; los Estados Partes deben establecer o supervisar el funcionamiento de servicios de asesoramiento socioeconómico, psicológico y jurídico, para facilitar la reintegración de las mujeres que han regresado a sus países de origen.

### **3.2.4 Derecho a ingresar**

En el actual desarrollo del Derecho Internacional el derecho a migrar sólo está garantizado en favor de la libertad de circulación ya que la entrada no es una obligación de los Estados. Es decir, la Declaración Universal guarda silencio sobre la obligación de los Estados de permitir el ingreso de inmigrantes y el acceso a la ciudadanía a residentes y extranjeros. Estos derechos no tienen destinatarios

---

<sup>248</sup>Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, *trabajadoras migratorias*, Observación número 26.

específicos y no establecen obligaciones concretas que deban cumplir las partes implicadas.<sup>249</sup>

Así, las políticas migratorias de los Estados continúan con un enfoque de control soberano que impide el reconocimiento del derecho a migrar. En otras palabras:

“El común referente normativo sobre el derecho a la libre circulación... es usual o parcialmente ignorado en las políticas estatales, siendo asociado únicamente al derecho a emigrar, y no al de inmigrar... se alega que no hay un “derecho a entrar” a otro país. Al respecto, se subraya que en tanto los Estados, escudados tras el principio de soberanía, buscan seguir controlando libremente sus fronteras... se produce “una crisis moral: la emigración está ampliamente considerada como un tema de los derechos humanos (asilo, no rechazo), mientras que la inmigración se considera como un tema de soberanía nacional (entrada, residencia)”.<sup>250</sup>

En este sentido, tanto la entrada como la salida se ven condicionadas por decisiones soberanas. Así como hay criterios que la facilitan y otros que plantean dificultades, como ya los mencionados por Asis, regularmente las fronteras materializan el derecho de los Estados de ordenar la migración. Sin embargo, si atendemos a la migración irregular, descubrimos que las fronteras no son líneas infranqueables sino porosas. Por lo tanto aunque el Estado no garantice el derecho a migrar la entrada a su territorio es un hecho.

### **3.2.5 Derecho a permanecer**

Ahora bien, el proyecto migratorio no termina con la entrada al Estado de acogida o con el trabajo temporal, dado el caso, incluye la integración a la sociedad receptora misma que depende de las políticas de acceso a derechos que desarrolle el Estado.

Estas políticas, dependen en gran medida de las categorías o criterios de residencia que establezcan la posibilidad de regularización migratoria e incluso del acceso a la ciudadanía. Así, el derecho a permanecer se encuentra condicionado

---

<sup>249</sup> Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit. p. 16.

<sup>250</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, op. cit; pp. 203 y 204.

con las pautas que determinan: quién puede quedarse en un territorio, cómo puede quedarse, para qué, hasta cuándo, y eventualmente, por qué debe irse o ser expulsado de ese territorio.

Además, el Estado enfrenta otras obligaciones con la estancia de los extranjeros en su territorio que implican el derecho a trabajar, a formarse y a vivir en el Estado en él que una persona haya decidido permanecer y desarrollarse. Siempre que sea de forma pacífica entendida como tener al menos cierto grado de integración que supone la no conversión de las zonas donde habiten los extranjeros en guetos, en zonas marginadas o automarginadas.<sup>251</sup>

Dentro de las obligaciones del Estado a partir de la residencia estable se encuentra el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales de los extranjeros, empezando por el acceso a servicios de salud y educación.

Este aspecto del derecho a migrar implica hacer un cambio en la percepción del Estado hacia el migrante que no sólo es un trabajador invitado o un visitante sino que puede llegar a ser un posible vecino o *residente*. Y aquí hallamos la palabra clave de la mano de De Lucas,<sup>252</sup> quién nos recuerda que los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional son vividos y ejercidos plenamente sólo en el ámbito estatal dado que son otorgados en base al vínculo de la ciudadanía.

En este sentido, la ciudadanía debemos entenderla como el derecho a tener derechos, aquellos que no son nacionales del país en que *residen* no disfrutan de los mismos. De manera que las personas migrantes se hallan ante la paradoja de ser ciudadanos de un Estado con plenos derechos donde no residen pero donde residen no gozan de derechos. Entonces el vínculo de la nacionalidad condicionado por el territorio y que une a la población con el Estado se ha desdibujado por los movimientos migratorios y en razón de lo anterior va la

---

<sup>251</sup> Chueca Sancho, Ángel, "Contenido y Límites del *ius migrandi*", *op. cit.* p. 6.

<sup>252</sup> Cfr. De Lucas Martín, Javier, *La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes*, cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 13, España, 2006.

propuesta de De Lucas<sup>253</sup> para repensar el término y superar la dimensión jurídica de la ciudadanía al ampliar el criterio de adjudicación de derechos a la residencia estable en una comunidad política.

“La ciudadanía, por su lado, debe desprenderse de su contenido en términos de nacionalidad, para acercarse a toda persona que integra (habita) en una misma sociedad, en un mismo lugar, independientemente de su lugar de nacimiento, origen nacional o condición migratoria”.<sup>254</sup>

### 3.2.6 Retorno adecuado

Finalmente, el retorno es un derecho poco contemplado por la normativa internacional. Puesto que corresponde al desarrollo de políticas públicas implementadas en el país de origen, a fin de asegurar que el regreso de sus nacionales sea en condiciones adecuadas, desde una perspectiva de derechos.

El proyecto migratorio puede incluir una estancia temporal o definitiva en el Estado de acogida pero también el retorno. Salvando la expulsión el retorno debe ser voluntario. Para que el regreso se produzca, será necesario crear condiciones de vida dignas, cosa que no siempre sucede. Porque en numerosas ocasiones surgen obstáculos a veces políticos y en ocasiones económicos.<sup>255</sup>

El retorno también evidencia los vínculos entre las sociedades de origen y destino que se observan, por ejemplo, en las remesas que envían nacionales en el extranjero las cuales se convierten en un factor de desarrollo.<sup>256</sup> La Convención sobre derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias considera que:

---

<sup>253</sup> Cfr. De Lucas Martín, Javier, *La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes*, *op. cit.*

<sup>254</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *Las políticas de admisión de inmigrantes. Miradas desde el Derecho Internacional y la Filosofía (Moral y Política)* *op. cit.*, p. 24.

<sup>255</sup> Cfr. Chueca Sancho, Ángel, “Contenido y Límites del *ius migrandi*”, *op. cit.*

<sup>256</sup> 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 dólares. Medida en tasa anual, esta cifra resulta superior en un 7.8% a la registrada 2013. Datos del Instituto de los Mexicanos en el Exterior, <http://www.ime.gob.mx/es/remesas>

“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”.<sup>257</sup>

En este sentido, es necesario facilitar el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes y sus familias, a través de programas interinstitucionales y de reforzar los vínculos entre las comunidades de origen y destino de la emigración, en provecho del bienestar familiar y del desarrollo regional y nacional. Este derecho se encuentra contemplado y más desarrollado en favor de los refugiados dado que al terminar la amenaza en sus países de origen, el retorno es un derecho. Ahora bien, de manera extensa puede considerarse a favor de todas las personas migrantes que regresan a sus países de origen.

Para concluir, el contenido del derecho a migrar encuentra límites. Se proponen los siguientes:

“1. Seguridad nacional, seguridad pública y el orden público. Por ejemplo las restricciones de acceso al territorio nacional de extranjeros que hayan cometido crímenes internacionales.

2. La salud pública y la moral pública: epidemias o las enfermedades infectocontagiosas suelen limitar en un momento dado el ejercicio de este Derecho.

3. La prohibición de toda propaganda a favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que siempre incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia”.<sup>258</sup>

Así las cosas, una vez señalado el contenido ideal y los límites del derecho a migrar, ¿es posible su reconocimiento por parte de los Estados? ¿Qué podemos esperar? Se señala:

“En la coyuntura actual, en especial en el derecho internacional, existe una disputa planteada en términos claros: de un extremo, el ejercicio discrecional de la soberanía estatal, y del otro, el derecho a inmigrar y los derechos de los migrantes. Las facultades de los Estados en materia de admisión de migrantes, que en décadas anteriores casi no encontraba objeción alguna, hoy están siendo cuestionadas permanentemente. El derecho de los derechos humanos no está afuera de

---

<sup>257</sup> Artículo 8 de la Convención sobre derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

<sup>258</sup> Chueca Sancho, Ángel, “Contenido y Límites del ius migrandi”, *op. cit.*; pp. 6-7.

ese debate sino al contrario: es un factor particularmente relevante para inclinar la balanza hacia el reconocimiento del derecho a inmigrar (pero tampoco negaría el otro extremo)".<sup>259</sup>

### **3.3 Reconocimiento del derecho a migrar en diferentes Estados**

Hasta ahora nos hemos movido entre los supuestos y posibles desarrollos del derecho a migrar, que son en muchos casos incipientes. Pasando a las normativas que reconocen este derecho tenemos que en Sudamérica se ha desarrollado ampliamente el derecho a migrar. La Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones estableció como principios rectores en la región:<sup>260</sup>

“El respeto a los derechos humanos de los migrantes, el libre ejercicio de la circulación humana de manera informada y segura, la libre circulación y residencia, el derecho al regreso y reintegración al contexto socioeconómico de su lugar de origen, la garantía de una ciudadanía plena y el desarrollo de políticas migratorias inclusivas, entre otros”.

Dichos principios se refuerzan en la Declaración Sudamericana sobre Migraciones que reconoce el derecho a migrar:

“Reconocer a las personas, el derecho a migrar, a no migrar y retornar de forma libre, informada y segura sin criminalizar sus desplazamientos y al migrante como centro de las políticas, normativas y programas migratorios. No se considerará a ningún ser humano como ilegal por el hecho de estar incurso en una situación migratoria irregular”.<sup>261</sup>

Ahora bien, dicho reconocimiento y proceso de cambio en la política migratoria también se consolidó en los ordenamientos internos. Primeramente en Argentina la Ley de Migración (25.871, de 2004), en su artículo 4 reconoce el derecho a migrar, que estipula:

“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”.

---

<sup>259</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *op. cit.*; p. 205.

<sup>260</sup> Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones, Organización Internacional para las Migraciones, Bolivia, Cochabamba, 25 y 26 de Octubre de 2010.

<sup>261</sup> Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones, Bolivia, 2010, punto 1.

En el Estado de Bolivia el artículo 12 de la Ley de Migración establece:

“II. El Estado garantiza a las personas migrantes extranjeras, el ejercicio y goce de los siguientes derechos: 1. A la migración sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y reciprocidad.”

En la Constitución de Ecuador el artículo 40:

“Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.

Por su parte, la Ley de Migración de Uruguay (18.250, de 2008) dispone en su artículo 1:

“El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración...”.

Si bien, las políticas de cada Estado difieren en lo particular, el elemento común a estos Estados es el reconocimiento del derecho a migrar. Dicho reconocimiento refleja un cambio de una política migratoria de control y gestión de flujos a otra con enfoque de derechos humanos, que condiciona la actuación del Estado a una política del derecho a migrar. Este reconocimiento permite un primer orden en los flujos migratorios, en razón de, normalizar los criterios de inclusión y exclusión de personas migrantes. De tal manera que sea posible volver la actuación del Estado una facultad reglada en base al Derecho Internacional.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a migrar no quiere decir que la entrada al Estado sea libre y sin controles migratorios sino que el Estado deberá garantizar su realización, por ejemplo, al establecer más vías legales de migración, con base en las obligaciones y desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como indica Ceriani:

“El reconocimiento del derecho a migrar representa un paso necesario y fundamental. Esto no implica derribar las fronteras ni acabar con la soberanía estatal, sino establecer márgenes de

legitimidad para el ejercicio de esas facultades, márgenes establecidos en razón de los derechos de las personas y de un escenario internacional determinado”.<sup>262</sup>

Sin embargo, pareciera que sólo nos resulta un paso necesario y fundamental, a partir de la urgencia por parte de los Estados por “solucionar” la crisis de los refugiados<sup>263</sup> o la crisis de la niñez migrante.<sup>264</sup> Circunstancias que evidencian las carencias del sistema de inmigración.

Así, por ejemplo, los flujos mixtos a los que se enfrenta el Estado, cuestionan las diferencias entre migraciones forzadas y económicas. Ya que, finalmente ¿qué hace que un refugiado tenga más derechos que un inmigrante? ¿Por qué un niño norteamericano tiene más derechos que un centroamericano para quedarse con su familia?<sup>265</sup> La violencia que se vive en Centroamérica<sup>266</sup> no tendría que llegar a guerra civil, como en Siria, para ser atendida por la Comunidad Internacional. Se requiere más que sólo el mínimo reconocimiento de sus derechos humanos y la débil protección estatal; sino un deber de cuidado y admisión que permita comprender el derecho a migrar dentro la protección internacional de la persona humana.

---

<sup>262</sup>Ceriani Cernadas, Pablo, *Las políticas de admisión de inmigrantes. Miradas desde el Derecho Internacional y la Filosofía (Moral y Política)*, op. cit., p. 15.

<sup>263</sup> Urgente para el Estado y la opinión pública a partir del dramático caso del niño sirio Aylan. Véase, El País, “Un niño es el mundo entero”, Juan Cruz, 4 de septiembre 2015, [internacional.elpais.com/internacional/2015/09/02/actualidad/1441216415\\_550941.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/02/actualidad/1441216415_550941.html)

<sup>264</sup> Las carencias del sistema de inmigración y de políticas de reunificación familiar, se hicieron patentes al crecer el flujo de niños migrantes hacia Estados Unidos, de acuerdo a las estadísticas de la U.S. Border Control, el número de niños llegando a Estados Unidos se cuadruplicó entre 2011 y 2014, creciendo de 16,056 en 2011 a 24,481 en 2012, a 38, 833 en 2013 y llegando a su punto más alto en 68, 631 en 2014. Datos del Informe, *Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, op. cit.

<sup>265</sup> Más del 70% de los NNA detenidos y retornados desde México tienen en los Estados Unidos uno o más miembros de su familia nuclear. Datos del Informe, *Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, op. cit.

<sup>266</sup> En el caso de Guatemala, los niños entrevistados por ACNUR señalaron ser víctimas de múltiples formas de violencia. Señala UNICEF que en el año 2010 se denunciaron 2305 casos de violencia intrafamiliar, de los cuales 182 víctimas directas fueron NNA. En el año 2010, 11.356 NNA fueron víctimas de abuso sexual y 7.002 de abuso físico, así como 1.152 resultaron heridos como consecuencia de la negligencia. Datos del Informe, *Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, op. cit.



## IV. Caso de Estudio: Argentina y México

---

### 1. Desarrollo de la política migratoria argentina

El reconocimiento del derecho a migrar desde el Derecho Internacional contribuye a valorar las políticas migratorias de los Estados a partir del paradigma de los derechos humanos. Así, podemos distinguir un amplio espectro de políticas que van desde el control y gestión de flujos hasta las de aquellos países que reconocen el derecho a migrar como parte de su política migratoria.

Por ejemplo, en un intento por clasificar el actuar de los Estados, dentro del ámbito interamericano, tenemos aquéllos que mantienen un enfoque de control y de seguridad nacional, como Estados Unidos,<sup>267</sup> República Dominicana<sup>268</sup> y Belice; otros, que han cambiado recientemente su normativa migratoria de manera que están en tránsito a consolidar una política, como es el caso de México, Chile<sup>269</sup> o Brasil;<sup>270</sup> y, finalmente estados como Argentina, Uruguay, Bolivia o Ecuador que mantienen un enfoque compatible de derechos humanos.

Dichos países se muestran abiertos al cambio en el enfoque migratorio. Al establecer el derecho a migrar y derechos humanos a las personas migrantes sin importar su estatus migratorio. En el caso de Argentina, desde la Ley de Inmigración y Colonización hasta la Ley de Migraciones del año 2004 y el

---

<sup>267</sup>Estados Unidos presenta una política migratoria compleja, por ejemplo, la migración irregular se encuentra fuera de la *"Affordable Care Act"* (reforma de salud) y ciertas leyes estatales como las de Arizona o Uta permiten la detención de extranjeros en base a características físicas.

<sup>268</sup>En el caso de República Dominicana se observan cambios regresivos en el acceso a la nacionalidad dominicana. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana emitió un fallo en 2013 mediante la cual ordenó retirar la ciudadanía a ciudadanos dominicanos nacidos en República Dominicana, hijos de inmigrantes haitianos.

<sup>269</sup>En Chile el Decreto Ley 1094 de 1975 establece normas sobre extranjeros las cuales incluyen penas de prisión por infracciones migratorias: "Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo (Artículo 69)". Además de establecer un control migratorio en servicios públicos y restricciones en derechos sociales, por ahora hay un proyecto de reforma del año 2013 que incluye derecho a la salud de emergencia y más recursos con efecto no suspensivo.

<sup>270</sup>Las leyes migratorias de Brasil y México datan de la década de los años 70, el caso brasileño contempla penas de arresto y ausencia de garantías procesales. Ahora se encuentran varios proyectos de ley.

consecuente desarrollo de una política, ya no de integración o gestión de flujos, sino del derecho a migrar.

Argentina es un país de inmigración donde los flujos migratorios hacia su territorio han sido una constante. Incluso, en algún momento favorecidos por el Estado. En la Ley de Inmigración y Colonización de 1876, o conocida como Ley Avellaneda, el Estado apuesta al progreso del país mediante la recepción de inmigrantes extranjeros (preferentemente agricultores) como colonos en tierras aportadas por el mismo Estado. Se reconoce como inmigrante a: “todo extranjero jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor que siendo menor de sesenta años” que, acreditando moralidad y aptitudes, llegara al país para establecerse. Los requisitos y prerrogativas a la entrada de extranjeros que se establecían en la Ley eran:

“Todo inmigrante que acreditase suficientemente su buena conducta y su aptitud para cualquier industria, arte u oficio útil tendrá derecho para gozar a su entrada en el territorio, de las siguientes ventajas especiales: 1º. Ser alojado y mantenido a expensas de la Nación durante el tiempo fijado en los artículos 45, 46 y 47; 2º. Ser colocado en el trabajo o industria existentes en el país, a que prefiriese dedicarse; 3º. Ser trasladado a costa de la Nación al punto de la República a donde quisiere fijar su domicilio”.<sup>271</sup>

Además, se creó un Fondo General de Inmigración con el objetivo de solventar todos los gastos que el Estado asumía para fomentar la inmigración.

La Ley Avellaneda se mantuvo vigente hasta 1966 con la entrada en vigor de la Ley 22.439 (Ley Videla) que cambia la concepción del extranjero: de un motor de desarrollo a una amenaza a la seguridad nacional al restringir sus derechos humanos según su condición migratoria. Sobre todo desde esa época, Argentina reguló las migraciones a través de un control de los ingresos y las salidas de extranjeros, en general de países limítrofes e incluyó la deportación de migrantes irregulares. Además de los decretos que reglamentaron esa ley, dictados ya en gobiernos democráticos y las prácticas que implementó la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), durante más de dos décadas se establecieron complejos

---

<sup>271</sup> Artículo 14 de la Ley de Inmigración y Colonización.

requisitos que supusieron trabas importantes para la regularización migratoria. Esto produjo un aumento en migrantes en el país sin una residencia formal (temporal o permanente).<sup>272</sup>

“Los derechos de las personas migrantes se veían constantemente amenazados o directamente vulnerados por los mecanismos previstos de control migratorio y la sanción de la migración irregular. Derechos como el acceso a la salud o la educación, se veían restringidos porque la Ley imponía a los empleados y funcionarios públicos, la obligación de actuar como agentes de control migratorio: debían solicitar el Documento Nacional de Identidad (DNI) argentino y, en caso de irregularidad, denunciar a la persona ante la DNM (artículo 103); a raíz de estas denuncias se iniciaban procedimientos de expulsión”.<sup>273</sup>

En estos casos de expulsión, varias cláusulas de la ley afectaban derechos y garantías constitucionales al existir la posibilidad de detener personas, y expulsarlos sin ningún tipo de control legal o judicial sobre la decisión administrativa.

De manera que, durante este periodo, el rol del Estado fue activo, al tener facultades directas para promover y controlar los flujos migratorios. El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio del Interior, es el encargado de establecer los “lineamientos y pautas generales de la política de inmigración”, determinando qué zonas del interior del país se priorizarán para su poblamiento. Sin embargo, con el impedimento para los inmigrantes irregulares del acceso a los servicios de salud y educación, obligando a los funcionarios a denunciar su situación de irregularidad ante las autoridades públicas.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup>Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, Argentina, CELS Centro de Estudios Legales y Sociales, FIDH Federación Internacional de Derechos Humanos, 2011, <http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS.FIDH.Migrantes.pdf>, p. 12.

<sup>273</sup> Ceriani, Cernadas, Pablo, (Coord.), *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones*, Buenos Aires, Argentina, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2014, pp. 16- 19.

<sup>274</sup>Cfr. Novick, Susana, “Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)”, Novick, Susana, (compiladora), *Las migraciones en América Latina. Políticas, culturas y estrategias*, Buenos Aires, Argentina, Catálogos-Clacso, 2008, pp. 139- 140.

## **2. Ley de migraciones 25.875/ 2004**

Después de la dictadura militar, la ley Videla continuaba vigente con el enfoque de gestión de flujos para una sociedad que ya no era la misma. A partir del 2001, Argentina pudo idear una política alternativa que rompió con la ideología colonial dominante gracias a su rica historia política, cultural y social construida en relación con los migrantes que fue recibiendo desde mediados del siglo XIX, y a su inserción en el proceso de integración regional.<sup>275</sup>

En Sudamérica, en particular en Argentina, se gestaron varios avances a favor del cambio en las políticas de migración, entre ellos: el hecho de que la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares fuera ratificada por catorce países latinoamericanos, la ampliación de la ciudadanía en trece países que otorgan el derecho al voto a sus emigrados, la entrada en vigencia del Acuerdo de Residencia firmado por los países del Mercosur y asociados en el año 2002, la Declaración de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) (creada mediante un tratado firmado el 23 de mayo de 2008, en Brasilia), que coloca el tema migratorio entre uno de sus objetivos específicos prioritarios.

Todos estos avances, además de un largo proceso de acción de la sociedad civil y de reformas, se ven reflejados en la Ley de Migraciones 25.871, vigente desde el 21 de enero de 2004 y que en el año 2010 el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó, misma que contó en su elaboración y discusión con una activa participación de organizaciones de la sociedad civil. Entre sus virtudes se encuentran: el reconocimiento del derecho a migrar, el establecimiento de medidas de regularización, el acceso a la justicia y la eliminación de la distinción en el acceso a derechos para las personas migrantes.

---

<sup>275</sup> Novick, Susana, "La política Migratoria argentina a contrapelo de la tendencia Mundial", *Voces en el Fénix*, Buenos Aires, Argentina, núm. 21, año 2012, p. 11.

## 2.1 El derecho a migrar

La Ley de Migraciones en su artículo 4 reconoce el derecho a migrar:

“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”.

Como señalamos anteriormente, la entrada al Estado es una facultad discrecional que el Derecho Internacional regula a favor de la libertad de circulación, como premisa del derecho a migrar. Ahora bien, sí el Estado reconoce el derecho a migrar, ¿Qué implicaciones tiene?

Mediante esta disposición el Estado se obliga a interpretar la migración como un derecho, y por lo tanto se compromete a que tanto su política general como sus actos en cada caso, ante cada persona migrante, se ajusten al tratamiento que se debe dar a un derecho fundamental. Al ser un derecho humano, entonces se aplican al derecho a migrar todos los principios de derechos humanos (no discriminación, *pro homine*, razonabilidad, no regresividad, etc.).<sup>276</sup>

Así, la tradición argentina de un país de inmigración, humanitaria y abierta en relación con los migrantes y sus familias se ve continuada en la Ley de Migración donde el Estado surge como garante del derecho a migrar y a partir de ello también de: la igualdad de trato para los extranjeros, del acceso igualitario a los servicios sociales, de la necesaria información, del derecho de reunificación familiar, del derecho a la seguridad social, de las convenciones internacionales debidamente ratificadas, de la participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública, debido proceso ante detención y expulsión, de la ineludible intervención de un juez ante la posibilidad de una expulsión, de un intérprete en el caso de que el migrante no comprenda el español, y de la

---

<sup>276</sup>Cfr. Ceriani Cernadas Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; p. 9.

regularización de su situación migratoria.<sup>277</sup> Todas estas obligaciones del Estado derivadas del derecho a migrar.

El texto de la Ley no sólo reconoce e introduce en el Derecho interno lo establecido en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino que establece la obligación del Estado de garantizarlo y en coherencia con lo establecido por la Constitución Nacional, que señala como beneficiarios de los derechos en ella consagrados a sus *habitantes*, en igualdad de derechos para el acceso a los servicios sociales entre nacionales y extranjeros.<sup>278</sup>

De esta manera, la ley argentina deja fuera de la discusión la existencia de un derecho a migrar, al no sólo establecer la libertad de circulación con los alcances internacionales de una facultad discrecional, sino también de un derecho al que corresponden deberes por parte del Estado. Así, la salida es una libertad reconocida internacionalmente y a la entrada corresponden garantías estatales.

En este sentido, son objetivos de la política estatal en la materia, entre otros, los establecidos en el artículo 3 de la Ley:

- Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes.
- Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.
- Asegurar a toda persona que solicite ser admitida a la República Argentina, de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes.

---

<sup>277</sup>Cfr. Novick, Susana, *La política Migratoria argentina a contrapelo de la tendencia Mundial*, op. cit., p. 9.

<sup>278</sup>Cfr. Novick, Susana, *Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)*, op. cit., p. 143.

- Promover y difundir las obligaciones, derecho y garantías de los migrantes.

Además, el Estado asegura otros preceptos constitucionales: como el derecho de todo habitante a permanecer en el país (artículo 14 de la Constitución Nacional), la igualdad constitucional entre nacionales y extranjeros, (artículo 20), favorecer la igualdad en el acceso a derechos, garantizar el debido proceso en casos de detención y expulsión, incluir el principio de reunificación familiar; es decir, adoptar todas las medidas tendientes a la regularización migratoria que favorecen el derecho a migrar.

## **2.2 Derechos de los extranjeros**

### **2.2.1 Derechos diferenciados o igualdad de derechos**

Ahora bien, como observamos, la principal diferencia entre nacionales y extranjeros es los derechos de los que son titulares en el Estado de acogida. La búsqueda de la igualdad entre ellos se encuentra comprometida por el resultado de un proceso histórico que configura la idea de que los migrantes son sujetos de derecho diferentes de los nacionales.

En el caso de la Constitución Nacional Argentina, se establece en su artículo 14 que todos los *habitantes* de la Nación gozarán de los derechos que reconoce. La interpretación del término *habitantes* es amplia y no hace referencia sólo a los ciudadanos o nacionales. Asimismo, lo establecido en la Ley: "...se asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales..."<sup>279</sup> reafirma y profundiza la igualdad entre nacionales y extranjeros.

Ahora bien, ¿cómo opera esta pretendida igualdad en especial en los ámbitos de derechos sociales? Regularmente el acceso a los servicios sociales depende de la acreditación de un estatus legal de residencia. En el caso argentino el acceso a los servicios de educación y salud es garantizado por la ley a todas las personas

---

<sup>279</sup> Artículo 6 de la Ley de Migraciones.

migrantes, prohibiendo expresamente su negación o restricción ante cualquier irregularidad migratoria. En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo. (Artículo 7 Ley de Migración.)

Así, la ley se refiere concretamente al derecho a la salud y la educación, lo que genera que se apliquen todas las normas, principios y estándares internacionales en materia de estos derechos. Sin que se puedan limitar o denegar a las personas en situación migratoria irregular. Se trata de un reconocimiento con la mayor amplitud, en tanto se extiende a todos los niveles educativos y en todo tipo de atención sanitaria (no sólo de urgencia, como sucede en muchas leyes migratorias en otros países). Finalmente, en lugar de imponer la obligación de denuncia de los migrantes en situación irregular, la ley obliga a las autoridades que toman conocimiento de esa situación, a ayudar y asesorar a los migrantes en sus trámites de regularización migratoria, reemplazando la lógica de control y amenaza por la de regularización.<sup>280</sup>

### **2.2.2 Derechos laborales**

Otro aspecto a considerar en el acceso a los derechos es respecto al ámbito laboral. De manera similar a la mayoría de las legislaciones migratorias, la ley argentina establece que las personas sin residencia legal no están habilitadas a trabajar o realizar actividades remuneradas (Artículo 53). Sin embargo, el empleador deberá cumplir con sus obligaciones establecidas en la legislación laboral respecto al extranjero y respetar sus derechos adquiridos por los trabajos realizados cualquiera que sea su condición migratoria (Artículo 56). Ahora bien, la categoría de trabajador migrante establecida en la ley refiere a quien: ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres años,

---

<sup>280</sup>Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; p. 20.



prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia (Artículo 23).

La complejidad de esta disposición está en la exigencia del permiso de trabajo sea “bajo relación de dependencia”, lo que puede dificultar la obtención de la documentación necesaria para iniciar el trámite de residencia. Sin embargo, la interpretación de este artículo es más amplia a partir del fallo *Bara Sakho* 11/08/2010 del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se consideró que las actividades de subsistencia personal, como la venta ambulante, se equiparan al trabajo por cuenta propia.<sup>281</sup>

En el caso de trabajadores irregulares, la exclusión de trabajadores sin contrato o por cuenta propia es visible en el artículo 23 del Decreto 616/2010 el cual prevé que para obtener una residencia como trabajador migrante:

“...se tendrán en cuenta las definiciones y condiciones establecidas por la Convención Internacional sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, aprobada por la Ley Nº 26.202”. Sin embargo, en la práctica, es imposible iniciar un trámite de residencia bajo esta categoría y no existe información al público acerca de esta norma. Ni en la página web oficial de la Dirección Nacional de Migraciones, ni en los folletos informativos consta la posibilidad de iniciar un trámite de residencia al amparo de esta norma, pues solamente se acepta a aquellas personas empleadas en “relación de dependencia”.<sup>282</sup>

Así también, el caso de grupos vulnerables como el de las trabajadoras domésticas no es atendido por la Ley de Migración. Un porcentaje elevado de las mujeres migrantes, especialmente de las provenientes de Paraguay, y en menor medida, Perú y Bolivia, se encuentran en Argentina ocupadas como trabajadoras domésticas. Esta actividad, caracterizada por su precariedad y flexibilidad, presenta la tasa de empleo no registrado más alta del país (mayor al 90%). Esta

---

<sup>281</sup>Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; p 12.

<sup>282</sup> Informe Alternativo para el Comité por los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, 14° periodo de Sesiones, Evaluación sobre Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, Argentina, 2011.

circunstancia afecta, su regularización migratoria, así como restringe sus derechos laborales y otros derechos fundamentales.<sup>283</sup>

Así las cosas, la Ley de Migración pretende superar el modelo de promoción de la irregularidad migratoria que vuelve vulnerables a los trabajadores migrantes, al favorecer el ingreso al país de manera regular, la regularización dentro del territorio de quienes acrediten tener un contrato de trabajo o una oferta de trabajo, incluso de quienes trabajen por cuenta propia.

### **2.2.3 Derecho a la integración y participación social**

Además de los derechos laborales, un punto importante es la integración de la población migrante y la participación en la vida pública de la sociedad de acogida. En este sentido, uno de los aspectos más controvertidos es el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes, derechos que se encuentran ligados a la ciudadanía. Como ya indicamos, la propuesta es ampliar el acceso a la ciudadanía a partir de la residencia y permitir en el ámbito local o municipal el goce de derechos políticos plenos. Esto con el fin de crear un vínculo de pertenencia e identidad a título de beneficios sociales y derechos de participación, de asociación, libertad de expresión e información.

En este ámbito, el Código Electoral (que regula las elecciones a nivel nacional) establece que sólo pueden ser electores “los ciudadanos”, en referencia a las personas que tienen nacionalidad argentina. El artículo 11 del Reglamento de Migraciones, referido a la participación de los inmigrantes en la vida pública, sostiene que las autoridades nacionales, provinciales y municipales adoptarán las medidas necesarias para informar a los extranjeros respecto de las condiciones y requisitos del ejercicio del derecho a voto y promoverán acciones conducentes a fin de garantizar distintas formas de participación real y efectiva en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las personas extranjeras pueden

---

<sup>283</sup> Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; p. 38.

votar en las elecciones locales cuando acreditan dos años de residencia en la ciudad (Ley 334). A su vez, leyes como las de las provincias de Santa Fe (Ley 2.756), Catamarca (Ley 4628), Córdoba (Ley 8.102) y Tucumán (Ley 5.529), reconocen el derecho al voto de las personas extranjeras, a nivel municipal. En tanto que en provincias como Misiones (Ley 4080), Neuquén (Ley 165), Entre Ríos (Ley 2.298) o la provincia de Buenos Aires (Ley 11.700) reconocen el sufragio de personas extranjeras para las elecciones provinciales.<sup>284</sup>

#### **2.2.4 Debido proceso en casos de detención y expulsión**

Finalmente, los migrantes irregulares se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a detenciones y expulsiones. En diferentes leyes y políticas migratorias estatales, la detención y expulsión de extranjeros violenta sus derechos humanos. En el caso de la detención, las observaciones y principios propuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluyen los siguientes lineamientos:<sup>285</sup>

1. Establecer la presunción de libertad. La detención de migrantes debe ser una medida de último recurso, según la cual las personas migrantes no deberían ser privadas de libertad por la comisión de infracciones de índole migratoria.
2. Principio de no criminalización de la migración irregular.
3. Principio de no detención de personas en situación de vulnerabilidad, como lo son los niños, niñas y adolescentes.
4. Garantizar el debido proceso.

---

<sup>284</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit; pp. 41- 42.

<sup>285</sup> Véase a fondo Ceriani, Cernadas, Pablo, et. al; "¿Estado de derecho o estado de excepción? La detención de migrantes en Estados Unidos según el Informe de la CIDH", *Derechos Humanos*, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Base de Datos INFOIUS, Sistema Argentino de Información Jurídica, [www.infoius.gov.ar](http://www.infoius.gov.ar), año II, núm. II, pp. 139 y sig.

En éste último punto la intervención del poder judicial en los procedimientos de detención y expulsión para observar las garantías del debido proceso es un aporte esencial de la legislación argentina.

“En la ley se incluyeron disposiciones que aseguraban las garantías de debido proceso en el marco de los procedimientos migratorios, en especial en materia de expulsión. Se incorporaron recursos administrativos y judiciales previendo la asistencia jurídica gratuita en casos de migrantes carentes de recursos económicos (artículo 86) y se eliminó el deber de denunciar la irregularidad migratoria. En cuanto a la detención, ésta sólo puede ser dispuesta por la autoridad judicial, y el principio general es que las personas migrantes no pueden ser detenidas durante la tramitación de un procedimiento de expulsión: la detención procede única y excepcionalmente para garantizar la ejecución de la decisión final del proceso”.<sup>286</sup>

De manera que el órgano competente de la migración en Argentina, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), actúa de la mano del poder judicial, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión (artículo 63). Es decir, el poder judicial tiene en sus manos la decisión final sobre la medida más gravosa que puede recibir un migrante, esto es, su expulsión del territorio. El artículo 61 de la Ley de Migraciones y su decreto reglamentario establecen que la autoridad migratoria no puede concretar un acto administrativo de expulsión sin una discusión amplia con el extranjero en el ámbito judicial.<sup>287</sup>

Además, todo procedimiento de detención y expulsión será a petición del poder judicial, es decir, fundado y motivado. La DNM sólo podrá disponer una orden de expulsión por razones migratorias (que tendrá carácter suspensivo) luego de haber apercibido a la persona a que regularice su situación. Una vez apercibida se inicia un procedimiento administrativo que, al igual que la instancia judicial, asegura el derecho de defensa, que incluye asistencia jurídica gratuita y, si hiciera falta, un intérprete.

---

<sup>286</sup> Ceriani, Cernadas, Pablo, (coord.) *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones*, op. cit. p 21.

<sup>287</sup>Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; p. 34.

A partir de la decisión de expulsión, la persona tiene el derecho de interponer los recursos administrativos correspondientes a fin de solicitar la revocación de la medida. Si ésta es confirmada por la Dirección Nacional de Migraciones, el migrante tiene la opción de continuar la vía administrativa (interponiendo un recurso de alzada ante el Ministerio del Interior, del Poder Ejecutivo Nacional), o bien recurrir directamente a la vía judicial, ante los juzgados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y si corresponde, por medio de un recurso de apelación, ante la Cámara del mismo fuero. En relación con la detención, la ley migratoria establece que ésta sólo puede ser decidida por el juez competente (a solicitud de la DNM) y mediante resolución fundada. La normativa reconoce, como principio general a seguir, que la privación de libertad de una persona, en el contexto de un proceso de expulsión, puede solicitarse una vez que ha quedado firme esa medida de expulsión.<sup>288</sup>

### **3. Tipos de residencia**

La Dirección Nacional de Migraciones (DNM) es un organismo descentralizado que depende del Ministerio del Interior y Transporte; es la encargada de otorgar los distintos tipos de residencia a extranjeros y de realizar los cambios de categorías, siendo algunas de sus principales misiones promover la regularización documentaria de los inmigrantes y controlar su permanencia.<sup>289</sup>

Los extranjeros en Argentina se encuentran bajo las siguientes categorías de residentes: permanentes, temporarios y transitorios. Los primeros son quienes tengan el propósito de establecerse definitivamente en el país o siendo parientes de los ciudadanos argentinos, cónyuge, hijos y padres. Son residentes temporarios quienes ingresen con alguna de las siguientes subcategorías: trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, deportistas y artistas, religiosos de cultos reconocidos, pacientes

---

<sup>288</sup>Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, pp. 16 -19.

<sup>289</sup>Cfr. Penchaszadeh, Ana, *et. al. (Inter) Institucionalidad de la política migratoria en Argentina. Desafíos a 10 años de la sanción de la Ley de Migraciones 25.871*, Buenos Aires, Argentina, Centro de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, 2015, p. 1.

bajo tratamientos médicos, académicos, estudiantes, asilados y refugiados, por nacionalidad, razones humanitarias y especiales.<sup>290</sup>

Finalmente, los residentes transitorios son admitidos bajo alguna de las siguientes subcategorías: turistas, pasajeros en tránsito, pasajeros en tránsito vecinal fronterizo, tripulantes del transporte internacional, trabajadores migrantes estacionales, académicos, personas bajo tratamiento médico y especiales.

Además de estas categorías, se incorpora el criterio de residencia bajo el derecho a la reunificación familiar para las personas migrantes respecto de sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (artículo 10). El concepto de familia establecido en el Decreto 616 que reglamenta la Ley, en su artículo 10, resulta conforme a los estándares de la Convención de Derechos de Trabajadores Migrantes, ratificada por el Estado argentino, con el alcance de su artículo 44 (cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo).

También se incorpora una nueva categoría a los tradicionales criterios de radicación, como es el trabajo, los vínculos familiares o por razones de estudios, directamente vinculada a la gran mayoría de las personas migrantes que habitan en Argentina: la residencia por el hecho de tener la nacionalidad de un país Sudamericano. Son residentes temporarios por nacionalidad los ciudadanos nativos de Estados parte del Mercosur. La categoría migratoria de Nacionales del Mercosur y Asociados les otorga una residencia temporal de dos años a las personas de esos países, con entradas y salidas múltiples. (Artículo 23, inciso I) de la Ley 25.871 y del Decreto 616/2010).

En la actualidad, la radicación por este criterio de nacionalidad está regulada por el Programa de Normalización Documentaria, "Patria Grande", que contempla dos

---

<sup>290</sup> Artículos 22 y 23 de la Ley de Migraciones.

situaciones según si la persona ingresó al país antes o después de abril de 2006. En el año 2007, la DNM aprobó una disposición específica sobre el tratamiento a las personas que no sean nacionales del Mercosur y países Asociados, que habiten en territorio argentino y quieran regularizarse como trabajadores en relación de dependencia, conforme a la Convención sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, decidió reconocer diversas formas de ocupación de los trabajadores migrantes, y no solamente quienes se encuentren en relación de dependencia o que puedan acreditar un precontrato por escrito.<sup>291</sup>

#### **4. Mecanismos de regularización migratoria**

En todo el desarrollo de la Ley podemos observar las medidas tendientes a la regularización migratoria que disminuyen el control migratorio. La regularización de personas migrantes, así como la prevención de esta situación es una medida esencial, que beneficia no sólo a los propios inmigrantes sino al Estado y a la sociedad de recepción en general.

En este sentido, las infracciones a la normativa migratoria no conllevan directamente a la detención o expulsión del territorio, sino que buscan alternativas, como la multa contemplada en el artículo 46. Además las autoridades migratorias deben implementar iniciativas para facilitar la regularización migratoria. De manera que en el año 2004 se desarrollaron programas de regularización para personas que no tenían la nacionalidad de algún país de Sudamérica (Decreto 1169/2004) y en 2006 se inició la ejecución del Plan Patria Grande dirigido a la regularización de migrantes de países miembros o asociados del Mercosur (Decreto 836/2004 y 578/2005).

El Programa Nacional de Normalización Documentaria “Patria Grande” se desarrolló en dos fases. La primera, que sí era formalmente un “programa de regularización”, y la segunda, mediante la que se incluyó para los trámites ordinarios el criterio de radicación por nacionalidad. Primeramente, la iniciativa era

---

<sup>291</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos, op. cit.*; p. 13.

de obtener la residencia por el plazo de dos años a todas las personas que habitaran en el territorio argentino con anterioridad al 17 de abril de 2006 y fueran nacionales de los siguientes países: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Posterior a esa fecha se aplica el criterio de nacionalidad establecido en la Ley de Migración, artículo 23 inciso d). Para quienes sean originarios de los países de la región y desean ingresar al país luego de tal fecha, y de ahora el mecanismo está regulado en la Disposición DNM 14.949/06, del 11 de abril de 2006.<sup>292</sup>

Ahora bien, los Acuerdos de Regularización y Residencia del Mercosur, aprobados a fines de 2002, implementados por Argentina a través de la Resolución del Ministerio del Interior 345/2003, aún no han entrado en vigor a nivel internacional debido a la falta de ratificación de todos los Estados que lo han firmado; concretamente, Paraguay. Además, dentro del contexto internacional la ratificación de la Convención sobre Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias fue uno de los compromisos asumidos por el Estado Argentino en el marco del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *De la Torre c. Estado argentino* (número 12.306), misma que se firmó en 2004 y fue ratificada hasta el 23 de febrero de 2007.

Finalmente, dentro de las restricciones e impedimentos para ingresar al país o la obtención de una residencia están las ligadas a cuestiones penales como: tener antecedentes penales por delitos con penas mayores a 3 años de prisión y por la comisión de crímenes de lesa humanidad, trata y tráfico de personas, genocidio, terrorismo, lavado de dinero, tráfico de drogas, delitos de guerra, tráfico sexual, entre otros. En cuanto a los antecedentes por delitos comunes, ha sido planteada su contradicción con los objetivos de la Ley de Migraciones y la necesidad de no afectar la garantía del doble juzgamiento por un mismo hecho. Además, uno de los aspectos preocupantes es el que prohíbe ingresar u obtener residencia a quien entró al país por un lugar o paso no habilitado, es el migrante quien debe acreditar

---

<sup>292</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; pp. 29-30.



el ingreso al territorio. De modo que si la persona perdió su “tarjeta de ingreso”, la única alternativa que le queda para evitar una sanción es probar que no lo hizo, claramente incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia.<sup>293</sup>

De lo dicho hasta ahora, en este breve panorama de la legislación migratoria en Argentina, si bien hay avances surgidos a raíz del reconocimiento del derecho a migrar también se enfrentan problemas y obstáculos como el hecho de que la aplicación de la ley es dispar en perjuicio de ciertos migrantes como los provenientes de Senegal, la poca eficacia del programa de regularización Patria Grande, la vulnerabilidad y privación de derechos de trabajadores migrantes, la xenofobia presente contra la población migrante o la falta de voluntad respecto a otorgar el derecho al voto a los migrantes.

En un balance general sus críticos consideran que dada su opaca legalidad (algunos interpretan que la ley no está vigente por la existencia de normas nacionales, provinciales y municipales que se oponen a ella, y de funcionarios que se niegan a aplicarla, etcétera) será necesario desarrollar acciones concretas para que su generoso espíritu se convierta en una realidad cotidiana.<sup>294</sup>

Asimismo, es importante que el Estado Nacional promueva iniciativas dirigidas a asegurar que todas las provincias implementen la Ley 25.871; y a su vez que los Estados provinciales diseñen mecanismos para garantizar que esta normativa se cumple en todos los municipios de su jurisdicción. Por otro lado, las personas migrantes deben ser incluidas en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>295</sup> en las políticas, leyes y programas generales. El claro compromiso asumido por el gobierno argentino con respecto a los derechos humanos en general y a la integración de las personas migrantes en particular debe poder reflejarse a través

---

<sup>293</sup>Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, op. cit.; pp. 13-14.

<sup>294</sup>Cfr. Novick, Susana, “Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)”, p. 149.

<sup>295</sup>De acuerdo al principio internacional y norma con carácter de *ius cogens*, de acuerdo con la Opinión Consultiva 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de un cambio institucional. La Ley de Migraciones constituye un nuevo enfoque contrario al paradigma restrictivo en numerosos países.<sup>296</sup>

En este contexto, es de esperar que el gobierno argentino consolide su posición, constituyéndose como una política de Estado de aquí hacia el futuro. En consecuencia, sería importante que la profundice en el tiempo, incidiendo en los procesos regionales e internacionales para el abordaje de la cuestión migratoria no como un problema y una amenaza a enfrentar, sino como un factor incuestionable de las desigualdades dentro y entre los países.<sup>297</sup>

## 5. La ley de Migración mexicana

La política migratoria mexicana muestra un momento de tránsito a partir del año 2011. Desde el 2006 la Conferencia sobre Migración y Desarrollo observó que México podía llegar a ser país de inmigración,<sup>298</sup> en tanto que el Centro de Estudios Hispánicos Pew Center<sup>299</sup> indicó la baja de emigración mexicana hacia Estados Unidos. Sumado al tránsito de centroamericanos por el territorio nacional, el país se revela como origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

Así las cosas, en un esfuerzo por reunir en un único cuerpo normativo las disposiciones relativas al fenómeno migratorio internacional, se promulgó la nueva Ley de Migración,<sup>300</sup> haciendo las reformas, modificaciones y derogaciones correspondientes a la Ley General de Población (que ahora únicamente norma la materia de población, la migración interna y parte de la emigración). Igualmente, se promulgó la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria<sup>301</sup> que se ocupa del refugio. En este sentido, la Ley de Migración se ocupa de manera

---

<sup>296</sup> Cfr. Penchaszadeh, Ana, *et. al. (Inter) Institucionalidad de la política migratoria en Argentina. Desafíos a 10 años de la sanción de la Ley de Migraciones* 25.871, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>297</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo y Morales Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en derechos humanos*, *op. cit.*; p. 33.

<sup>298</sup> Cfr. Conclusiones de la Conferencia sobre Migración y Desarrollo, *Perspectivas desde el sur*, Bellagio 2006.

<sup>299</sup> Cfr. Centro de Estudios Hispánicos Pew Center, *Net Migration from Mexico Falls to Zero—and Perhaps Less*, S. Passel Jefferey, Vera Cohn, González Barrera Ana, 23 abril del 2012, <http://www.pewhispanic.org/2012/04/23/net-migration-from-mexico-falls-to-zero-and-perhaps-less/>

<sup>300</sup> Promulgada el 25 de mayo de 2011.

<sup>301</sup> Promulgada el 26 de enero de 2011.

amplia de la movilidad internacional de las personas. Además de simplificar y ordenar los procedimientos migratorios administrativos, establecer bases para una política migratoria mexicana coherente, y ceñir la actuación de las autoridades tanto migratorias como auxiliares. Dichas normas constituyen el fundamento jurídico de la política migratoria del Estado Mexicano.<sup>302</sup>

Además de la ley, en ese mismo año de 2011, el cambio lo podemos apuntar a partir de la reforma a la Constitución que incluyó a los derechos humanos de fuente internacional al ámbito de protección constitucional. En otras palabras, se dio una apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional, con las correspondientes obligaciones de: recepción e incorporación de tratados al derecho interno con rango constitucional; y reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por México.

Los tratados internacionales se firman para ser cumplidos, pero en México esta afirmación, en principio obvia, no lo es tanto. México es de pluma ágil para ratificar todos los tratados internacionales, pero no demuestra la misma agilidad al momento de darle cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas con la firma de dichos tratados. Esto es, al implementar las medidas necesarias para aplicar a nivel interno los compromisos internacionales. Lo que se acostumbra a hacer en México demuestra que el compromiso de las autoridades respecto al cumplimiento de los tratados es bastante limitado.

Las obligaciones que surgen tras firmar un tratado internacional son: la incorporación de normas en el ordenamiento jurídico interno que permitan aplicar el tratado internacional; la derogación de normas que se opongan a lo que dispone el tratado (“armonización”); el diagnóstico de derechos regulados por el tratado internacional, para ver la situación del país al firmarlo; la reorganización de competencias de autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan

---

<sup>302</sup>Cfr. Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, vol. XII, 2012, pp. 932-933.

medidas de prevención de las violaciones de derechos regulados por los tratados internacionales; y la reorganización de la capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando ya se hayan producido (art. 1 CPEUM).<sup>303</sup>

En este sentido, tenemos que el artículo 1 de la CPEUM establece que:

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

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

Y el artículo 133 constitucional:

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

De este modo, México tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar los derechos previstos en el ordenamiento internacional. En el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces de toda la República están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior.

A pesar de lo anterior, tenemos que en México sigue imperando el principio de supremacía constitucional. Esto en virtud de que en 2013 el asunto de la supremacía constitucional vs. la supremacía convencional (internacional) fue

---

<sup>303</sup> Carbonell, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>, pp. 67- 95.

resuelto por el pleno de la SCJN en una contradicción de tesis (293/2011) (3/09/13) que estableció que las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución.

Así las cosas, la Constitución y los tratados tienen el mismo rango o nivel jerárquico sólo en apariencia, pero en los hechos, la Constitución siempre derrota al tratado. No importa que éste sea más proteccionista o garantista en el caso concreto. La consecuencia de esto es que el principio pro persona acaba subordinándose al principio de supremacía constitucional y ello equivale a desconocer que el primero constituye la columna vertebral del derecho mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

La reforma incorporó el principio pro persona y el control de convencionalidad al sistema jurídico mexicano. El principio pro persona tiene dos funciones principales, una como preferencia normativa e interpretativa, en caso de antinomias o conflicto de normas de debe preferir la norma más benéfica para el individuo por encima de cualquier otra norma. Así también, en caso de interpretación se debe optar por la norma más amplia. Dicho principio en conjunción con el control de convencionalidad, es un llamado al sistema jurídico mexicano para que los tratados internacionales se incluyan en el bloque constitucional, de manera que si en algún tratado es más amplio en la protección hacia las personas que la Constitución, se prefiera.

En este sentido, recordemos que México es parte de la Convención sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias,<sup>304</sup> es decir, implica obligaciones adquiridas para el Estado. Así, la Convención como estándar internacional en materia de derechos humanos de los migrantes, la Constitución

---

<sup>304</sup> Convención Internacional sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, adopción en Nueva York, 18 de diciembre de 1990, firma de México 22 mayo 1991, ratificación de México 8 marzo 1999 y entrada en vigor internacional para México el 1° de julio de 2003.

reformada y la Ley de Migración determinan el cambio de paradigma hacia los derechos humanos en la política migratoria mexicana.

En este sentido la Ley de Migración señala como principios que rigen la materia:

- Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros.
- Enfoque integral acorde con la complejidad de la movilidad internacional de personas.
- La no criminalización de la migración irregular.
- Hospitalidad y solidaridad internacional.
- Equidad entre nacionales y extranjeros.
- Unidad familiar e interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, en la última parte del artículo primero no se aparta del enfoque de control migratorio al señalar que en el desarrollo de la política de migración se buscará la *preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales*.

La soberanía y seguridad nacionales corresponden al orden público y se encuentran dentro del ámbito federal. Sin embargo, el peso de las facultades migratorias de control se concentran en el Instituto Nacional de Migración, el cual como órgano técnico desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, tiene bajo su responsabilidad la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, así como el ejercicio de la coordinación de las diversas dependencias de la administración pública federal, que concurran a la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia.<sup>305</sup>

### **5.1. Derechos de los extranjeros**

Ahora bien, ¿qué derechos establece la ley para los extranjeros? Atendiendo a lo que establece la Constitución, en su artículo 1, la igualdad entre nacionales y

---

<sup>305</sup> Artículos 19 y 20 de la Ley de Migración.

extranjeros en el acceso a derechos es reconocida. Mientras que la Ley de Migración utiliza el término de extranjero para establecer derechos y obligaciones:

El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.<sup>306</sup>

En un principio la ley no hace distinción entre migrantes irregulares y regulares en el acceso a derechos, lo cual ayuda a establecer mecanismos de regularización migratoria. Respecto de los derechos sociales de los cuales son beneficiarios indica:

Artículo 8. Los migrantes podrán acceder a los servicios educativos provistos por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables... tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. Los migrantes... tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente... En la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos.

No obstante, la principal restricción para acceder a los servicios de salud y educativos se encuentra en la acreditación de una legal estancia. Por ejemplo, uno de los requisitos de inscripción al colegio, primaria o secundaria, es un documento de identidad, entonces aquellos extranjeros en situación irregular no pueden acceder a estos derechos sociales.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Artículo 6 de la Ley de Migración.

<sup>307</sup> La Ley General de Educación, reafirma el derecho de toda persona a recibir educación en sus artículos 2 y 4. Mientras que los requisitos de inscripción a la educación primaria establecidas en las *Normas Específicas de Control Escolar Relativas a la Inscripción, Reinscripción, Acreditación, Promoción, Regularización y Certificación en la Educación Básica*, de la Secretaría de Educación Pública, señalan como requisitos de inscripción para ingresar a preescolar: tener 4 ó 5 años cumplidos al 31 de diciembre del año en curso, presentar acta de nacimiento en original y fotocopia, CURP y solicitud de preinscripción PREINS-10 firmada. En caso de primaria deben cubrirse los mismos requisitos anteriores, pero el menor deberá tener 6 años cumplidos. Respecto al documento de identidad, en caso de extranjeros, es necesario presentar Acta de Nacimiento o

Otros derechos que se reconocen son: a la salud, a la identidad, acceso a la justicia y debido proceso, al trabajo, libertad de tránsito, libertad personal, no discriminación, unidad familiar, interés superior del menor y derecho al asilo. Entre ellos, el derecho al trabajo depende de contar con una visa de trabajador visitante o invitado, mismas que necesitan de una oferta laboral previa.<sup>308</sup>

Ahora bien, los derechos de los que son beneficiarios los extranjeros dependen de la labor de múltiples autoridades: educativas, de salud, laborales. En el caso de grupos en situación de vulnerabilidad como los niños, las niñas y los adolescentes, que deben contar con protección especial, resulta necesaria la colaboración de diversas autoridades en el acceso a derechos. Por ejemplo, en casos de detención migratoria, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) debe proporcionar asistencia social para la atención de niñas, niños y adolescentes (NNA) migrantes no acompañados que requieran servicios para su protección; otorgándoles facilidades de estancia y garantizando su protección en tanto se resuelva su situación migratoria.<sup>309</sup>

Sin embargo, la misma ley legitima la detención de NNA migrantes al regular las condiciones que deberían tener en las estaciones migratorias, al no prohibir expresamente su privación de la libertad por razones administrativas, tal como obliga la Constitución, y al no regular cómo debe realizarse la canalización al DIF y cuáles serían las condiciones de los centros a cargo del DIF. Asimismo, la ley ha omitido incluir garantías procesales básicas en casos de niños y niñas no acompañados, como el derecho a un tutor y la carente regulación del procedimiento de Determinación del Interés Superior del Menor (DIS). De igual manera, detrás de medidas de devolución o retorno voluntario de NNA, en

---

Documento Equivalente expedido en el extranjero, con o sin apostilla, legalización o verificación por medios electrónicos.

<sup>308</sup> Derechos establecidos en los artículos 6,7, 8, 10, 11, 13 F III, 14, 27, 52 FII y IV y 74 de la Ley de Migración.

<sup>309</sup> Tal como lo establece la Ley de Migración en sus artículos 29 y 112.



procedimientos carentes de garantías procesales elementales, se detectan decisiones más cercanas a una expulsión o deportación.<sup>310</sup>

Recapitulando, la Ley de Migración reconoce los derechos humanos de las personas migrantes en igualdad de condiciones con los nacionales y sin discriminar su condición migratoria.<sup>311</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución que establece que toda *persona* en territorio mexicano gozará de los derechos que contempla y atendiendo al principio *pro persona*, la igualdad entre nacionales y extranjeros no tiene por qué limitarse. Sin embargo, el trato a los migrantes de manera diferenciada es una realidad que configura la idea de que los migrantes son sujetos de derechos diferentes a los nacionales.

### 5.1.1 Derechos políticos

Ahora bien, respecto de los derechos políticos, punto clave en la discusión sobre ciudadanía, el tema no es abordado a fondo por la legislación mexicana. Es una prerrogativa sólo de los ciudadanos mexicanos votar y ser votado tal y como indica la Constitución y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos electorales.<sup>312</sup>

La Ley de Migración cambió la clasificación de las personas migrantes en visitantes y residentes pero sigue discriminando las calidades migratorias en razón de si es visitante con permiso para realizar actividades remuneradas o no, si son trabajadores fronterizos, o por razones humanitarias. Hasta llegar a la calidad de residentes permanentes, quienes tienen permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, pueden permanecer en el territorio nacional de manera

---

<sup>310</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo, (Coord.) *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, México, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Fundación Ford, 2013, pp. 28-29.

<sup>311</sup> Artículo 6 de la Ley de Migración y en conjunción con el primero constitucional.

<sup>312</sup> El artículo 33 de la Constitución establece: "Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país", y el Código Federal de Procedimientos Electorales, en sus artículos 4 y 5, "Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación que se ejerce para integrar órganos del Estado de elección popular. También es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular".

indefinida con derecho a entrar y salir del territorio cuantas veces lo deseen. Cuentan con una tarjeta de residencia y pueden solicitar una Clave Única de Registro de Población (CURP); pero la ley no indica nada respecto de sus derechos políticos a pesar de que adquirir dicha categoría migratoria implica la intención de permanencia en territorio nacional.<sup>313</sup>

Así las cosas, el criterio de ciudadanía ligado a la nacionalidad es el utilizado en la legislación mexicana para el ejercicio de los derechos políticos. Por lo tanto, los extranjeros no tienen derechos políticos, ya que ser residente no equivale a ser ciudadano, con plenos derechos. Como señalamos anteriormente, la residencia debe entenderse como un medio para acceder a la ciudadanía, la base del ejercicio de los derechos ciudadanos y no una más de las categorías migratorias.

## **5.2 Categorías migratorias**

Los extranjeros en México se encuentran ordenados en calidades migratorias. La anterior Ley General de Población contemplaba dos calidades migratorias: no inmigrante e inmigrante que dependían de la actividad que desarrollará el extranjero en el país: turistas, transmigrantes, visitantes, ministros de culto, asociado religioso, visitantes provisionales, visitantes distinguidos, corresponsales, visitantes locales, estudiantes, asilados políticos o refugiados eran considerados no inmigrantes. Mientras que: rentistas, inversionistas, profesionales, quienes tuvieran un cargo de confianza, científicos, técnicos, familiares, artistas, deportistas eran considerados inmigrantes y todos ellos podían acceder a la categoría de inmigrado.<sup>314</sup>

Este orden establecido por la Ley, además de resultar un tanto casuístico, no representaba un beneficio directo para las personas migrantes, ya que según la calidad migratoria que se ostentará era el catálogo de derechos de los cuales se era beneficiario.

---

<sup>313</sup> Las condiciones de estancia son reguladas en los artículos 52 a 55 de la Ley de Migración.

<sup>314</sup> Categorías establecidas anteriormente en la Ley General de Población.

Actualmente, el Instituto Nacional de Migración es el órgano encargado de conceder las categorías migratorias a los extranjeros. Dichas condiciones de estancia indican la situación regular en la que se ubica a un extranjero en atención a su intención de residencia y en algunos casos, en atención a la actividad que desarrollarán en el país de estancia o bien, en atención a criterios humanitarios o de solidaridad internacional.<sup>315</sup>

Ahora bien, las condiciones de estancia que la Ley de Migración otorga a los extranjeros son las de: a) visitante, que puede ser con o sin permiso para realizar actividades remuneradas, visitante regional, trabajador fronterizo, por razones humanitarias o con fines de adopción; b) residente temporal o residente temporal estudiante, y c) residente permanente. Esta clasificación legal es limitativa y el otorgamiento de cada una de las condiciones de estancia está sujeto a que el extranjero cumpla con los requisitos exigidos en la propia ley y en su reglamento.<sup>316</sup> Mismas que la autoridad otorga con plena facultad discrecional.

Las condiciones de visitante o residente se subdividen en las calidades migratorias de: visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, visitante con permiso para realizar actividades remuneradas, visitante trabajador fronterizo, visitante por razones humanitarias, visitante con fines de adopción, visitante regional y los residentes pueden ser: residente temporal estudiante, residente temporal o permanente.<sup>317</sup>

### **5.3. Regularización migratoria. El procedimiento administrativo migratorio**

Pasando a los migrantes irregulares, las medidas de regularización migratoria contempladas por la ley mexicana se encuentran dentro de un enfoque de sanción y de control. Empezando por los impedimentos, nos encontramos con que no podrán regularizar su situación aquellos extranjeros que se encuentren sujetos a

---

<sup>315</sup> Facultades del Instituto Nacional de Migración establecidas en los artículos 3 fracción IV, 20 FIII, 52 y 64 de la Ley de Migración.

<sup>316</sup> Cfr. Morales Vega, Luisa Gabriela, "Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración", *op. cit.*; p. 947.

<sup>317</sup> Establecidas en el artículo 52 de la Ley de Migración.

un proceso penal o que hayan sido condenados por un delito grave conforme a las leyes nacionales o disposiciones contenidas en tratados internacionales de los cuales sea parte México; o que por sus antecedentes en el país o en el extranjero pudieran comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública; no cumplan con los requisitos establecidos en la Ley; se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados.<sup>318</sup>

Ahora bien, la ley no señala un procedimiento único a favor de aquellos que ingresaron al país de manera irregular. El procedimiento de regularización migratoria se encuentra dentro del general y amplio procedimiento administrativo migratorio, inserto en la Ley de Migración y de manera supletoria en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Dicho procedimiento se inicia a instancia de parte. Las solicitudes de trámite, en especial la solicitud de visa deberá presentarla personalmente el extranjero interesado en las oficinas consulares o en territorio nacional (ante el Instituto Nacional de Migración) en los casos del derecho a la preservación de la unidad familiar, por oferta de empleo o por razones humanitarias. El plazo para dictar resolución por parte de la autoridad migratoria será de no más de 20 días hábiles y de no más de 10 días hábiles en caso de haberse presentado en oficinas consulares. Se previene al particular por la falta de requisitos y tiene 10 días hábiles para subsanarlos.<sup>319</sup>

Los extranjeros irregulares que realicen actividades distintas a las indicadas en su condición de estancia, no cuenten con documentos para acreditar su estancia en el país o su documentación migratoria esté vencida, ya no satisfacen los requisitos establecidos para la condición de estancia y pueden solicitar regularizar su situación migratoria en un plazo de 60 días naturales siguientes al vencimiento de su calidad migratoria, dando aviso al Instituto Nacional de Migración.<sup>320</sup>

Asimismo, tienen derecho a la regularización migratoria, los extranjeros que sean:

---

<sup>318</sup> Procedimiento de regularización establecido en los artículos en 132, 133, 134, 135 y 136 de la Ley de Migración y 240y 241 del Reglamento de la Ley de Migración.

<sup>319</sup> Artículos 128, 129, 130 y 134 de la Ley de Migración.

<sup>320</sup> Artículos 132-134 de la Ley de Migración.

- cónyuge, concubina o concubino de mexicano o extranjero con estancia de residente, padre, madre o hijo o con custodia de persona mexicana o de extranjero con residencia,
- que haya sido víctima de algún delito grave,
- personas en situación de vulnerabilidad y niños, niñas y adolescentes sujetos al procedimiento de sustracción y restitución internacional de NNA.

Para dichos supuestos de regularización se tomaran en cuenta los principios de preservación de la unidad familiar (pueden solicitar su regularización familiares de extranjeros residentes que se encuentren en condición irregular), interés superior del niño, y en caso de asilados y refugiados el principio de *non refoulment*.

En este sentido, el proceso de regularización migratoria se ve enfocado en los supuestos de unificación familiar y según la condición de estancia expedida, pero no existe un procedimiento que contemple más supuestos de irregularidad. Por ello, es necesario buscar nuevos enfoques y medidas dado que el fenómeno migratorio en México es complejo y una persona puede cumplir con dos o más perfiles y tener más de una necesidad de protección y regularización, sobre todo a raíz de los flujos migratorios mixtos y del contexto de violencia regional.<sup>321</sup>

#### **5.4 Debido proceso en los procedimientos de detención y expulsión**

La regularización migratoria no se presenta como un mecanismo expedito y de fácil acceso en especial para los migrantes irregulares, de manera que el procedimiento administrativo migratorio se lleva a las últimas consecuencias pasando por la detención y expulsión (la mayoría de las veces arbitraria) de los extranjeros.

Dado que este proceso comprende desde la presentación, el alojamiento en las estaciones migratorias, la posibilidad del retorno asistido, hasta la deportación o expulsión del territorio nacional y en cada una de estas etapas se ven

---

<sup>321</sup> Posicionamiento de la Sociedad Civil Mesoamericana en el Marco de la Conmemoración de Cartagena +30, p. 5.

comprometidos garantías del debido proceso de las personas migrantes es necesario revisarlas en cada etapa.

El procedimiento administrativo migratorio se inicia con los procedimientos de control, verificación y revisión migratoria mismos que son llevados a cabo de manera discrecional por el INM. La Ley en sus artículos 96 y 97 señala que el Instituto Nacional de Migración podrá llevar a cabo visitas de revisión migratoria dentro del territorio nacional a efecto de comprobar la legal estancia de los migrantes. Artículo que resulta inconstitucional pues vulnera los artículos 11 y 16, es decir, el derecho al libre tránsito por el territorio nacional sin necesidad de salvoconducto, pasaporte u otro requisito mientras que el segundo prescribe el derecho a no ser molestado en su persona, posesiones, familia y domicilio sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad que funde y motive el procedimiento.

Estas facultades, en conjunción con el artículo 111 de la Ley de Migración, permiten al INM privar de la libertad a los detenidos en procesos de revisión migratoria al ser “alojados” en estaciones migratorias, sin embargo, el INM como autoridad administrativa no está facultado para privar de la libertad a una persona por un plazo mayor al establecido en la Constitución. Aun así, la Ley establece la posibilidad de detención por un lapso de 15 días hábiles y autoriza que este plazo se exceda hasta en 60 días hábiles en caso de interponer un recurso administrativo o judicial.

Así las cosas, una vez iniciado dicho procedimiento administrativo (por presentación, alojamiento, retorno asistido y deportación), la ley señala que desde su presentación los migrantes irregulares tendrán derecho a que se les proporcionen información acerca de: sus derechos y garantías aplicables, el motivo de su presentación, la notificación inmediata de su presentación al

consulado de su país de residencia, y las posibilidades de regularización.<sup>322</sup> Y de manera extensa todo migrante tiene derecho a:

- Ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio.
- Al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente.
- A ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga.
- A tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio.
- A contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español.
- A que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas.<sup>323</sup>

Ahora bien, en casos de detención, una vez emitido el acuerdo de presentación, (que fundamenta y motiva la detención) el extranjero podrá ser entregado en custodia a la representación diplomática del país del que sea nacional (Artículo 101). Mientras que a los alojados en las estaciones migratorias se les reconocen los derechos de:<sup>324</sup>

- Ser informado del motivo de su ingreso a la estación migratoria; del procedimiento migratorio, de su derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o la determinación de apátrida; del derecho a regularizar su estancia; solicitar el retorno asistido; derecho a interponer recurso efectivo.
- Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella.
- Recibir por escrito sus derechos y obligaciones.
- Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho

---

<sup>322</sup> Artículo 68 de la Ley de Migración.

<sup>323</sup> Artículo 70 de la Ley de Migración.

<sup>324</sup> Artículo 109 de la Ley de Migración.

convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio.

- Contar con traductor e intérprete.
- Acceder a comunicación telefónica.
- Ser visitado por sus familiares y por su representante legal.

En estos supuestos, la práctica migratoria es contraria a estas garantías porque los detenidos y alojados terminan quedando de “visita permanente”. Es decir, la detención dura más de lo que indica la ley (15 días hábiles). En este sentido uno de los estándares internacionales desarrollados indica que la detención debe ser examinada periódicamente y de manera automática, además de que la carga de la prueba sobre la necesidad de extender la medida recae sobre las autoridades que efectúan la detención.<sup>325</sup>

Ahora, en los casos de retorno asistido, el extranjero tendrá derecho a:<sup>326</sup>

- Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella.
- Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido, incluyendo aquella relativa a los recursos jurídicos disponibles.
- Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza.
- Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación.
- Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio.

---

<sup>325</sup> Criterios establecidos en: Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 560/1993, punto 9.4; Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria A/HRC/16/47, 19 de enero de 2011 anexo 8 d; CIDH Informe N° 51/01 Caso 9903 Rafael Ferrer Mazorra y otros v EUA, 4 de abril de 2001; Comité de Derechos Humanos, Comunicación 560/1993; Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 2012, párrafo 21 y 23; Comité de Trabajadores Migratorios, Comentario General no. 2, párrafo 33.

<sup>326</sup> Siguiendo el artículo 119 de la Ley de Migración.



- Que en el caso de que el extranjero sea rechazado por el país de destino, sea devuelto al territorio de los Estados Unidos Mexicanos para que el Instituto defina su situación migratoria.

Finalmente, en caso de expulsión, las garantías previstas para todos los extranjeros que se encuentran en los supuestos del artículo 144<sup>327</sup> son:

- Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio.
- Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella.
- Avisar a sus familiares o persona de confianza.
- Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como el derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del instituto.
- Contar con traductor e intérprete.
- Recibir asesoría legal.<sup>328</sup>

Sin embargo, interponer un recurso efectivo no se señala como una garantía común a todo el procedimiento administrativo de migración. En todos los casos debe haber la posibilidad de que un tribunal superior pueda revisar las actuaciones del inferior, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o *habeas corpus*, estos últimos incluso no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de excepción.<sup>329</sup>

El derecho a un recurso efectivo incluye el carácter suspensivo de todo recurso, es decir, la prohibición de llevar a cabo la expulsión hasta que no se hayan agotado

---

<sup>327</sup>Supuestos establecidos en el artículo 144 de la Ley de Migración: que haya entrado al país de manera irregular, que siendo deportado lo intente de nuevo, se ostente como mexicano sin serlo, por antecedentes penales, proporcione información falsa o fraudulenta al INM, o haya incumplido con una orden de salida del territorio nacional.

<sup>328</sup>Artículo 122 de la Ley de Migración.

<sup>329</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad No. 7/02, Petición 11.661, Manickavasagam Suresh (Canadá), 27 de febrero de 2002, párrs. 25 y 30; Corte IDH, El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 34., citado por Mendos, Luis y Muñoz, R., "Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino", <http://mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/3043>, p. 30.

todos los recursos administrativos y judiciales disponibles.<sup>330</sup> Para su efectiva garantía se vuelve imperativo contar con la posibilidad de que un órgano distinto y de superior jerarquía orgánica (que satisfaga las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia) examine o reexamine la legalidad de toda sentencia adversa.<sup>331</sup>

En este sentido, se puede interponer los recursos administrativos que contempla la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que es de carácter supletorio en materia migratoria, el de revocación es procedente para todos los actos o resoluciones que emitan las autoridades migratorias. Deberá interponerse por parte interesada, persona física o moral nacional o extranjera o por su representante legal acreditado. Se debe presentar ante la autoridad que emitió el acto que se impugna, en este caso, la Coordinación Jurídica del Instituto Nacional de Migración así como el Secretario de Gobernación o el Comisionado del Instituto Nacional de Migración. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que hubiere surtido efectos la notificación de la resolución impugnada.<sup>332</sup> Además de la posibilidad del juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa e incluso el amparo administrativo.

Finalmente, recordemos que en tanto el retorno asistido como la expulsión conllevan la misma consecuencia: la salida del territorio nacional. En estas medidas debe observarse el principio de no devolución.

Garantía que:

---

<sup>330</sup>Convención de Trabajadores Migratorios, art. 22. y Corte IDH, caso Pacheco Tineo, así como las sentencias del TEDH en los siguientes casos: De Souza Ribeiro v. Francia, 13 de diciembre de 2012; Al Hanchi v. Bosnia y Herzegovina, 15 de noviembre de 2011; Auad v. Bulgaria, 11 de octubre de 2011; Diallo v. República Checa, 23 de junio de 2011.

<sup>331</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 158; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 193 citado por Mendos Luis, y Muñoz, R., "Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino", <http://mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/3043> p. 30.

<sup>332</sup>Cfr. Vital Adame, Óscar, *Derecho Migratorio Mexicano*, México, 4ª ed., Porrúa, Universidad Anáhuac del Sur, 2004., p. 38.

“En términos prácticos, para poder hacer operativa... todo Estado debe ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiado o para formular una petición de asilo, y si tal condición les fuera denegada, permitir que la persona presente las razones por las cuales teme ser torturada o recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes de ser enviada a determinado país, incluyendo el de origen”.<sup>333</sup>

Si bien, es materia de la Ley de Refugiados y Protección Complementaria, las materias de asilo y refugio, la misma Ley de Migración reconoce el principio a la par de los de unidad familiar y de protección de las personas en situación de vulnerabilidad.<sup>334</sup>

Todas estas garantías y principios, como ya señalamos, conforman un núcleo duro de derechos a favor de los extranjeros que incluye un *quantum* de debido proceso. En la Convención sobre Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, en sus artículos 16, 18, 22 y 23, prevé garantías de debido proceso frente a cualquier medida que suponga la privación de la libertad, precisando la igualdad en el acceso a la justicia, en los casos de expulsión deben darse con apego al principio de legalidad y así también respecto a la protección consular.

La asistencia consular reconocida y desarrollada por la Opinión Consultiva 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* en donde declaró inequívocamente que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, supra nota 54, párr. 278, citado por Mendos, Luis y Muñoz, R., “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino”, <http://mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/3043>, p. 14.

<sup>334</sup> Artículo 120 de la Ley de Migración.

<sup>335</sup> Mendos, Luis y Muñoz, R., “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino”, *op. cit.*; p. 28.

El sistema interamericano ha desarrollado varias normas a partir de la Convención Americana en sus artículos 8 y 25 que corresponden estas garantías en todos los procedimientos migratorios y en especial en su jurisprudencia reciente en los casos: *Velez Loor c. Panama*, *Pacheco Tineo c. Bolivia*, *Nadege Dorezma y otros v. República Dominicana* y la Opinión Consultiva 21/2014.

Por ejemplo, en el caso *Velez Loor* se estableció que:

“En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación o expulsión, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”.<sup>336</sup>

Es de hacer notar que no todos estos estándares internacionales se encuentran reconocidos en la legislación mexicana y peor aún que las prácticas de las autoridades migratorias son contrarias a lo señalado en la ley.

#### **5.4.1 Violaciones al debido proceso en el caso de NNA migrantes**

Mención aparte nos merecen las violaciones al debido proceso en el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes al ser detenidos por razón de su calidad migratoria. Primeramente, se enfrentan a repatriaciones arbitrarias y ausencia de procedimientos adecuados. En particular los NNA no acompañados, y aunque la Ley de Migración así lo prescribe, no existe aún un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño. Asimismo, son objeto de detenciones arbitrarias automáticas. El INM que es una autoridad administrativa, concreta detenciones de NNA migrantes sin necesidad de esgrimir justificación alguna. La privación de la libertad es la respuesta ante la irregularidad migratoria de los niños. Vulnerando de esta manera el principio de no detención que establecen los estándares internacionales y aún la misma Constitución. La ausencia de garantías de debido proceso, es patente, ya que no existen mecanismos concretos que garanticen el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el acceso a la justicia, o incluso la participación de los NNA en el proceso. ( Como señala la Convención de

---

<sup>336</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velez Loor v. Panamá*, *op. cit.*; pfo. 146.

Derechos del Niño) Finalmente, las representaciones consulares no cuentan con personal especializado en derechos de la infancia, ni con protocolos o directrices de actuación dirigidos a asegurar el interés superior del niño en los procedimientos de los que son parte.<sup>337</sup>

## 5.5 Practicas migratorias

Ahora bien, dejando de lado la ley si observamos las prácticas migratorias desarrolladas por el Estado la eficacia del derecho es mínima. En diversos informes académicos, de ONGs, de la sociedad civil, organismos internacionales como el Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias de Naciones Unidas, entre otros, han denunciado y dado a conocer las violaciones a derechos humanos de las personas migrantes y las malas prácticas de la política migratoria mexicana, aun antes de la promulgación de la Ley de Migración en el 2011, con especial énfasis en los procesos de detención y expulsión de extranjeros. De los múltiples señalamientos hechos, entre las principales prácticas podemos señalar:

### 1. Detenciones arbitrarias

Realizadas por la Policía Federal Preventiva, policías municipales o estatales sin la debida fundamentación y motivación y sin la colaboración de agentes del INM. De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos,<sup>338</sup> entre enero y octubre de 2010, a nivel nacional se recibieron 344 denuncias contra agentes del Instituto Nacional de Migración. Las violaciones principalmente denunciadas son las relacionadas con la integridad y seguridad personales, mismas que incluyen detenciones arbitrarias y retenciones ilegales de migrantes.

---

<sup>337</sup> Cfr. Ceriani Cernadas, Pablo (Coord.) *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México- Guatemala*, op. cit; pp. 32-36.

<sup>338</sup> Cfr. Informe sobre "Los derechos de las personas migrantes en la ciudad de México" elaborado para la Relatoría Especial sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, México, Distrito Federal, julio 2011,p. 9.

Durante el año 2014, 127 mil 149 personas fueron presentadas ante la autoridad migratoria, 98 mil 456 hombres y 28 mil 693 mujeres. Los eventos de detención corresponden a un periodo que va de enero del año 2013 a abril del año 2015, corresponden a 62 mil 274.<sup>339</sup>

## 2. Centros de detención migratoria

Los detenidos son alojados en estaciones migratorias. Las cuales no cumplen con los estándares internacionales incluso se habilitan cárceles para este fin. Las pésimas condiciones son descritas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares a partir de las varias observaciones realizadas en México. Las condiciones de vulnerabilidad a que son expuestas las personas migrantes en su tránsito por nuestro país donde, de acuerdo con el Comité persisten los tratos crueles inhumanos y degradantes que quedan en la impunidad, además de la falta de atención médica y la limitación de contactos con el exterior.<sup>340</sup>

## 3. Deportaciones ilegales por el estatus migratorio

Del año 2013 al 2014 se observa un incremento del 47% en las detenciones. De igual manera, cabe mencionar que solamente de agosto de 2014 a febrero de 2015 se han registrado 88 mil 624 eventos de detención, cifra que tras la implementación del Programa de la Frontera Sur y en un lapso de sólo siete meses ha superado las detenciones registradas en el año 2013.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> Cifras del informe *Derechos Cautivos, La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, A.C. Dignidad y Justicia en el Camino, A.C. (FM4 Paso Libre) Frontera con Justicia, A.C. (Casa del Migrante de Saltillo) Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría, S.J.- Universidad Iberoamericana Puebla. Sin Fronteras, I.A.P., México, 2015.

<sup>340</sup> Cfr. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. "Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y sus Familiares.", pfo. 33 en Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 74 de la Convención, 14 ° periodo de sesiones del 4 al 8 de abril 2011, Ginebra, 2011.

<sup>341</sup> Cifras del informe *Derechos cautivos, op. cit.*

De estas detenciones en la mayoría de los casos se sigue el retorno asistido, si es en la frontera sur, o la deportación de los extranjeros a sus países de origen. De manera que el Estado Mexicano captura a miles de migrantes en tránsito por el país, el Instituto Nacional de Migración (INM), dio a conocer que en enero se contabilizaron 14 mil 026 extranjeros presentados ante las autoridades migratorias, de los cuales un 85% ya fue regresado a su país de origen, tan sólo en enero de 2015.<sup>342</sup>

Señala la Relatoría:

“...el riesgo latente de la deportación debido al estatus migratorio es una grave condicionante que limita el acceso a la justicia de las personas migrantes e incrementa su condición de vulnerabilidad al alimentarse en ellas una percepción de desamparo total por parte de las autoridades... la constante de la extorsión es la amenaza de llevarlos o denunciarlos ante las autoridades migratorias...”<sup>343</sup>

En resumen, las violaciones a los derechos humanos de la población migrante se dan por: a) el contenido explícito de la Ley, la facultad de revisión migratoria sin la suficiente fundamentación y motivación es causa de detenciones arbitrarias; b) la falta de claridad en el texto de la Ley que permiten la interpretación y aplicación discrecional en las medidas de control migratorio; y, c) la omisión en el texto, vacíos que dan pie a dichas violaciones. Por ejemplo, en los casos de grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes no acompañados.

En este sentido, el espíritu de la ley que pretende respetar los derechos humanos de los migrantes no es llevado a cabo por las autoridades migratorias.

---

<sup>342</sup> Captura de migrantes en enero aumentó en 123% en comparación con 2014, Animal Político, 30 de marzo de 2015, Manu Ureste, <http://www.animalpolitico.com/2015/03/captura-de-migrantes-en-enero-aumento-un-123-en-comparacion-con-2014/>

<sup>343</sup> Informe de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Los derechos de las personas migrantes en la ciudad de México*, op. cit. p. 11.

## 5.6 Propuestas

Las llamadas de atención son varias y las recomendaciones también. Dado que la ley no ha mostrado su eficacia en sus pocos años de vigencia es necesario su reforma sobre todo en el apartado del proceso administrativo migratorio que permite la detención de personas migrantes sin la debida fundamentación. La detención (presentación o alojamiento), al ser una medida cautelar del orden administrativo, no debe implicar la privación de la libertad ya que la entrada irregular al Estado no es un delito. No se respetan las garantías del derecho administrativo, ni los principios constitucionales.

Es necesario suprimir la detención migratoria, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 21/2014 señala el principio de no detención de niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios, mismo que el estado mexicano debe observar. La privación de la libertad de NNA es contraria a lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Migración y el 112, además hay que considerar que los albergues del DIF son el lugar idóneo para los niños y no las estaciones migratorias.

Para evitar las violaciones al debido proceso establecidas en la Ley de Migración y su reglamento se necesitan abogados y defensores de oficio, gratuitos y tutores para NNA.

Implementar medidas de liberación y alternativas a la detención migratoria que permitan a los migrantes residir con libertad de circulación mientras se resuelve su situación migratoria.<sup>344</sup>

Entre las propuestas de Cartagena +30 se encuentra la necesidad de establecer políticas públicas y procedimientos que permitan fortalecer la detención y referencia de personas según su perfil (solicitantes de la condición de refugiado, víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, menores no

---

<sup>344</sup> Posicionamiento de la Sociedad Civil Mesoamericana en el Marco de la Conmemoración de Cartagena +30, propuesta 5.



acompañados, entre otros) en fronteras y rutas migratorias, que garantice el acceso y ejercicio de sus derechos, incluyendo a las personas que son privadas de libertad en centros de detención migratoria.<sup>345</sup>

Debido a que el tema migratorio trastoca diversas esferas de la vida pública e intervienen diversas instancias públicas de los diferentes niveles de gobierno tanto en la aplicación de la Ley como de la política migratoria, es necesario que el tema se vuelva transversal.

El principal reto es diseñar e implementar una reforma integral de la política de protección de la niñez en el país, ajustada a los estándares de la Convención de Derechos del Niño, donde se incluya sin exclusiones medidas y decisiones que afecten los derechos de NNA migrantes e hijos de migrantes.<sup>346</sup>

En resumen, los principales puntos que requieren atención por parte del Estado Mexicano son: la detención de extranjeros, la atención a grupos vulnerables, mejorar mecanismos de regularización migratoria, la institucionalidad de la política migratoria y el acceso a derechos por parte de los extranjeros.

Asimismo, como señalamos, la reforma constitucional del año 2011 que incorpora el control de convencionalidad y derechos humanos de fuente internacional al ámbito de protección constitucional son avances que permiten mejorar el trato de hacia las personas migrantes al incorporar estándares internacionales en la materia.

Estos avances muestran la apertura del sistema jurídico mexicano al Derecho Internacional, en particular respecto de las sentencias internacionales obligatorias y los criterios orientadores para el sistema judicial. Entre ellas, las obligaciones

---

<sup>345</sup> Posicionamiento de la Sociedad Civil Mesoamericana en el Marco de la Conmemoración de Cartagena +30, propuesta 3.

<sup>346</sup> En materia de niñez migrante véanse las recomendaciones hechas a México en el informe: *Niñez y migración en Centro y Norte América: Causas, políticas y desafíos*. Centro de Estudios sobre Genero y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Hastings (CGRS) y el Programa de Migración y Asilo del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina, febrero 2015.

contraídas por la firma de la Convención sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias o la Opinión Consultiva 21/2014 de la Corte Interamericana deben ser integradas.

Finalmente, el reconocimiento del derecho a migrar como un derecho humano puede solucionar los vicios de la ley, ya que se incorporan los principios que lo refuerzan (no detención, no devolución, no criminalización, la igualdad en el acceso a derechos entre nacionales y extranjeros, etc.) que son las principales fallas del Estado mexicano en contra de los derechos humanos de las personas migrantes.

## V. CONCLUSIONES

---

- El derecho a la nacionalidad como derecho humano tiene un carácter inderogable y fundamental, así reconocido por la jurisprudencia y normativa internacional.
- La nacionalidad es el derecho a tener derechos. El extranjero es quien no es nacional de un Estado. La diferencia entre nacionales y extranjeros se observa en los derechos de los cuales son titulares, principalmente los políticos.
- El Derecho Internacional consolida, dentro del denominado núcleo duro, derechos humanos fundamentales de los cuales son titulares tanto nacionales como extranjeros. En el caso de los migrantes se cuenta con la Convención Internacional sobre derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias como un mínimo jurídico.
- La nacionalidad no se equipara a origen étnico ni identidad. Las políticas migratorias de los Estados deben incluir un enfoque multicultural que proteja la identidad de las minorías y extranjeros.
- Las políticas de integración deben contemplar derechos de participación para los migrantes, entre ellos, derechos políticos por lo menos en el ámbito local.
- La ciudadanía por residencia, como criterio de adjudicación de derechos, permitiría a los extranjeros el goce de derechos de participación, por lo menos, en el ámbito local.
- Los movimientos migratorios cuestionan y modifican los límites entre nacionalidad y extranjería.
- La migración es un proceso transnacional que no puede ser regulado unilateralmente, por lo tanto, es necesaria una visión de conjunto para superar un problema común. Dada la naturaleza asimétrica de los movimientos migratorios los Estados de origen, tránsito y destino tienen responsabilidades compartidas.
- El mosaico que resultan los movimientos migratorios se separan en migraciones forzadas y económicas. Sin embargo, los trabajadores temporales, migrantes económicos, asilados y refugiados son términos que no contribuyen a la comprensión de las personas migrantes como sujetos con plenos derechos.
- Mientras que el DIDH establece el derecho a la libertad de circulación, es decir, la salida del territorio estatal. Los regímenes de extranjería y las políticas migratorias desarrolladas por los Estados establecen las bases de la entrada al territorio en base al criterio de soberanía.

- Las migraciones forzadas se ven protegidas por el orden internacional. La protección internacional debida a refugiados permite una excepción a la entrada al Estado de acogida.
- La protección internacional se rige por el principio de no devolución. El cual es extensivo a cualquier persona que con la expulsión del territorio se encuentre en peligro o temor fundado de persecución.
- Los principios internacionales de no discriminación, no devolución y reunificación familiar favorecen la protección y consolidación de un derecho a migrar.
- Mientras no se consolide un régimen de movilidad y migración, el refugio es una regla que favorece la migración al permitir la entrada al Estado de acogida.
- El deber de acogida implícito en la libertad de circulación no debería limitarse a criterios morales (refugio) sino que podría considerarse un derecho a migrar (entrada y salida) acorde al DIDH.
- La libertad de circulación es un derecho reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, el Derecho Internacional no establece obligaciones estatales al respecto, por lo tanto, sigue siendo una facultad soberana de los Estados.
- El derecho a migrar entendido como la entrada al territorio de un Estado es una conducta excepcionalmente permitida por los Estados. Los regímenes de extranjería establecidos por los Estados: de entrada, salida, estancia, expulsión, deben seguir los desarrollos del DIDH y principios con carácter de *ius cogens* en especial respecto de la expulsión de extranjeros.
- El derecho a migrar comprende los derechos de: no migrar, salir de un Estado, el tránsito seguro, ingresar a un Estado, permanecer en él y el posible retorno al país de origen. Que coinciden con el contenido de los regímenes de extranjería establecidos por el Estado de entrada, estancia y expulsión.
- El reconocimiento del derecho a migrar por parte de los Estados muestra el cambio de una política de control y gestión de flujos a una política migratoria no solo del respeto a los derechos humanos de los migrantes sino del derecho humano a migrar.
- El reconocimiento del derecho a migrar por parte del Estado Argentino implica un trato obligatorio hacia los migrantes conforme a los principios de derechos humanos.
- Los avances observados en la legislación argentina incluyen: la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, el criterio de reunificación familiar en los procesos de regularización migratoria, las garantías del

debido proceso en casos de detención y expulsión de extranjeros y en general dejar atrás el enfoque de control migratorio y de gestión de flujos.

- Dentro de los puntos pendientes en la política argentina encontramos la falta de más políticas de integración y respecto de los derechos políticos de los extranjeros.
- Respecto a México, las detenciones y expulsiones de extranjeros sin apego a las garantías del debido proceso, muestran una política migratoria de control que no corresponde a los compromisos internacionales del Estado y al espíritu de la Ley de Migración.
- México admite en su normativa los derechos humanos de las personas migrantes. Sin embargo, con el objetivo de: ordenar los flujos migratorios, flexibilizar la entrada, mejorar los procedimientos de regularización migratoria e incorporar estándares internacionales es que debería considerar un cambio en la política de control y reconocer el derecho a migrar.

## VI. Fuentes

---

### Bibliografía

ARENDRT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, España, Taurus, 1998.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, (director). *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, España, Bosch, 2008.

BENHABIB, Seyla, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, Traducción de: The rights of others. Aliens, residents, and citizens, 2004, trad. Gabriel Zadunaisky, Barcelona, España, Gedisa, 2005.

CANCADO TRINDADE, Antonio, *Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, San José, Costa Rica, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 1996.

\_\_\_\_\_, *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, segunda edición, Santiago de Chile, Chile, editorial jurídica de Chile, 2006.

CARBONELL, Miguel, *Introducción al Control de Convencionalidad*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

CARILLO SALCEDO; Juan Antonio, et. al., *El núcleo Duro de los derechos humanos*, Navarra, España, Antonio Marzal editor, ESADE Facultad de Derecho, J. M Bosch.

CASTILLO, Mireya, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2003.

CERIANI CERNADAS, Pablo, *Las políticas de admisión de inmigrantes. Miradas desde el Derecho Internacional y la Filosofía (Moral y Política)*, Buenos Aires, Argentina, Infoius, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2011.

CERIANI CERNADAS, Pablo, (coord.) *Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones*, Buenos Aires, Argentina, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2014.

CERIANI CERNADAS, Pablo y MORALES Diego, *Argentina, Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en*

*derechos humanos*, Argentina, CELS Centro de Estudios Legales y Sociales, FIDH Federación Internacional de Derechos Humanos, 2011, <http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS.FIDH.Migrantes.pdf>

CERIANI CERNADAS, Pablo, (Coord.) *Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, México, Fontamara, Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, Fundación Ford, 2013.

CORTÉS RODAS Francisco, *et. al.*, *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre editores, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía, 2011.

DE ASIS ROIG Rafael, *et. al.*, Marcos del Cano, Ana María, (coord.), *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2009.

DE LUCAS MARTÍN, Javier, *et. al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, España, Fundación BBVA, 2008.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional, Estudio Histórico-Crítico*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie H: Estudios de Derecho Internacional Público no. 8., 1982.

HERDEGENH, Mathias, *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et. al.*, *Derecho Internacional Público*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

JOPPKE, Christian, *Inmigration and the Nation State*, The United States, Germany and G.B, Oxford University Press, 1999.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, España, Paidós, 1996.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *et. al.*, *Derecho de Extranjería, asilo y refugio*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1995.

MEZZADRA, Sandro, *El derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Mapas, Traficantes de Sueños, 2005.

O'DONELL, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, México, Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México, 2007.

PENCHASZADEH, Ana Paula, *Política y hospitalidad*, Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2014.

PENCHASZADEH, Ana Paula, *et. al. (Inter) Institucionalidad de la política migratoria en Argentina. Desafíos a 10 años de la sanción de la Ley de Migraciones 25.871*, Buenos Aires, Argentina, Centro de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, 2015.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

VICTAL ADAME, Óscar, *Derecho Migratorio Mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, Universidad Anáhuac del Sur, 2004.

VITORIA, Francisco, *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1974.

### **Hemerograficas**

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, *et. al.* "Declaración Universal de derechos Humanos, ¿Norma de ius Cogens?", *Int. Law: Rev.*, Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, edición especial, 2008, núm. 12, pp. 13-34.

BOSNIAK, Linda, "Persons and citizens in constitutional thought", *International journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, vol. 8, 2010, núm. 1, pp. 9-29.

CANESSA MONTEJO, Miguel F., "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el *ius cogens* laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, serie Derecho social Internacional y Comunitario, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, año 2008, núm. 72, pp. 111-145.

CARENS, Joseph, "Inmigración y Justicia. ¿A quién dejamos pasar?", *Isegoria, Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid: Instituto de filosofía del CSIC, núm. 26, 2002.

CERIANI CERNADAS, Pablo, "Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos",



*Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, San Pablo, Brasil, año 6, núm., 10, junio de 2009,

CERIANI CERNADAS, Pablo, *et. al.*, “¿Estado de derecho o estado de excepción? La detención de migrantes en Estados Unidos según el Informe de la CIDH”, *Derechos Humanos*, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, publicado en la Base de Datos INFOIUS, Sistema Argentino de Información Jurídica, [www.infoius.gov.ar](http://www.infoius.gov.ar), año II, núm. II, 2013, pp. 131- 163.

CERIANI, CERNADAS, Pablo, “Migraciones y derechos humanos. El rol del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de Naciones Unidas. Desafíos y Oportunidades en un escenario complejo”, *Revista Derechos Humanos*, Sistema Argentino de Información Jurídica, Infoius, año III, núm. 7, septiembre 2014, pp.83-101.

\_\_\_\_\_ “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, Sao Pablo, Brasil, año 6, núm. 10, junio 2009, pp. 189-212.

CHUECA, SANCHO, Ángel G., “Ius migrandi y el Derecho Humano al desarrollo” *Eikasia. Revista de Filosofía*, España, núm. 8, enero 2007. <http://www.revistadefilosofia.org>

\_\_\_\_\_ “Contenido y Límites del ius migrandi”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, volumen 7, año 2013, núm. 2, pp.1-10.

CZAIKA Mathias, *et. al.*, “The Globalization of Migration: Has the World become more migratory?” *International Migration Review*. IMR, Center for Migration Studies, New York, año 2014, volumen, 48, núm. 2, verano 2014, pp. 283–323.

DE LUCAS MARTÍN, Javier, “Fundamentos filosóficos del derecho al asilo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, España, año 2, núm. 4, 1995, págs. 23-56.

\_\_\_\_\_ “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 13, 2006.

\_\_\_\_\_ “Por qué no son prioritarios los derechos humanos en las políticas de inmigración.”, *VII Jornadas Migraciones y Solidaridad*, Murcia, 3-7 de julio, 2002.

\_\_\_\_\_ “La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural”, *Eikasía. Revista de Filosofía*, España, mayo de 2006.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, núm. 11, marzo de 1991, pp. 39-51.

GORIS, Indira, *et. al.*, “La apatridia: qué es y por qué importa, título original: Statelessness: what it is and why it matters”, *Forced Migration Review*, Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford 3 Mansfield Road, Oxford, UK, núm. 32, año 2009, <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR32/contents.pdf>

GZESH, Susan, “Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos”, *Migración y Desarrollo*, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Red Internacional de Migración y Desarrollo México, núm. 10, 2008, pp. 97-126.

MATEOS, Pablo, *et. al.*, “Residence vs. Ancestry in Acquisition of Spanish Citizenship: A Netnography Approach”, *Migraciones internacionales*, volumen 6, núm., 4, julio-diciembre de 2012, pp. 10-45.

MENDOS, Luis y MUÑOZ, R., “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino”, <http://mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/3043>.

MORALES VEGA, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. XII, 2012, pp. 292-958.

MUIZNIEKS, Nils, “Addressing the human rights challenges underlying the criminalisation of irregular migrants and national minorities in Europe” Keynote speech by Council of Europe Commissioner for Human Rights, Consejo de Europa, Comisión de Derechos Humanos, The Centre for European Policy Studies Seminar Brussels, 22 febrero 2013.

NOVICK, Susana, “Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)”, Novick, Susana, (compiladora.), *Las migraciones en*

*América Latina. Políticas, culturas y estrategias*, Catálogos-Clacso, Buenos Aires, 2008.

NOVICK, Susana, "La política Migratoria argentina a contrapelo de la tendencia Mundial", *Voces en el Fénix*, Argentina, año 2012, núm. 21, pp. 1-35.

ORTEGA VELAZQUEZ, Elisa, "La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, volumen XIV; 2014, pp. 637-686.

\_\_\_\_\_ "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, pp. 185-221.

ROCHA REIS, Rossana, "Immigration crisis? Human Rights and security concerns in the maring of migration policies". Crise imigratória? Preocupações de Direitos Humanos e de segurança na elaboração de políticas migratórias, *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, año XVI, núm. 31, 2008.

SASSEN, Saskia, "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas", *Revista internacional de filosofía política*, 2006, núm. 27, pp. 19-40. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2149094>.

Is migration really increasing? *Migration Policy Debates*, [www.oecd.org/migration](http://www.oecd.org/migration) Mayo del 2014.

SAAVEDRA, Horacio, "Migración y Justicia", *Seminario Migración Irregular, Debates contemporáneos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 22 de noviembre de 2013.

TASTSOGLOU, Evangelia, "The Immigration Process and Minority Identities: Where We Are and What We Still Need to Know", Saint Mary's University.

TORRES MARENCO, Verónica, "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, núm. 122, (enero-junio 2011), pp. 41-76.

VARGAS LLOVERA, María Dolores, "Inmigración, etnicidad y pluralismo cultural", *Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad de Alicante, Escuela Universitaria de Trabajo Social, España, núm. 4, oct. 1996, pp. 77-85.

VELASCO, Juan Carlos, "Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global", *Revista ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Madrid: CSIC, mayo-junio, 2012.

Red Internacional de Migración y Desarrollo, segundo semestre 2006, "Conclusiones de la Conferencia sobre Migración y Desarrollo: Perspectivas desde el Sur", *Revista Migración y Desarrollo*, núm. 7, pp.218-224, <http://rimd.reduaz.mx/pagina/secciones?id=205>

DE LUCAS, Javier, "El modelo europeo de Políticas Migratorias: Razones de un fracaso y propuestas de reforma", *Seminario Permanente de Migraciones*, Debates sobre reformas migratorias en perspectiva comparada, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, "Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias", Caracas, Venezuela, 2 y 3 de julio de 2007, OIM. Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Argentina, 2007.

ANIMAL POLÍTICO, "Captura de migrantes en enero aumentó en 123% en comparación con 2014", 30 de marzo de 2015, Manu Ureste, <http://www.animalpolitico.com/2015/03/captura-de-migrantes-en-enero-aumento-un-123-en-comparacion-con-2014/>

EL PAÍS, "Un niño es el mundo entero", 4 de septiembre 2015, Juan Cruz, [internacional.elpais.com/internacional/2015/09/02/actualidad/1441216415\\_550941.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/02/actualidad/1441216415_550941.html)

THE GUARDIAN, Australia, entrevista a Francois Crepeau, "UN's Francois Crepeau on refugee crisis: 'instead of resisting migration, let's organise it'", Gabrielle Jackson, 22 de abril de 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-instead-of-resisting-migration-lets-organise-it>

## Otras

*Derechos Cautivos, La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, A.C. Dignidad y Justicia en el Camino, A.C. (FM4 Paso Libre) Frontera con Justicia, A.C. (Casa del Migrante de Saltillo) Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría, S.J.- Universidad Iberoamericana Puebla. Sin Fronteras, I.A.P., México, 2015.

*Niñez y migración en Norte y Centroamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Centro de Estudios sobre Género y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Hastings (CGRS) y el Programa de Migración y Asilo del Centro de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina, 2015.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *“El coste humano de la Fortaleza Europea: violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas”*, 2014.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *“Los derechos de los no ciudadanos”*, Nueva York y Ginebra, publicaciones de las Naciones Unidas, 2006.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, ACNUR, *“Apátridas del mundo, preguntas y respuestas”*, Ginebra, Suiza, 2006, [http://www.acnur.es/PDF/apatridas\\_preg\\_resp\\_20111228104516.pdf](http://www.acnur.es/PDF/apatridas_preg_resp_20111228104516.pdf)

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *“Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967”*, 1 de enero de 1992, <http://www.acnur.org/t3/0626.pdf>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *“Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas”*, División de Protección Internacional Ginebra, ACNUR, 2010, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786>

CENTRO DE ESTUDIOS HIPÁNICOS, Pew Center, *Net Migration from Mexico Falls to Zero—and Perhaps Less*, S. Passel Jefferey, Vera Cohn, González Barrera Ana, 23 abril del 2012, <http://www.pewhispanic.org/2012/04/23/net-migration-from-mexico-falls-to-zero-and-perhaps-less/>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Organización de los Estados Americanos, *“Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000”*, Capítulo V., Estudios Especiales, Segundo Informe de Progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, IV. Migración y derechos humanos, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev. 16 abril 2001.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre los derechos de las personas migrantes en la ciudad de México elaborado para la Relatoría Especial sobre los trabajadores migratorios y miembros de sus familias, México, Distrito Federal, julio 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe n° 51/01 caso 9903 Rafael Ferrer Mazorra y otros Estados Unidos de América, 4 de abril de 2001. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre: La expulsión de los extranjeros*, 64° período de sesiones, (7 de mayo a 1° de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012) Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10) Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

INTERNATIONAL MIGRATION INSTITUTE, “A Transatlantic Comparison of South North Migration: The experiences of Mexico and Morocco”, Policy Brief no.1, Gran Bretaña, 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “*International Migration Report 2013*”, Departamento de asuntos económicos y sociales, División de población, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/migration/migration-wallchart-2013.shtml>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “*Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y dignidad de los trabajadores migratorios*”, Resolución 3449 (XXX) de la Asamblea General, 9 de diciembre de 1975.

Informe Alternativo para el Comité por los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, 14° periodo de Sesiones, Evaluación sobre Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2011.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México, D. F., septiembre de 2013.

### **Normativa y jurisprudencia**

COMITÉ DE NACIONES UNIDAS DE DERECHOS DEL NIÑO, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General, número 6, septiembre de 2005.

COMITÉ PARA LA EMILINACIÓN DE LA DISCRIMINACION RACIAL, *Discriminación contra los no ciudadanos*, Recomendación General N° 30, 65 período de sesiones, 2004.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General N° 15, 27° período de sesiones, 1986.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)* respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general, número 29, 72° período de sesiones, 2001.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *La libertad de circulación (artículo 12)*, Observación General 27, 67° período de sesiones, 1999.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General N° 20, 42 periodo de sesiones.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General N° 3, 1990.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Sobre las trabajadoras migratorias*, Observación número 26, 42° periodo de sesiones, 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *caso Haya de la Torre, Colombia vs. Perú*, fallo 13 de junio de 1951.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asunto Notteböhm, Liechtenstein vs. Guatemala*, fallo 6 de abril 1995, <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum1948-1991.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Barcelona Traction Co. Ltd.*, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, 1 de octubre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, septiembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/2014, de 19 de agosto de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 218, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 272, sentencia 25 de noviembre de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C No. 84

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, serie C No. 52, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Serie C No. 127, Sentencia de 23 de junio de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Serie C No. 156.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Asunto C-135/08, *Janko Rottmann y Freistaat Bayern*, Ciudadanía de la Unión, Sentencia de 2 de marzo de 2010,



<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:113:0004:0004:ES:PDF>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 25 de julio de 2008.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Mario Vicente Micheletti y Otros vs. Delegación del Gobierno en Cantabria* Petición de Decisión Prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, España, Derecho de Establecimiento, beneficiarios Doble nacionalidad, Sentencia del 7 de julio 1992. Asunto C-369/90, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61990CJ0369&lang1=es&type=NOT&ancre>

FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, UNICEF, *Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño*, Centro de Investigaciones de UNICEF, Florencia, Italia, 2006.

Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, Naciones Unidas, Publicaciones de las Naciones Unidas, Estados Unidos, Nueva York, 1992.

Convención Internacional sobre derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias.

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

Declaración de Cartagena de 1984 sobre los refugiados.

Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones, Bolivia, 2010.

Posicionamiento de la sociedad civil mesoamericana en el marco de la conmemoración de Cartagena +30, Panamá, 2 de julio de 2014.

Conclusiones de la conferencia sobre migración y desarrollo. Perspectivas desde el sur, Bellagio 2006.

Ley de Migración argentina, N° 25.871, promulgada por el Poder Ejecutivo el 20 de enero de 2004.

Ley de Migración mexicana, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.