

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

“El impacto del Derecho Internacional en la política migratoria del Estado Mexicano”.

Tesis que para obtener del título de:

Licenciado en Derecho presenta:

Guillermina del Carmen Lincoln Strange Castro.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradezco a la
Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho
“Por mi raza hablará el espíritu”
Por su gran labor en el progreso de México.

Gracias Dios, nuestro Señor, por el don de la vida.

Con especial dedicatoria a:

Mi papá, por sembrar en mi el amor a la cultura, la razón, el arte y todas las cosas buenas que aprendo de él.

Mi mamá, quién te enseña desde comprar papas, encontrar tu propio estilo, hablar correctamente, hasta alcanzar tus anhelos y metas.

A la líder, el más inteligente, la más cariñosa, la más valiente, la más guapa, Isabel, Carlos, Teresa, Rocio, Dulce, Lincoln Strange Castro.

Para quienes decidieron irse lejos, Juan Carlos Castro Alcaraz, pero siguen presentes.

A la Familia Castro Alcaraz, por su apoyo.

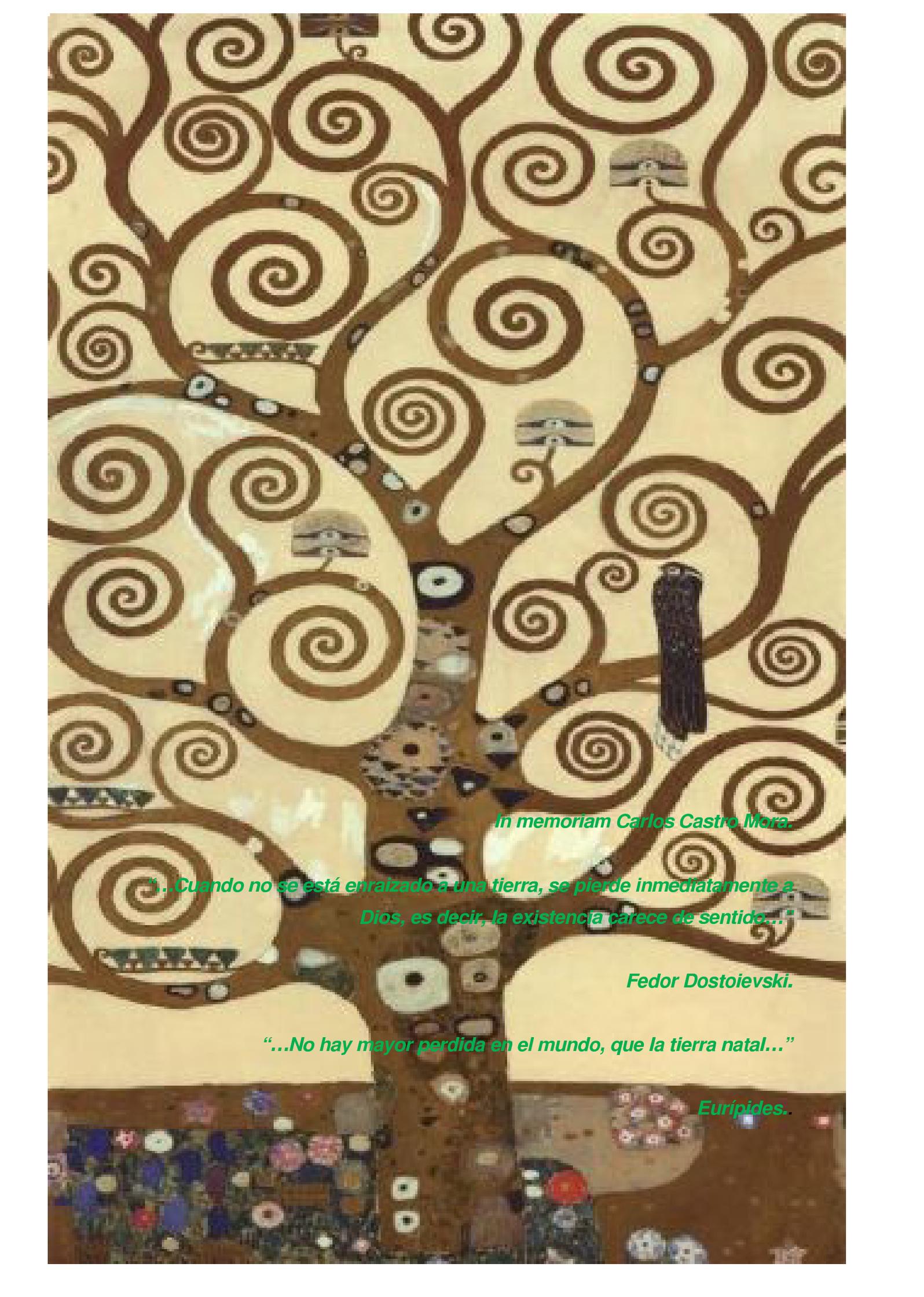
Quienes son parte de mi formación académica y humana, las religiosas Siervas de Jesús Sacramentado y de la Divina Infantita, las maestras Adriana Fabián, Martha Alicia Santiago, el Padre Reyes Muñoz Tonix, el Padre Xavier, el profesor Alberto Benítez Arias, responsables de mi educación.

Los profesores universitarios parte esencial de la Facultad, Alfonso Ochoa Hoffman, María Elodía Robles, María Fernanda Gonllardo, Ulises Ramírez Gil.

Más recientemente por su apoyo y dedicación a mi asesor Rodrigo Cervera Aguilar y López por el valor de la paciencia.

A la Maestra Rosa Elvira Vargas por sus atinadas correcciones.

Finalmente a mis compañeros de viaje, amigos, y confidentes...



In memoriam Carlos Castro Mora.

"...Cuando no se está enraizado a una tierra, se pierde inmediatamente a Dios, es decir, la existencia carece de sentido..."

Fedor Dostoievski.

"...No hay mayor perdida en el mundo, que la tierra natal..."

Eurípides.

Introducción	1
1. Marco teórico-jurídico de la migración	5
1.1 Problemática de los límites jurídico-internacionales a la soberanía migratoria de los Estados	5
1.2 El Estado y la soberanía	11
1.2.1 La noción de soberanía y el Derecho Internacional Público	11
1.2.2 Elementos del Estado, referencia particular a la población	20
1.2.4 Competencias regladas y discrecionales	29
1.2.3 Competencias territoriales y personales del Estado	26
1.3 La nacionalidad y ciudadanía	31
1.3.1 Nacionalidad	31
1.3.2 Ciudadanía	45
2. Soberanía territorial y Derecho de Extranjería	48
2.1 La migración internacional y la soberanía del Estado.	48
2.2 Modalidades de migración:	56
2.2.1 Inmigración	56
2.2.2 Emigración.	57
2.2.3 Refugiados y solicitantes de asilo	60

2.2.4	Repatriación	61
2.3	Antecedentes históricos de la migración	62
2.4	Contexto actual del fenómeno migratorio, una visión interdisciplinaria: factores económicos, sociales, políticos	66
3.	Políticas migratorias de los Estados y su marco jurídico	82
3.1	Políticas públicas y políticas migratorias nacionales	82
3.2	Derecho de Extranjería y Derecho Migratorio	88
3.2.1	Fuentes nacionales e internacionales	88
3.2.2	Sujetos	93
3.2.3	Objeto	96
3.3	Regulación internacional de la migración	96
3.3.1	Principios Generales de Derecho Internacional	96
3.3.2	Tratados	98
3.3.3	Decisiones judiciales.	107
3.4	Instituciones internacionales asociadas a la migración	117
3.4.1	Asilo, refugio y extradición	117
3.4.2	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR).	130

3.4.3	Libre circulación de personas en los tratados de integración regional.	132
3.5	Sistemas de tutela de derechos humanos y su incidencia en la materia migratoria.	142
4.	Regulación de la migración en México	147
4.1	Fuentes del Derecho Migratorio en México	147
4.1.1	Constitución	147
4.1.2	Tratados internacionales	153
4.1.3	Legislación migratoria.	159
4.1.4	Normas reglamentarias	162
4.1.5	Jurisprudencia.	163
4.2	Proceso y actores de la política migratoria en México	168
4.2.1	Fundamentos, principios, objetivos	168
4.2.2	Sujetos de la Política migratoria; autoridades y distribución de competencias en materia migratoria	175
4.2.3	Categorías migratorias en la Ley General de Población.	179
4.2.4	Proceso de la política migratoria en México	181

4.2.4.1	Definición	181
4.2.4.2	Ejecución	183
4.2.4.3	Control	189
4.2.4.4	Evaluación	191
4.3	Autoridades migratorias: Instituto Nacional de Migración, Secretaría de Gobernación, Consulados y oficinas consulares	193
4.4	El acto migratorio	200
4.5	Las calidades migratorias y criterios de clasificación	202
4.6	El procedimiento administrativo de admisión y calificación de extranjeros	203
4.6.1	Obtención de un estatus legal migratorio	203
4.7	Sanciones en materia migratoria	208
4.8	Medios de impugnación y defensa contra actos de la autoridad migratoria	215
4.8.1	Asistencia consular e interposición diplomática	215
4.8.2	Recursos administrativos y amparo administrativo	222
4.9	Propuestas	225
5.-	Conclusiones	231

6.- Fuentes consultadas	237
Anexo 1. Condiciones de Estancia establecidas en el artículo 52 de la Ley de Migración	250
Anexo 2. Países y Regiones que requieren y no requieren visa para viajar a México.	257

Introducción:

La migración es un fenómeno complejo que se ha convertido en un asunto de vital importancia para nuestro país; como se puede constatar en las constantes noticias entorno a migrantes y extranjeros en el país.

México es un país expulsor, de tránsito de migrantes y recientemente también de inmigración. Este complejo universo de tránsito de personas por nuestro país necesita atención por parte del Estado, y el desarrollo de una política migratoria integral tanto de inmigración como emigración, además de una adecuada regulación en Derecho Interno.

La necesidad de una revisión de la política migratoria mexicana, que permita garantizar el pleno respeto a los derechos humanos de los migrantes, tanto de los que se encuentran de paso por el país, como los que se encuentran fuera de México, nos mueve a realizar este estudio.

El control en las fronteras mexicanas de la entrada y salida de los extranjeros, no parece ser el más efectivo. Un elemento esencial del Estado es su población y esto incluye a todos los que residan en su territorio sean nacionales o extranjeros es por eso que la política migratoria del Estado mexicano no puede darse el lujo de ser planeada sólo por las circunstancias del momento; debe considerar los desarrollos del Derecho Internacional.

La realidad dinámica en que nos encontramos ha visto un desarrollo de normas relativas a los derechos humanos en Derecho Internacional que no pueden ser ignoradas por el Derecho Interno, con la excusa del respeto a la

soberanía del Estado en materia migratoria. Este desarrollo del Derecho Internacional, tanto en materia de derechos humanos como de normas específicas que contemplan al extranjero, en concreto la “Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, muestran la posibilidad de imponer límites al actuar soberano del Estado en materia de Derecho de Extranjería.

Las medidas discrecionales que toma el Estado en materia de política migratoria, como la admisión, expulsión de extranjeros, los criterios para otorgar un estatus legal migratorio deben revisarse en atención a las fuentes, y límites que impone el Derecho Internacional; ya que la actuación del Estado mexicano puede vulnerar derechos humanos reconocidos internacionalmente a los migrantes como la protección de la unidad familiar, al negar la visa, pedir demasiados requisitos para una entrada regular, expulsar extranjeros sin la debida motivación y fundamentación, todas decisiones discrecionales del Estado.

Las violaciones a derechos humanos de extranjeros y migrantes, recientemente señaladas por los medios de comunicación, organismos internacionales, y la propia sociedad civil nos describen una realidad ignorada por el Estado mexicano; el descuido de la normativa migratoria mexicana, así como a la falta de coherencia y armonía entre la política migratoria del país y el acceso a un estatus migratorio legal, que debería favorecer una migración legal y regular hacia el país. Las fronteras mexicanas son porosas, ¿las queremos más duras o más flexibles? ¿Con mayor movilidad? ¿Cómo regular la migración

por parte del Estado Mexicano? ¿Cómo lo han hecho otros Estados y en otras regiones del mundo? Las políticas migratorias de los Estados y la regulación internacional de la migración nos ofrecen respuestas.

Instituciones internacionales asociadas a la migración consolidadas, como el asilo, el refugio, las embajadas, consulados y con ellas los medios de defensa con los que cuentan los nacionales en el extranjero, la asistencia consular e interposición diplomática, el trabajo de la Organización de las Naciones Unidas, en especial mediante la actuación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, muestran la preocupación internacional por el fenómeno migratorio y la protección a las minorías por parte del Derecho Internacional. Ante estas instituciones, y el marco jurídico internacional de las migraciones; ¿Qué papel juegan las prácticas migratorias del Estado mexicano? ¿Cumplen con los fines y responsabilidades contraídas internacionalmente?

Ahora bien, en pleno siglo XXI, la era de la globalización y de la información nos descubrió la interdependencia de los pueblos del mundo. La nueva realidad multicultural nos motiva a revalorar y preservar la dignidad humana ya que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Esta realidad social, económica, y política ha transformado las comunidades; es por eso que México no se puede quedar atrás y necesita un ajuste en sus objetivos, prácticas y procedimientos migratorios, es decir, en la política migratoria.

Para dar un primer paso hacia el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes y su integración como seres humanos valiosos, analizaremos la regulación de la migración en México, a la luz del Derecho Internacional y sus fuentes. Dentro del Derecho migratorio mexicano, la legislación en la materia, ¿es suficiente, completa y sobretodo eficiente? ¿Respeto los desarrollos internacionales? El esperado cambio en la normativa migratoria dado con las reformas a la Ley General de Población, y la publicación de una Ley de Migración, se encuentra detenido por la falta del Reglamento de la Ley, ¿Qué motivos o excusas tiene la autoridad para no publicar el reglamento de la Ley?

Ante esta nueva realidad, de un mundo globalizado y multicultural, no queremos que se pierda el sentido de pertenencia que el ser humano tiene hacia su país, la nacionalidad y la ciudadanía no deberían ser categorías que sean causa de discriminación, confiamos en que la identidad y el vinculo de la nacionalidad sea lo suficientemente fuerte para que aún cuando se tome la decisión de migrar hacia otro país no sea acosta de la propia dignidad humana.

Esperamos que las conclusiones, reflexiones y propuestas del presente trabajo den frutos y motiven a otros a considerar los desarrollos internacionales en materia de migración.

1. Marco teórico-jurídico de la migración.

1.1 Problemática de los límites jurídico-internacionales a la soberanía migratoria de los Estados.

La soberanía como situación histórica, según el mayor consenso de la doctrina se ha desplazado intensamente a la dimensión internacional y empezó a ser relevante desde, la Paz de Westfalia en 1648, señalada como el punto de partida del moderno Derecho Internacional y el establecimiento de un sistema europeo de naciones.

En la antigüedad, bajo el imperio del Derecho Romano, el *ius gentium* regía las relaciones entre los pueblos o gentes; durante la Edad Media el concepto de comunidad jurídica internacional, entonces vigente, se basaba en la idea de un mundo cristiano, es decir, la sociedad cristiana internacional abarcaba todos los Estados pertenecientes a la Iglesia Católica, dado que el poder civil y eclesiástico se encontraban en una sola institución, no podemos hablar de soberanía sino es hasta el surgimiento de los Estados nacionales.

Recordemos que: *“La población del Estado se diversificaba en distintos grupos estamentales que estaban sujetos a derechos distintos. No regía el principio territorial, sino el principio personal... el territorio del Estado muchas veces no se hallaba delimitado con precisión, por estar trascendidos sus límites por subordinaciones feudales de diversos grados... los extranjeros estaban,*

*como huéspedes del rey.”*¹ El nacimiento de una comunidad de Estados soberanos, territoriales y nacionales, nos permite hablar de soberanía migratoria.

Es precisamente uno de los fundadores del Derecho Internacional, Francisco de Vitoria, quien al hablar de los títulos legítimos de la conquista española², considera el *ius migrandi*, al establecer diversas proposiciones: la primera puede llamarse de la sociedad natural y la comunicación, *ius communicationis*, la segunda el derecho a viajar y permanecer en aquellas provincias, *ius peregrinandi et illic degendi*, la tercera es el derecho a ejercer el comercio, y otros derechos como la participación de los españoles en los bienes comunes de los indios, el derecho a la ciudadanía de las personas nacidas de la relación entre españoles e indios. Vitoria, afirma el *ius peregrinandi et illic degendi o ius migrandi*, como el derecho de las personas a circular libremente y al establecimiento pacífico, como patrimonio universal de todos los seres humanos.

No obstante sus consideraciones con la consolidación de los Estados nacionales la soberanía en plenitud le permite el Estado ejercer facultades plenas, sobre su población y su territorio que le conceden decidir quienes serán sus nacionales, el tránsito por su territorio, el control de las fronteras -entrada y salida-, entre otras.

¹STADMÜLLER, Georg, Historia del Derecho Internacional Público, 1ª ed., Editorial Aguilar, Madrid, España, 1961, pág. 77.

²Cfr. VITORIA Francisco, Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1974, págs. 127-146.

De cierta manera, *“La soberanía se ha entendido como modelo westfaliano, como un acuerdo institucional para organizar la vida política basado en dos principios: la territorialidad y la exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad internas... La soberanía westfaliana se viola cuando actores externos influyen sobre, o determinan, las estructuras de autoridad internas.”*³

Para los fines de nuestro estudio consideraremos la soberanía desde su vertiente exterior, nos limitaremos a esta concepción, no pretendemos mostrar el desarrollo de la soberanía en el interior o algunos términos como soberanía popular; sólo hablaremos de los límites que le impone el Derecho Internacional.

En síntesis, las facultades personales y territoriales del Estado, y la territorialidad como esencia del mismo nos permiten hablar de una soberanía migratoria. El ejercicio de estas facultades de manera exclusiva dentro del territorio estatal determina el control del Estado sobre los movimientos migratorios.

Entonces si la soberanía es principalmente control ¿puede un Estado controlar los movimientos que atraviesan sus fronteras, en el mundo globalizado de hoy? En la opinión de Karsner: *“La incapacidad para regular el flujo de bienes, personas, productos contaminantes, enfermedades e ideas a través de las fronteras se ha descrito como una pérdida de soberanía... Cada vez son menos las actividades sobre las que los Estados pueden ejercer un control*

³KRASNER D., Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, 1ª ed., Editorial Paidós, Barcelona, España, 2001, pág. 36.

efectivo."⁴ Hablamos de una crisis de soberanía que se da principalmente por la globalización, mundialización y la apertura de fronteras.

Ahora bien si el desarrollo histórico de los Estados muestra que tanto ellos como los pueblos o naciones son autores del Derecho Internacional; los límites que él impone no deberían tener objeción. El ingreso de fuentes de carácter internacional al Derecho Interno, los desarrollos del Derecho Internacional en especial en materia de derechos humanos nos hablan también de crisis soberana, Forsythe sugiere que: *"Lo más importante de la regulación sobre derechos humanos es que establece un conjunto de normas para todos los Estados y para todas las gentes. Busca por tanto incrementar la unidad mundial y actuar contra los separatismos nacionales -pero no necesariamente contra las diferencias nacionales-. En este sentido, el Derecho Internacional de los derechos humanos es revolucionario, porque contradice la noción de soberanía nacional, es decir, que un Estado pueda hacer lo que le plazca en su propia jurisdicción."*⁵

Entonces tenemos: Soberanía *versus* Derecho Internacional, consideramos que la soberanía no puede ser absoluta puesto que generaría una libertad salvaje, libertinaje que vimos sin límites en la primera y segunda guerra mundial por lo tanto ahora la soberanía externa deja de ser absoluta por dos normas fundamentales: la paz y la tutela en materia de derechos humanos. Es mejor una comunidad mundial sometida al Derecho.

⁴ KRASNER D., Stephen, Soberanía, hipocresía organizada, op. cit., pág. 26.

⁵ Ibidem, pág. 41.

Parte de este desarrollo normativo se encuentra en disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas que contienen referencias a los derechos humanos, derechos fundamentales de las personas y dignidad de las personas. Como señala Carrillo Salcedo estas disposiciones significan *“Una profunda innovación en el Derecho Internacional en la medida que, a partir de ellas, el trato que un Estado dé a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeros, estará regulado por principios y normas jurídicas internacionales.”*⁶ Suponen una erosión de la soberanía estatal, puesto que imponen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización como a los propios Estados miembros, los cuales no pueden impugnar la competencia de la primera invocando el principio de excepción de la jurisdicción interna del artículo 2.7 de la Carta.

Erosión, crisis, límites... suena mal, pero a decir de Ferrajoli: *“En realidad, lo que ha entrado en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía, es precisamente su objeto: el Estado Nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales.”*⁷

Una posición más positiva sin hablar de crisis, la contempla M. Kotzur al hablar de las competencias del Derecho Internacional: *“No es que una esfera*

⁶CARRILLO SALCEDO, Juan A., “Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo”, citado por SAURA ESTAPA, Jaume, Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa, 1ª ed., Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, España, 1998, pág. 32.

⁷FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, pág. 148.

soberana se superponga a la otra, sino que los diversos ámbitos competenciales y los espacios soberanos se coordinan entre sí y se vinculan a través de un mecanismo de engrane de uno con el otro. El canon normativo típico, que manifiesta la decisión del Estado constitucional a favor de la cooperación internacional, estructura la soberanía mucho más de lo que la desplaza. La relativización de la soberanía no conduce a decirle adiós, sino a su reinterpretación como garantía estructural.”⁸

Si podemos considerar la soberanía como una garantía estructural, de coordinación entre Estados y de respeto al Derecho Internacional; entonces ¿Por qué no se respetan los derechos humanos de los migrantes, el endurecimiento de las fronteras y las políticas de migración de los países ricos?

Es decir: *“Un último factor que contribuye a dificultar la valoración de esta crisis de la soberanía es el hecho de que, al menos en uno de sus factores, el ejercicio de la soberanía se está incrementando de forma alarmante. Se trata del control fronterizo de las poblaciones. El tradicional derecho soberano a permitir o prohibir la entrada en el territorio nacional, se ha convertido en un derecho a la fortaleza y a la persecución del inmigrante legal o ilegal hasta la muerte.”⁹*

⁸HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, 1ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pág.72.

⁹BALBUENA, Cisneros Arminda *et. al.*, Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa, 1ª ed., Editorial Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello editores, Universidad de Alicante, España, 2000. pág. 62.

Es aquí donde tendremos que hablar de los límites a la soberanía migratoria de los Estados, límites al propio *ius migrandi*, siguiendo a Chueca Sancho, son: “1.-La seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral pública. 2.- La prohibición de toda propaganda a favor de la guerra. 3.-La apología del odio nacional, racial o religioso, que siempre incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia.”¹⁰

Además de estos límites, consideremos que las obligaciones internacionales contraídas libremente por el Estado, condicionan a la soberanía de manera que el trato a los extranjeros o migrantes, es una conducta por la que el Estado tendría que responder ante otros Estados por actos realizados en su propio territorio, restándole poder absoluto.

Ya que no está del todo muerta la soberanía, o por lo menos en materia de migración. La problemática que genera la libertad soberana de los Estados, y el control que puede ejercer el Derecho Internacional, es lo que intentaremos dilucidar en los apartados siguientes.

1.2 El Estado y la soberanía.

1.2.1 La noción de soberanía y el Derecho Internacional Público.

Hemos hablado de soberanía migratoria y los límites a la misma; pero ¿Qué debemos entender por soberanía, y qué relación tiene con el Derecho Internacional?

¹⁰CHUECA SANCHO, Ángel G., “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, (director), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2008, pág. 775.

Primeramente, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹¹ indica: *“soberanía. f. Cualidad de soberano. ||2. Autoridad suprema del poder público. ||3. Alteza o excelencia no superada en cualquier orden inmaterial. ||4.ant. Orgullo, soberbia o altivez”*.

Ahora, en su acepción jurídica, tenemos que soberanía en la definición clásica de J. Bodino es: *“poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos no sometido a las leyes.”*¹² Al comienzo del Estado moderno, el concepto surge como elemento defensivo de su independencia frente a otros poderes -imperio, Iglesia, señores feudales-; posteriormente, la idea de soberanía sirve para fortalecer y extender el poder del monarca absoluto. En su doble vertiente de poder supremo en el interior e independiente del exterior, la soberanía constituye en adelante un atributo esencial del Estado.

Además Bodino; considera a la soberanía como: *“aquel poder que es absoluto y perpetuo en la república y que se manifiesta, principalmente, en la capacidad de dar leyes dentro del respeto a las leyes de Dios y a la propiedad de sus súbditos. Dicho en otros términos, el mayor poder público.”*¹³

En qué consiste este poder público, nos continua diciendo: *“...Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás*

¹¹Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22.^a ed., en <http://lema.rae.es/drae/?val=soberan%C3%ADa>

¹²Diccionario Jurídico Espasa Calpe, Madrid, España, 1998, pág. 922.

¹³Cfr. BALBUENA, Cisneros, Arminda, *et. al.*, Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto soberanía, op. cit., pág. 58.

derechos están comprendidos en él: declarar la guerra o hacer la paz, conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados, instituir y destituir los oficiales más importantes... todos estos son los verdaderos atributos de la soberanía, y están comprendidos bajo el poder de dar la ley a todos en general y a cada uno en particular siempre que dicho poder se reciba sólo de Dios...”¹⁴

Este poder absoluto que implica la soberanía para dar la ley a todos, es en principio ilimitado, dentro de los confines territoriales del Estado, pero ¿encuentra algún obstáculo?

El mismo Bodino¹⁵ subraya que, en su concepción, la *summa potestas* está sometida, por un lado, al derecho divino y natural, y por el otro, a la *lex omnium gentium communis* -“ley común de todos los pueblos”-, es decir, el Derecho Internacional. Acotada jurídicamente y orientada al bien de la comunidad de naciones.

Claramente un límite a la soberanía es precisamente el Derecho Internacional, el derecho de gentes, puesto que los Estados no pueden actuar de manera aislada, absoluta y en completa libertad; ya que se encuentran insertos en una comunidad internacional.

Entonces, ¿este límite sólo afecta al exterior del Estado o en el interior sigue siendo absoluto su actuar? *“...La teoría de la soberanía del Estado tiende a justificar su supremacía al conferirle un carácter absoluto. La soberanía*

¹⁴BODINO, J., “Los seis libros de la república”, en ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, Prácticas de Derecho Internacional Público, 1ª ed., Editorial Bosch internacional, Barcelona, España, 2005, pág. 273.

¹⁵Cfr. HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, op. cit., pág. 91.

definiría al Estado mismo: sólo el Estado podría ser soberano...la soberanía del Estado no afecta a la jerarquía de los órganos gubernamentales en el interior del Estado, sino al lugar del mismo Estado en la jerarquía de los grupos humanos..."¹⁶ si la principal manifestación de la soberanía se da al exterior, en forma de independencia de los demás Estados y al no haber una jerarquía entre éstos en la comunidad internacional, entonces tendremos que hablar del principio de igualdad soberana de los Estados.

El desarrollo histórico de la idea de soberanía parece marcar la independencia del Estado respecto a otros poderes -al interior-, posteriormente se limitó a un territorio constituyendo el principio de territorialidad -al exterior-. La paz de Westfalia vinculó el pensamiento sobre soberanía con el de Estado territorial, pues se atribuía a ésta, precisamente en tanto poder territorial supremo, una función de garantía de la paz y la libertad. Posteriormente Vattel¹⁷ intentó hacer una interpretación amplia de la soberanía estatal y estableció una diferenciación con base en las siguientes características: autogobierno, independencia de otros Estados y vinculación directa al Derecho Internacional.

El nexo con el Derecho Internacional, actualmente coincide con el desarrollo de los derechos humanos y su positivización; ya que como nos dice Kotzur¹⁸: *"Una concepción actualizada de la soberanía tiene que ser desarrollada a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales"*. Vínculos, tales como tratados de cooperación, de integración

¹⁶ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, Prácticas de Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 271.

¹⁷Cfr. HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, op. cit., pág. 85.

¹⁸Cfr. Ibidem, pág. 92.

regional, la actuación de tribunales internacionales hasta la protección del individuo por el orden internacional.

Podemos pensar que la soberanía es una intervención del Derecho Internacional en campos de actuación tradicionalmente estatales, pero resulta ser que el trato que da un Estado a sus nacionales sí importa al orden internacional.

Esto es porque la soberanía no puede ser absoluta, necesaria pero no absoluta y en palabras de Kotzur: *“La soberanía es una idea ordenadora necesaria de la convivencia internacional, que ha sido positivizada en el artículo 2^a; párrafo primero, de la Carta de las Naciones Unidas, y que resulta todavía irrenunciable en la era de las relaciones supra estatales, pero en tanto fuente de justificación, no está dada de antemano de manera natural, no es un fin en sí misma y no es absoluta, así como tampoco la libertad puede ser jamás absoluta.”*¹⁹

Ahora bien, comprendemos que la libertad soberana tiene límites que implican al Derecho Internacional, entonces ¿qué significa esta soberanía?: *“..jurídicamente, la noción de soberanía expresada en Derecho Internacional es el conjunto de competencias y derechos de que cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados. Así entendida, la soberanía se nos muestra como un principio constitucional del Derecho Internacional, símbolo del hecho de que este último opera sobre la base de coordinación entre los Estados*

¹⁹HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, op. cit., pág. 107.

y no de subordinación entre los mismos, y su esencia consiste en el derecho a ejercer las funciones de Estado en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados...el principio de la soberanía del Estado es negativo, y su principal finalidad estriba en establecer ámbitos de competencias exclusivas de cada Estado... así como la plenitud de jurisdicción del Estado dentro de su territorio...”²⁰

Las competencias que tiene cada Estado son establecidas por el Derecho Internacional considerando un orden coordinado entre los miembros de la comunidad internacional, como todos son iguales, ésto implica el respeto a los demás Estados en sus derechos y obligaciones.

Es decir, que también debemos considerar su “...carácter positivo: al determinar el ámbito de competencia exclusiva de cada Estado, impone el deber de respetar los derechos y deberes de los Estados...”²¹

Ahora bien, una comprensión más funcional de esta noción incluso en su supuesto más característico y genuino: la soberanía territorial del Estado implica una relación necesaria entre el derecho de excluir a los demás Estados de un territorio determinado y el deber de desarrollar en dicho espacio la actividad estatal, es decir, sus funciones. Dentro de esta soberanía territorial podemos comprender a la soberanía migratoria.

²⁰CARRILLO SALCEDO, Juan A., “Soberanía del Estado y Derecho Internacional” citado por ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, op. cit., pág. 275.

²¹*Ibidem*, pág. 276.

Los principales sujetos del Derecho Internacional son los Estados; como entes colectivos, territoriales y soberanos que crean normas por acuerdo de voluntades, lo que implica una coordinación entre iguales. Así la idea de soberanía estatal en lo exterior, aunque presentada esencialmente como un signo de poder, tiene también elementos de limitación y exclusión. La soberanía en un sistema multiestatal supone que el Estado no tiene poder más allá de sus fronteras *-par in parem non habet imperium-*, una implicación, por tanto y al tiempo, una exclusión: los únicos agentes de la política internacional son los Estados. La declaración de soberanía estatal supone que el resto de los actores de poder social tienen como límite las fronteras de cada Estado y precisan de una nueva autorización para actuar cuando las atraviesan.²² El límite que son las fronteras, implica para el Estado una soberanía en materia migratoria.

El Derecho Internacional impone al Estado una serie de obligaciones basadas en una presunción: él dispone de los medios necesarios para el cumplimiento de sus deberes internacionales; deberes como la protección adecuada de extranjeros y de los derechos humanos en general, lo que le permite actuar en caso de ver fallas.

Si el Estado no cumple con sus deberes internacionales entonces la comunidad internacional posee un fragmento amplio de soberanía en materia de derechos humanos, junto con el Estado nacional soberano. Ella misma es parcialmente soberana en materia de derechos humanos, entonces la

²²Cfr. BALBUENA, Cisneros, Arminda, *et. al.*, Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto soberanía, op. cit., pág. 60.

comunidad de los Estados debe estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional ²³.

Dentro de las características del Derecho Internacional tenemos que es un sistema descentralizado, donde la creación de normas es de manera horizontal; el principio de no intervención implica la reserva exclusiva de las competencias del Estado sin intromisión del exterior, lo que marca su soberanía al exterior, es decir su independencia.

Autonomía que muestra el contenido jurídico internacional de la soberanía, en el asunto de la isla de Palmas, sentencia arbitral de Max Huber, que aclara que:

“...la soberanía en las relaciones internacionales equivale a independencia. La independencia respecto de una parte del mundo, es el derecho a ejercer en dicha parte las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado...”²⁴.

Lo que nos lleva a pensar en otro aspecto de la soberanía a considerar consistente en que: *“La soberanía se expresa también cuando se contraen libremente obligaciones, incluyendo las contempladas en los tratados; la idea sostenida de que la soberanía significaba no estar sometido a una instancia superior, ha caído en desuso con el paso del Derecho Internacional, de un*

²³Cfr. HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, op. cit., pág. 106.

²⁴CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, “*Asunto de la isla de Palmas*”, Sentencia Arbitral, Estados Unidos vs. Países Bajos, 4 abril 1928, en GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 5ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, pág. 528.

simple orden de coordinación a un sistema con rasgos de subordinación legal. A esto pertenecen especialmente las amplias competencias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la protección de la paz y la seguridad, que incluyen la intervención en las estructuras estatales internas en interés de la protección de los derechos humanos.”²⁵

La normativa internacional también nos da definiciones de soberanía. “La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974, considera que:

“Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluyendo la posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.”²⁶

Igualmente vemos la tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia hacia el exterior.

Coincidimos con Herdegenh al decir que: *“Se puede entender hoy en día la soberanía como la síntesis de los derechos soberanos que tienen los Estados sobre el territorio y las personas -territorialidad y nacionalidad- así como el derecho a un reconocimiento en el plano del Derecho Internacional.”²⁷*

El principio del Derecho Internacional humanitario, los derechos humanos, y la posibilidad de considerar al individuo como sujeto del mismo

²⁵HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, 1ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México–Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pág. 217.

²⁶Artículo 2, apartado 1.

²⁷Cfr. HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 220.

Derecho Internacional, la globalización y otros tantos fenómenos actuales pueden mermar la idea de soberanía absoluta.

En síntesis, el Estado es una “forma de realización de la libertad”, su monopolio de la violencia y de aplicación del derecho hace efectiva la protección de los derechos humanos. Pero el Estado también está vinculado a las garantías supra estatales de los derechos humanos, contra las cuales ya no se puede alegar, como escudo, la soberanía.²⁸

“Soberanía no quiere decir poder absoluto del monarca, así como tampoco se refiere al mito del poder originario e ilimitado de un pueblo presuntamente homogéno, sino que se funda más bien en la autodeterminación del individuo como elemento central de su dignidad humana y de su papel como ciudadano activo en el Estado constitucional y en la comunidad política que lo sustenta.”²⁹

1.2.2 Elementos del Estado, referencia particular a la población.

En la escuela clásica Alemana de teoría del Estado, Jellinek, define al Estado como una “*corporación territorial dotada de un poder de mando originario.*”³⁰ De esta definición derivan tres elementos: Territorio, población y poder.

²⁸Cfr. HERDEGENH, Mathías, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 81.

²⁹HÄBERLE, Peter, *et. al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, op. cit., pág. 80.

³⁰Cfr. CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 15.

Basados en una descripción de sus tres elementos, la población, el territorio y la organización política -gobierno *lato sensu*-, abrigados bajo la idea global y básica de la soberanía; podemos calificar al Estado como una organización de poder independiente sobre una base territorial.³¹

El Estado presupone, como unidad jurídica determinada, un territorio, un pueblo y poder estatales. Básicamente se le concibe como una corporación, como una persona jurídica. Ésta es territorial, esto es, actúa y se manifiesta en un espacio, una determinada circunscripción territorial. Otra de las características del Estado, igualmente esencial, es que actúa, se conduce de forma autónoma e independiente. Este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o simplemente, como la soberanía³².

“La Convención Sobre Derechos y Deberes de los Estados”, de Montevideo, de 1933 establece del Estado a nivel internacional:

“El Estado como persona del Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- a) *Población permanente,*
- b) *Territorio determinado;*
- c) *Gobierno*
- d) *Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.”*

³¹Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, 17ªed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2009, pág. 275.

³²Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª ed., editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 208.

Desglosando sus elementos el territorio es: *“El espacio físico dentro del cual la organización estatal ejercita en plenitud la propia potestad de gobierno, excluyendo en él cualquier pretensión de ejercicio de análogos poderes por parte de otros Estados.”*³³

El territorio es el segmento de la superficie terrestre, incluido el aire que esta sobre ella y de la tierra que ésta por debajo, así como una zona de 12 millas marítimas que constituye el mar territorial, plataforma continental subyacente hasta las 200 millas náuticas. Espacio claramente delimitado por fronteras.

El territorio estatal comprende tanto las aguas internas como el mar territorial. “La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, señala:

“1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. 2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.”-Artículo 2-

El gobierno en sentido lato es la expresión de la organización política del Estado. Esta estructura se manifiesta, en concreto, a través de los órganos encargados de llevar acabo la actividad social del mismo, tanto en el interior como en el exterior, a través de la creación de normas jurídicas que se

³³DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 276.

impongan a la población y a la propia organización gubernamental. Este conjunto de órganos debe ser efectivo, en el sentido de estar en condiciones de desarrollar las funciones estatales en la esfera interna y de hacer frente a los compromisos del Estado con otros sujetos del Derecho Internacional, en la esfera externa.³⁴

Ahora bien, para los fines de nuestra investigación nos enfocaremos en el ámbito personal del Estado, su población.

En palabras de Niboyet: *“El Estado está constituido por individuos... no es posible concebir un Estado sin individuos. Todo Estado debe determinar, por consiguiente, las condiciones mediante las cuales considera a los individuos como nacionales suyos; en otros términos: debe definir su propia sustancia.”*³⁵

El definir su propia sustancia refleja la posibilidad de otorgar una nacionalidad.

Una población como sustrato personal del Estado presupone una agrupación de seres humanos -nacionales-, vinculados en el tiempo y regidos por un mismo ordenamiento jurídico y un mismo gobierno. En este caso no es decisiva la homogeneidad idiomática, étnica, religiosa o cultural.³⁶ Pero sí debe tratarse de un grupo que por lo menos tenga un sentimiento de pertenencia. Así podemos hablar de Estados multinacionales y diversos, como es el caso de México que es una nación pluricultural usando la terminología constitucional:

³⁴Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 277.

³⁵CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 23.

³⁶Cfr. HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 73.

“Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...” pero unidos por el vínculo de la nacionalidad.

La población es el conjunto de personas que de modo permanente habitan en el territorio del Estado y están unidas a éste por el vínculo de la nacionalidad. Desde el punto de vista del Derecho Internacional es indiferente el dato sociológico de la mayor o menor homogeneidad de ésta en los aspectos étnico, cultural, lingüístico. Al caracterizar a la población como permanente se está haciendo referencia a su estabilidad relativa sobre el territorio del Estado.³⁷

Para el Estado y su población como uno de sus elementos constitutivos, la nacionalidad es precisamente el dato que da unidad y homogeneidad.

Ahora bien, las relaciones entre el Estado y la población dan lugar a las leyes que las van a regular. ¿El termino población comprende tanto a los estatales como a los extranjeros? Siguiendo a Climent³⁸ el objeto de la nacionalidad es precisamente, el establecer esa diferenciación. Son las leyes internas del Estado las que establecen las diferencias entre estatales o nacionales y extranjeros; en consecuencia, tanto unos como otros son sujetos de la aplicación de leyes que tienen igual origen: la legislación del Estado que ha sido creada por sus estatales.

La población también es constituida por ciudadanos y no ciudadanos. Dentro de los no ciudadanos encontramos a los menores de edad e incapaces

³⁷Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 276.

³⁸Cfr. CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 25.

que no tienen facultades para ejercer sus derechos políticos, y a los extranjeros domiciliados en el territorio estatal, quienes por su situación jurídica tampoco tienen facultades de carácter político. Cabe señalar la especial situación de los ciudadanos de la Unión Europea; quienes cuentan con derechos políticos, aunque no se encuentren domiciliados en el territorio de su nacionalidad. El Derecho comunitario europeo extiende al derecho a elegir y ser elegible en el ámbito municipal y en el de las elecciones del Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión.

La nacionalidad deriva del vínculo existente entre el individuo y el Estado, lo cual da lugar a una pertenencia con respecto del mismo, y a una consecuente protección diplomática por parte de éste.

El estudio de la nacionalidad, aun cuando afecta las relaciones internacionales, actualmente es materia de Derecho Interno, en tanto que se refiere al elemento población, el cual es de esencial importancia en la conformación de un Estado, y es éste, como soberano, el que decide quiénes serán sus nacionales o estatales.

Recapitulando, la nacionalidad sirve de fundamento de la estrecha y especial relación de derechos y deberes entre el Estado y sus nacionales. Los cuales, en su totalidad, conforman una asociación de personas, la cual viene a construir el Estado. Entre éstos existe una relación de reciprocidad intensa de

sometimiento al derecho por una parte y de otorgamiento de protección por la otra.³⁹

1.2.3 Competencias territoriales y personales del Estado.

Considerando los elementos del Estado podemos descubrir su esencia, territorio, población, poder y soberanía, que le permiten realizar sus funciones principales.

En su dimensión estrictamente jurídica, la soberanía del Estado tiene un carácter acusadamente funcional, porque si el Derecho Internacional reconoce soberanía a los Estados es precisamente para que éstos realicen sus funciones. Las cuales consisten en velar por los intereses generales y permanentes de una comunidad humana asentada sobre un territorio, y la justificación y el fundamento último de la soberanía reside en el cumplimiento de tal función.⁴⁰

Por otro lado, las competencias inherentes a la soberanía son concedidas a los Estados por el Derecho Internacional. Una de las funciones de este ordenamiento es la competencial, es decir, la de distribuir las competencias entre éstos. Es justamente el importante principio de igualdad soberana de los Estados, el que hace imperativa la distribución de competencias entre ellos.⁴¹

³⁹Cfr. HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 193.

⁴⁰Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 11ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008, pág. 291.

⁴¹Cfr. Ibíd., pág. 292.

Considerando los elementos del Estado, las funciones que realiza dentro de su territorio, se consideran competencias territoriales. De manera que las funciones basadas en las personas, en la población son competencias personales.

En palabras de Pastor Ridruejo⁴²: *“Se trata de competencias en que la base determinante de su ejercicio es el territorio del Estado, independientemente de la nacionalidad de las personas afectadas, y se habla por ello en la doctrina de competencias territoriales. Y es posible asimismo que la base del ejercicio de las competencias no sea el territorio del Estado sino la condición de súbditos o nacionales de las personas afectadas, pudiendo ser ejercidas aquellas fuera del territorio. Estamos entonces ante las llamadas competencias personales.”* Son más las competencias territoriales puesto que, constituyen la soberanía territorial.

El hecho de que las competencias personales del Estado se ejerzan normalmente sobre una base territorial, esto es, dentro del territorio propio, no impide que a veces tengan un alcance extraterritorial. Alcance conocido dentro del principio de extraterritorialidad.

El Estado ejerce frente a sus nacionales una competencia llamada personal. Esta competencia le permite la adopción de ciertas medidas ante sus nacionales donde quiera que se encuentren, esto es, los nacionales, personas

⁴²Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 294.

físicas o morales, no dejan de estar sometidos al poder normativo del Estado respectivo por el solo hecho de cruzar la frontera.⁴³

Entonces la principal competencia personal del Estado es otorgar la nacionalidad, que en el fondo es decidir quienes serán sus nacionales, su pueblo; como dice Aguilar Navarro⁴⁴: *“Por la nacionalidad el Estado determina una dimensión de su propio ser; traza el ámbito de su competencia personal.”* Ya que todo individuo desde que nace queda dentro del ámbito de la competencia personal de un Estado, y por este motivo él le confiere su condición de estatal o nacional.

Al estar sometidos al poder del Estado, éste ejerce una jurisdicción personal; *-personal jurisdiction-* la cual ofrece los fundamentos para el reconocimiento del poder reglamentario del Estado sobre sus nacionales -y en un ámbito más limitado también sobre los extranjeros que se encuentran dentro de su territorio-.⁴⁵ En el marco de la jurisdicción personal, un Estado puede, con ciertos límites, reglamentar la conducta de sus propios nacionales aun cuando éstos se encuentren por fuera de su territorio.

“Pero el hecho de ejercer el Estado su supremacía territorial sobre toda persona que se encuentra en su territorio, sean nacionales o extranjeros, esto excluye la posibilidad de que la jurisdicción de Estados extranjeros sobre sus

⁴³Cfr. GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 3ªed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, pág. 530.

⁴⁴Cfr. CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 27.

⁴⁵Cfr. HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 193.

*nacionales pueda llevarse efectivamente a cabo en el territorio de otro país.”*⁴⁶

Como una consecuencia del principio de territorialidad, aceptado éste, las más de las veces como base de la competencia jurisdiccional de los Estados

1.2.4 Competencias regladas y discrecionales.

Ya que el Derecho Internacional otorga a los Estados, las competencias que les corresponden, según sus elementos, también reglamenta unas y otras las deja a su total libertad e independencia soberana, es decir que hay cuestiones que son totalmente libres, soberanas y otras en las que impone límites.

Cuando el Derecho Internacional atribuye competencias a los Estados puede imponerles además criterios o límites respecto al ejercicio de las mismas, es decir, reglamentando su ejercicio. En la medida en que el Derecho Internacional asigna límites o impone criterios a los Estados en el ejercicio de sus competencias puede hablarse de *competencias regladas* o no discrecionales.⁴⁷

Por ejemplo, como ya vimos, el otorgar la nacionalidad, es a la vez una facultad personal y discrecional del Estado porque él establece los criterios para considerar a sus nacionales y reglada por tener como pautas el *ius soli*, *ius sanguini*.

⁴⁶GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 482.

⁴⁷Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 292.

Por el contrario, cuando el Derecho Internacional se circunscribe a atribuir competencias a los Estados sin señales cortapisas o imponerles criterios respecto al ejercicio de las mismas, esto es, sin reglamentar este ejercicio, se habla de *competencias discrecionales*, o exclusivas, o asuntos de jurisdicción interna. Por ejemplo, los Estados tienen libertad en la orientación general de su política de inmigración y de ahí que unos sean al respecto más liberales que otros sin que por ello se infrinja al Derecho Internacional.⁴⁸

Competencias discrecionales son la libertad de elección de sus sistemas político, económico, social y cultural; la formulación de la política exterior, la libre determinación de aranceles; libre circulación de bienes y servicios... En estas competencias opera el principio de no intervención.

Otro ejemplo es el: *“...el llamado “derecho de asilo” ... tradicionalmente señalado como una facultad jurídica soberana de conceder refugio a individuos perseguidos, condicionándose su ejercicio a una casi absoluta discrecionalidad por parte de los Estados... no existe hasta hoy en día conforme a Derecho Internacional positivo, una obligación jurídica a cargo de los Estado, de otorgar el asilo...lo que sí está plenamente consagrado en Derecho Internacional es la facultad jurídica para todo Estado soberano de garantizar el asilo en su territorio a toda persona que fundadamente así lo solicite...”*⁴⁹

Como vimos, la llamada crisis de la soberanía, hace que haya más competencias reglamentadas que discrecionales; por lo que cabe afirmar; con

⁴⁸Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 292

⁴⁹GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 183.

Pastor⁵⁰, que: *“la interdependencia creciente entre los Estados está ampliando cada vez más el ámbito de las competencias regladas y reduciendo el de las competencias exclusivas o discrecionales, esto es, el campo de sus libertades soberanas.”*

En lo que se refiere a la proyección de la soberanía sobre las personas, hay que señalar que el ejercicio de las competencias del Estado respecto de todas aquellas que se encuentren bajo su jurisdicción, aun perteneciendo en principio al *ámbito reservado* de actividad estatal, debe respetar las reglas del Derecho Internacional relativas a los derechos humanos y a la especial protección debida a determinadas categorías de personas.⁵¹

1.3 La nacionalidad y ciudadanía.

1.3.1 Nacionalidad.

Hablamos de la nacionalidad como una competencia personal y que es discrecional para el Estado otorgarla, pero ¿qué constituye la misma? ¿Qué debemos entender por nacionalidad?

Es la población elemento esencial del Estado; quienes la integran tienen la calidad de nacionales, ciudadanos o extranjeros, siendo libre la voluntad del Estado de decidir quienes ostentaran esta calidad.

El concepto actual de nacionalidad se desarrolla a partir de los siglos XVI y XVII con la aparición del Estado Nacional. En la antigüedad no existe la

⁵⁰PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 293.

⁵¹Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 278.

calidad de nacional o nacionalidad. Surge así como un elemento de unidad, de conformación del Estado mismo. Con anterioridad al siglo XVIII apenas si podían relacionarse ciudadanía y nación, pues ambos conceptos estaban ligados a diferentes entidades socio-políticas. Los ciudadanos de las antiguas *polis* griegas debían su estatus cívico a una ciudad en particular, a la que les unía un fuerte vínculo... sin embargo, esta condición no excluía un sentimiento de “sentirse griego”, que Heródoto bien definió como *“la misma sangre y la misma lengua, templos y sacrificios comunes y semejanza de costumbres.”*⁵²

Podemos decir que estas características son la base sociológica, de la nacionalidad que enlaza individuos por una compleja red de relaciones que tienen su origen en la sangre, la raza, el territorio, el lenguaje, la religión, la historia y la cultura.⁵³

La evolución de estas ideas se da hasta el siglo XVII, la palabra “nación” tenía connotaciones distintas de las de hoy en día, y en esa fecha empezaba ya a convertirse en sinónimo de “país” o “patria” y a ser utilizada para designar a sus habitantes. Así, a medida que la palabra “ciudadano” se despojaba de su connotación municipal para acercarse a la de Estado, lo mismo ocurre con el término “nación”.⁵⁴

Ahora bien, la definición más corriente de esta materia sostiene que: *“la nacionalidad constituye una relación jurídica entre una persona y un Estado,*

⁵²HEATER, Derek, Ciudadanía. Una breve historia, 1ª ed., Editorial Alianza, Madrid, España, 2007, pág. 163.

⁵³Cfr. LÓPEZ MEZA, Judith Selene, La Documentación a Extranjeros, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 3.

⁵⁴Cfr. Ibíd., pág. 3.

*que se caracteriza por la existencia de ciertos deberes y derechos recíprocos entre el Estado y el individuo.”*⁵⁵ Este vínculo es jurídico aunque tenga bases sociológicas o históricas.

Encontramos el derecho humano a la nacionalidad en el artículo 15 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”:

“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.”

Y en el artículo XIX de la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”:

“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que éste dispuesto a otorgársela.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que la nacionalidad es un derecho humano fundamental generalmente reconocido y que actúa como límite a la competencia del Estado en la materia, de tal manera que ya no puede considerarse que la determinación de los criterios para su concesión y privación se halle única y exclusivamente en una sola jurisdicción estatal.⁵⁶ Hablamos de una sola jurisdicción estatal, puesto que existen conflictos de doble o múltiple nacionalidad; por lo que se deben considerar

⁵⁵ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et. al.*, Derecho Internacional Público, 1ª ed., editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2008, pág. 358.

⁵⁶ Cfr. 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, Solicitada por el gobierno de Costa Rica, San José, Costa Rica, párr. 36 y 42., en GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 608.

ciertos principios internacionales. Empero la Opinión considera que el artículo 20 de la Convención Americana no limita la discreción que siempre ha caracterizado la potestad de los Estados con respecto a la naturalización.

Mientras que La Corte Internacional de Justicia, en 1955, emitió su propio concepto de nacionalidad, definiéndola como:

“Un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes.”⁵⁷

El Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados en la Convención de 1954 sobre el estatuto de Apátridas, establece sobre la nacionalidad que:

“Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.” -Artículo 1-

Ahora bien, el contenido del derecho a una nacionalidad abarca tres derechos distintos: el poseerla, el derecho a retenerla, es decir, no ser privado de ella arbitrariamente y el derecho a cambiarla.

De estas ideas de nacionalidad y sus contenidos consideramos que el derecho a ésta contempla los siguientes principios:

1. Toda persona debe tener una nacionalidad.

⁵⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *“Asunto Notteböhm”*, Liechtenstein vs. Guatemala, Fallo del 6 de abril de 1955, en GÓMEZ ROBLEDOS VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 610.

Por definición, un Estado soberano sólo puede atribuir una sola y única nacionalidad, y no dos, tres o más nacionalidades, y esto conforme a todo el derecho consuetudinario internacional.

A la primera regla corresponden dos excepciones: la apátrida y la doble o múltiple nacionalidad. Apátrida se refiere a la falta de nacionalidad, se llega a ella cuando no existen documentos que respalden el origen de la persona, cuando el Estado al que pertenece juzga pertinente despojarla de su nacionalidad, o bien cuando vive fuera de su país de origen por más tiempo del permitido en las disposiciones legales del mismo.

2. Toda persona desde su origen debe tener nacionalidad.
3. Puede cambiarse voluntariamente la nacionalidad, con el asentimiento del Estado.

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto, según la normativa internacional. Tanto la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” y la Declaración Americana como la Convención Americana imponen la misma condición a la privación de la nacionalidad, a saber: que no puede llevarse a cabo en forma arbitraria.⁵⁸

4. Cada Estado determina soberanamente quiénes son sus nacionales.

Como vimos en apartados anteriores existe una soberanía migratoria para los Estados y ciertas competencias exclusivas. Lo que nos permite decir

⁵⁸Cfr. O'DONELL, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, 1ª ed., editado por Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México, México, 2007, pág. 567.

junto a Mateu: *“Que la determinación de la nacionalidad es una cuestión de la competencia reservada de los Estados está respaldado por la práctica estatal y la jurisprudencia internacional. En 1923, el TPJI declaró en el asunto relativo a los Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos que en el Estado actual del Derecho Internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden, en principio, a ese dominio reservado.”*⁵⁹

El Derecho Internacional puede imponer límites al Estado, lo que suele ocurrir a través de tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos.

Modos de adquisición de la nacionalidad:

Corresponde a cada Estado legislar sobre la adquisición, la pérdida y en su caso la re-adquisición de la nacionalidad. Entonces, ¿cómo se adquiere la nacionalidad?

Todo Estado soberano posee, *prima facie*, una competencia propia para atribuir su nacionalidad a los individuos que hayan nacido en su territorio o bien que residan en el mismo. Sin embargo, la jurisprudencia en general es uniforme, en el sentido de señalar que el ejercicio de esta competencia no es discrecional, esto es, que la atribución de la misma va a estar condicionada por

⁵⁹TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2007, pág. 109.

ciertos requisitos de fondo para poder ser válida u oponible ante terceros Estados.⁶⁰

Estos requisitos son universalmente reconocidos, a decir de Herdegenh: “...el Derecho Internacional le traslada adicionalmente a los Estados en forma individual los presupuestos para reglamentar la nacionalidad. De acuerdo con esto cada Estado determina cuándo alguien adquiere o pierde la nacionalidad. Sin embargo los Estados no pueden reglamentar sin restricción alguna. El Derecho Internacional contempla determinados criterios para el reconocimiento de la adquisición o pérdida de la nacionalidad... existen dos principios reconocidos... el principio de filiación -*ius sanguinis*-... y el *ius soli*...”⁶¹

Así los criterios de atribución de la nacionalidad de origen son prácticamente universales: esto es, por filiación, *ius sanguinis*, por la vinculación con el territorio, *ius soli*, y por la voluntad expresa que permite a una persona adquirir con base en su petición, una nueva nacionalidad, es decir, la nacionalidad por naturalización. La cual es comúnmente subordinada a diferentes condiciones, como puede ser una cierta edad, residencia, asimilación⁶².

Entonces, primeramente el criterio *ius soli* se da en función del territorio donde se nace, por nacer en México somos mexicanos; mientras que el *ius sanguinis*, deriva del parentesco consanguíneo, los hijos tendrán la

⁶⁰Cfr. GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 527.

⁶¹HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 195.

⁶²Cfr. GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, op. cit., pág. 530.

nacionalidad de los padres; nuestros padres son mexicanos luego entonces somos mexicanos.

El instrumento jurídico que regula primordialmente la atribución de la nacionalidad en México es la Constitución Política:

“Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A- Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B- Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.”

Tenemos que México reconoce ambos principios universales, y podemos hablar de un sistema mixto en la adquisición de la nacionalidad. Adicionalmente se habla de un tercer presupuesto para adquirirla, el *ius domicilii* el cual se refiere a reconocer al nacido la estatalidad del país donde sus padres estén domiciliados. Por domicilio se entiende el lugar en que un individuo establece su morada fija y permanente y en su acepción jurídica, puede ser también el lugar en el que tiene el principal asiento de sus negocios, o el que señale para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, -tal como lo indica el artículo 29 del Código Civil Federal-.

Estos principios universales hablan de “...*El reconocimiento generalizado de la dimensión humana que tiene la nacionalidad, cuya posesión debe considerarse un elemento integrante del valor de la dignidad del ser humano en la Sociedad Internacional, por lo que no puede dejarse exclusivamente a la mera voluntad discrecional del Estado...*”⁶³

Nacionalidad efectiva.

Si otorgar la nacionalidad es una facultad discrecional del Estado, para ser válida frente a terceros Estados debe contemplar el principio de nacionalidad efectiva. En palabras de Verduzco “...*si bien la nacionalidad*

⁶³SAURA ESTAPA, Jaume, Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa, 1ª ed., Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, España, 1998, pág. 45.

*otorgada por el Estado es, prima facie, válida completamente en el plano interno, no lo es, por el contrario, y en todos los casos, en el plano del Derecho Internacional...”*⁶⁴

La nacionalidad efectiva es precisamente un presupuesto para ejercer plenamente la protección diplomática, implica que no quede duda de ésta para el caso de que un Estado pretenda ejercerla a favor de sus nacionales.

La protección diplomática la veremos más adelante, por ahora nos limitaremos a decir que se trata de la protección de personas naturales o jurídicas a través de su Estado frente a tratos violatorios del Derecho Internacional por parte de otro Estado. El presupuesto para esto es, en principio, que la persona tenga al momento en que se cometió la violación la nacionalidad del Estado reclamante. Además nos dice Herdegenh⁶⁵... presupone el agotamiento de los recursos internos *-local remedies rule-*...sólo en la medida en que los recursos locales sean efectivos y prometan la posibilidad de éxito.

Este es precisamente el aporte del caso *Nottebohm*, en donde la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la nacionalidad otorgada por un Estado, para poder ser oponible a un Estado tercero no debía ser “ficticia”. La nacionalidad debía ser efectiva y sustentarse en una vinculación real entre el individuo y el Estado que le otorga su nacionalidad.

⁶⁴GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas Selectos de Derecho Internacional*, op. cit., pág. 528.

⁶⁵Cfr. HERDEGENH, Mathias, *Derecho Internacional Público*, op. cit., pág. 197.

*“La Corte debe examinar si la nacionalidad conferida a Notteböhmer 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...”*⁶⁶

Es de vital importancia ya que *“...por la internacionalización de los derechos humanos, pretende estar más acorde con la realidad contemporánea en la que la mundialización de la economía y las migraciones generan que algunos individuos pierdan vínculos estrechos con el Estado de su nacionalidad, o adquieran la nacionalidad por nacimiento o filiación en Estados donde no tiene una conexión tan estrecha...”*⁶⁷

Entonces, la nacionalidad debe ser efectiva, y sustentarse en una vinculación real entre el individuo y el Estado que le otorga su nacionalidad.

La nacionalidad tradicionalmente se ha definido como la pertenencia propia de un individuo a la población constitutiva de un Estado; como un vínculo jurídico que posee en su base un hecho social de cohesión, de adhesión, una unión efectiva de existencia, intereses y sentimientos, en donde los factores tales como la historia, la lengua, la religión, la cultura, juegan un rol preponderante, pero siempre variable, según las circunstancias dentro de ese conjunto de tradiciones y de ideales comunes.⁶⁸ Lo más deseable será siempre,

⁶⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *“Asunto Notteböhmer”* Liechtenstein vs. Guatemala, fallo 6 de abril 1995 en GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas Selectos de Derecho Internacional*, op. cit., pág. 63.

⁶⁷TORROJA MATEU, Helena, *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, op. cit., pág. 115.

⁶⁸*Ibidem*, pág. 529.

en la medida de lo posible, que la noción jurídica de nacionalidad coincida lo más estrechamente posible con la noción sociológica, tanto sobre el plano colectivo como sobre el plano individual.

Ahora bien, los efectos que genera la nacionalidad, tanto en Derecho Interno como Internacional son: principalmente tener derechos políticos, deberes militares, habilita en su caso la protección diplomática y evita casos de apátrida.

Una vez contemplado quienes son nacionales de un Estado podemos considerar quienes son los extranjeros. El concepto de extranjero tiene un significado jurídico preciso en las sociedades modernas: designa a aquellas personas que no poseen la nacionalidad o ciudadanía del país donde habitan.⁶⁹

Es un concepto claro, simplemente son extranjeros quienes no son nacionales. En palabras de José María Espinar Vicente⁷⁰: *“Obviamente, extranjero es el que no es nacional y, por tanto constituye un concepto negativo. Pero no debe olvidarse que extranjería significa también, el estatuto jurídico del que se halla investida la persona que no es nacional.”*

Entonces los extranjeros se encuentran bajo un régimen jurídico, el régimen de extranjería, que considera sus derechos y obligaciones. El Derecho Internacional contempla esta situación, es decir que: *“El Derecho Internacional consuetudinario siempre ha sometido a especiales restricciones el poder*

⁶⁹Cfr. MAIGESINI, Graciela, *et. al.*, Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad, 1ª ed., Editorial Libros de la Catarata, Madrid, España, 2000, pág. 183.

⁷⁰Cfr. CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, op. cit., pág. 24.

*reglamentario de los Estados respecto de los extranjeros.”*⁷¹ Primeramente su aceptación dentro de su territorio es una decisión de cada Estado. -Soberanía migratoria- Pero esta decisión puede verse restringida por la obligación de garantizar la libertad de establecimiento o la libertad de circulación de los trabajadores, contemplados en acuerdos regionales de integración económica, acuerdos de libre comercio así como en otros acuerdos bilaterales o multilaterales.

También obliga a los Estados a garantizar a los extranjeros en su territorio un estándar mínimo legal que puede estar por encima o por debajo de los derechos que un Estado le otorga a sus propios nacionales. Puede haber una igualdad de trato respecto a los nacionales o una preferencia por los nacionales. Nuestra Constitución establece:

Artículo 32. “La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad...

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos,

⁷¹HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 195.

cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.”

Al estándar mínimo del Derecho Internacional pertenecen la protección jurisdiccional frente a medidas soberanas y la tutela mediante las fuerzas del orden en el caso de atentados en contra de la integridad corporal, la vida y el patrimonio, un proceso penal justo, la protección frente a detenciones arbitrarias, así como la responsabilidad en el caso de medidas ilegales de los órganos estatales.⁷²

Pero hay que considerar que el estándar mínimo de tratamiento a los extranjeros ha perdido su significado 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.

Un ejemplo de ello es la “Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares”⁷³ que reconoce a los migrantes legales un derecho a participar o a ser consultados en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales a pesar de ser extranjeros o no contar con la calidad de ciudadanos.

Después de sus derechos mínimos, tenemos que su principal limitación es estar excluidos de toda actividad política, votar y ser votado, es decir, sus derechos políticos.

⁷²Cfr. HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 211.

⁷³En su artículo 42.2.

El individuo sujeto de los derechos políticos es concebido por la normativa internacional en términos más restrictivos que el sujeto de los otros derechos humanos, pues la nacionalidad es generalmente reconocida como requisito de su titularidad. Tanto el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, como la Convención Americana identifican *al ciudadano* como sujeto de los tres aspectos de los derechos políticos, a saber: la participación en la gestión de los asuntos públicos, la participación en elecciones –voto y candidatura- y el acceso a las funciones públicas. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos” reconoce a toda persona como sujeto de estos derechos en relación con “su país”.⁷⁴

Hablamos de ciudadano y no de extranjero, puesto que casi todos los Estados subordinan la calidad de ciudadano a la de nacional: *“solamente puede ser ciudadano el que es nacional, ya sea que tenga una nacionalidad originaria o una nacionalidad adquirida por naturalización u otra causa.”*⁷⁵

1.3.2 Ciudadanía.

Ahora bien, la ciudadanía es una característica adicional a la nacionalidad, comprende sólo a una parte de los nacionales, aquellos legalmente calificados para ejercer los derechos políticos; por tanto, todo ciudadano es nacional, pero no todo nacional necesariamente es ciudadano.⁷⁶

⁷⁴Cfr. O’DONELL Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit, pág. 743.

⁷⁵JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et. al.*, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 360.

⁷⁶Cfr. LÓPEZ MEZA, Judith Selene, La Documentación a Extranjeros, op. cit., pág. 12.

Deriva de la voz latina “*civitas*” y se puede definir como el otorgamiento de la capacidad de ejercicio pleno de los derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes otorgan e imponen a un nacional, cuando éste ha reunido ciertos requisitos adicionales a la nacionalidad.

De la confusión doctrinaria entre Estado y Nación deriva la de nacionalidad y ciudadanía. Nacionalidad es un concepto eminentemente sociológico; implica la pertenencia o integración natural con un grupo étnico y cultural específico, dotado de un profundo sentimiento de solidaridad y de un peculiar estilo de vida. La ciudadanía, por su parte, constituye una especie del género estatalidad, de suerte tal que sólo pueden ser ciudadanos, tener ciudadanía, quienes previamente ostenten el carácter de estatales o nacionales.

Además, “es la facultad de ejercer funciones de carácter político, lo que se llama sintéticamente “jus honoris” y “jus suffragi”, 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.”⁷⁷

Así los ordenamientos jurídicos usan el concepto de ciudadanía en una pluralidad de significados, relacionados con la nacionalidad como vínculo jurídico, por ejemplo⁷⁸:

1.- Ciudadanía como concepto más restrictivo que nacionalidad. Excluyendo a las personas nacionales que sean menores de edad o que por

⁷⁷JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et. al.*, Derecho Internacional Público, op. cit., pág. 360.

⁷⁸Cfr. RUIZ VIEYTEZ Eduardo J., Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006. pág. 174.

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

La Constitución Mexicana contempla de manera restrictiva quienes son ciudadanos:

Artículo 34. *“Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:*

I. Haber cumplido 18 años, y

II. Tener un modo honesto de vivir.”

Consideremos además *“Lo que señala la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, el concepto de ciudadanía tiene generalmente dos significados principales:*

1. Una condición legal de permanencia a un Estado.

2. Membresía -o cualidad de miembro- en una comunidad que no necesariamente se define como Estado nación. Por ejemplo la ciudadanía europea, la ciudadanía universal o la ciudadanía postnacional.

No obstante, habremos de recordar que la utilización frecuente de la ciudadanía en su primer significado conduce con frecuencia a convertir en sinónimos los conceptos de nacionalidad y ciudadanía.”⁷⁹

Confusión que se da porque en principio no se puede ser ciudadano sin ser nacional de un Estado, con la ya señalada excepción de la situación de los ciudadanos de la Unión Europea.

2. Soberanía territorial y Derecho de Extranjería.

2.1 La migración internacional y la soberanía del Estado.

Andar de un país a otro, nos vuelve modernos nómadas, semi sedentarios, o simplemente somos personas en busca de una mejor calidad de vida.

¿Qué debemos entender por migración internacional, todos los movimientos humanos de frontera a frontera se consideran migración internacional? La Organización de las Naciones Unidas considera migrante a quien vive fuera de su país de origen por más de un año. La verdad, es mucho más difícil aclarar la situación, ya que algunos migrantes terminan siendo ciudadanos de su nuevo país; otros regresan temporalmente realizando una

⁷⁹CHUECA SANCHO, Ángel, El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones, op. cit., pág. 756.

migración circular, los repatriados; los que se encuentran huyendo de situaciones de guerra, catástrofes ambientales, incluso políticas, que no les permiten regresar a su país. Es por eso que; algunos autores⁸⁰ consideran que actualmente más que una migración internacional es transnacional. Por ahora; ha sido posible hablar de una migración internacional en el sentido de que las migraciones suponían un desplazamiento unidireccional y unitemporal de un país a otro. Desde ya algún tiempo, se ha comenzado a hablar de una creciente migración transnacional para dar cuenta de un nuevo fenómeno: las esferas de vida y proyectos de los migrantes no se localizan ya en un único espacio; los ahora denominados transmigrantes, sus espacios sociales, abarcan varios espacios geográficos... los migrantes desarrollan redes, actividades, modos de vida e ideologías que conectan y cubren sus lugares de origen con las sociedades receptoras; proceso a través del cual los migrantes forjan y mantienen relaciones sociales simultáneas que unen a sus sociedades de origen con las de acogida.

Estos flujos migratorios actuales, donde los vínculos con el país de origen no se destruyen de forma definitiva, ponen en cuestión el concepto mismo de ciudadanía moderno y las instituciones jurídico-políticas basadas en el Estado-nación. La emergencia de un sistema económico global, caracterizado por flujos transfronterizos y comunicaciones globales, está

⁸⁰Cfr. GONZÁLEZ FERRERAS, Julia, *et. al.*, Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos, 1ª ed., editado por la Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2005, págs. 103 y 104.

transformando el modelo de la soberanía y la territorialidad como una relación exclusiva.⁸¹

Como expresión de esta exclusividad y al ejercer la soberanía territorial, los Estados desarrollan una normativa, Derecho de extranjería, que regula la relación que se genera entre el extranjero y el Estado.

El Derecho de extranjería se encarga de la situación jurídica, de los no nacionales y el control de su entrada al territorio; los migrantes irregulares o ilegales, en creciente proporción han provocado el establecimiento de procesos de regularización específicos más intensos, la adopción de nuevas medidas de control más eficaces, levantar muros, más vigilancia en las fronteras, es decir un nuevo control tanto del Derecho de extranjería como administrativo y de policía.

Esta regulación por parte del Estado en un principio protege su propia esencia, su población, de intromisiones externas, extrañas como la propia etimología de extranjero: *“La etimología negativa resulta, incluso, de la misma palabra “extranjero”, nuevo compuesto semántico que remite a lo que no es de mi “gens”. Extra-genus, lo opuesto a “ingenus”: justamente el término latino para la designación del hombre libre. No podemos por menos que proponer la siguiente interpretación: el extranjero es el esclavizado, el que, por su propia naturaleza, carece de la virtud de la libertad...”*⁸² parece muy lejano que los

⁸¹Cfr. GONZÁLEZ FERRERAS, Julia *et. al.*, Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos, op. cit., pág. 97.

⁸²OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración, 1ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004, pág. 29.

extranjeros se puedan considerar esclavos, habrá que preguntarles a los ilegales trabajando en Estados Unidos como se sienten.

¿Por qué consideraríamos esclavos a los extranjeros? Ruiz Vieytez aclara: *“La razón principal de la normativa de inmigración o extranjería alude a una cuestión de seguridad y protección ciudadana contra la invasión de un foráneo que pretende asaltar nuestro espacio vital comunitario, próspero y democrático. La normativa de extranjería, reflejo a su vez de los posicionamientos colectivos frente al fenómeno inmigratorio, es una normativa de fundamento xenófobo y excluyente, tanto porque aprecia al extranjero fundamentalmente como una amenaza, como por que se nutre primordialmente del miedo a lo extraño y del temor a las alteraciones del sistema de bienestar establecido en beneficio interno de la comunidad.”*⁸³

Frente a esta posición, la libertad de circulación y de movimiento constituye uno de los derechos humanos fundamentales; *ius migrandi*, derecho que reconoce tanto el Estado como la comunidad internacional.

Recordemos que: *“Según la tesis estatista, los DH sólo los concede el Estado y por tanto a él exclusivamente le corresponde decidir en materia de extranjería. Por regla general, el Estado suele atribuir derechos casi únicamente a las personas que le están ligadas por el vínculo de la nacionalidad. Tal regla es deducida de la soberanía del Estado, obligado por el Derecho Internacional Público a controlar efectivamente su territorio y su población... no obstante, la*

⁸³OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración, op. cit., pág. 112.

población de un Estado no está formada tan sólo por sus nacionales, sino que incluye todas las personas dependientes de su jurisdicción.”⁸⁴

La creación del Estado nación implicó en su momento la exclusión de su sistema de derechos de las personas que generalmente se hallaban fuera de su territorio, que fueron definidos como extranjeros. Basta contemplar cuales han sido las administraciones encargadas de la gestión de las relaciones de extranjería. Primero el ejército, que durante el siglo XIX acaparó las competencias en esta materia. Los visados de entrada y salida de extranjeros, sus permisos de circulación, el mismo derecho a la residencia y a la estancia en territorio nacional, correspondía su emisión y expedición al Capitán general de la región militar de la frontera de la que procediese el extranjero⁸⁵.

Pero actualmente surge el extranjero como acreedor de derechos humanos concedidos por el Derecho Internacional Público. Por lo que podemos afirmar que: *“Se está produciendo el paso desde el clásico Derecho de Extranjería al Derecho Internacional de las Migraciones; de esta manera el extranjero se transforma en inmigrante.”⁸⁶*

Ahora bien, el extranjero en el marco de las pasadas y modernas normas de extranjería, coloca directamente su persona en una situación de déficit en su capacidad de obrar: frente a la plenitud del ciudadano, cuyos derechos

⁸⁴CHUECA SANCHO, Ángel G., *El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones*, op. cit., pág. 752.

⁸⁵Cfr. OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, *Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración*, op. cit., pág. 112.

⁸⁶CHUECA SANCHO, Ángel G., *El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones*, op. cit., pág. 755.

subjetivos fundamentales encuentran su fundamento en la constitución, la persona del extranjero, aunque reconocido como persona, requerirá continuamente de permisos, autorizaciones, licencias, concesiones entre otros. Todas ellas dependientes de una tutela conferida al Estado. Es decir que, el ejercicio de todos estos derechos dependerá precisamente de la soberanía migratoria de los Estados.

El reconocimiento de los extranjeros ha jugado, en algunas ocasiones como nuevo elemento discriminador, desde el que se ha construido toda una escala de categorías jurídicas que, como las de máxima garantía, como es el caso de los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, que gozan plenamente de sus derechos humanos, hasta las situaciones de apátrida más radicales, pasando por estas categorías de refugiados, asilados, ilegales, clandestinos, con algunas situaciones de auténtica degradación jurídica.

Integrar o exiliar a los extranjeros parece ser el dilema, estos dos movimientos pueden promover o no la fraternidad -proclamada desde la revolución francesa-. Situaciones que nos hablan de una crisis de ciudadanía y de la vinculación de ésta con el disfrute de los derechos fundamentales. Si esta en crisis la ciudadanía, también la idea de nacionalidad, y con ella el mismo Estado, lo que nos haría regresar a la crisis del concepto moderno de soberanía que se produce tanto en sus relaciones internas como externas. *“La desvinculación de la participación político social del hecho de la ciudadanía, por un lado y esto tanto en la dialéctica de los nacionalismos interiores como en el fruto de las migraciones, y por otro la fuente dinámica del intervencionismo*

internacional, con las llamadas operaciones de injerencia humanitaria, han reducido radicalmente la competencia del Estado en el ejercicio de la voluntad soberana.”⁸⁷

Las normas de extranjería han venido a contribuir a la defensa de ese espacio nacional haciendo imposible la participación de los otros en el reparto de los bienes de la nación. En este sentido Oliván⁸⁸, un tanto pesimista considera que todo el Derecho de extranjería es la articulación de mecanismos de exclusión de los mercados: del laboral a través de un cúmulo de autorizaciones previas, del empresarial a través de las exigencias administrativas, del político, a través de la radical exclusión de la participación en la vida ciudadana, del propio Estado a través de la siempre presente posibilidad de expulsión.

Si nacionalidad y ciudadanía son conceptos clave para la integración. Entonces al vincular la extranjería al concepto nación -definido como su opuesto: extranjero es el que no es nacional- se desarrolla esta función de exclusión, y el Derecho de extranjería se convierte en la mecánica encargada de la separación.⁸⁹

Entonces no es el estatus jurídico del extranjero lo que preocupa al legislador, sino la salvaguarda de una soberanía que defiende justamente frente a ese extranjero. El Derecho Internacional ha venido a regular las relaciones de extranjería en su consideración como sistema de derechos humanos; aunque

⁸⁷OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración, op. cit., pág. 57.

⁸⁸Cfr. Ibidem, pág. 112.

⁸⁹Cfr. Ibidem, pág. 153.

se limiten a extranjeros legales, consagran libertades y derechos inherentes a la persona humana con independencia de la nacionalidad.

De manera que ¿Es posible conciliar la apertura de las fronteras y la libertad de circulación con la soberanía y la seguridad de los Estados? Un elemento básico del concepto de soberanía es la prerrogativa del Estado de proteger sus fronteras y su seguridad. El control de la inmigración es un atributo fundamental de esta prerrogativa. Así pues con frecuencia se cita la soberanía y la seguridad como factores absolutos que excluyen la libre circulación en un mundo sin fronteras.⁹⁰

En resumen, *“...En el cuadro que estamos trazando debe integrarse también la erosión de los vínculos de nacionalidad producidos por los poderosos movimientos migratorios y desplazamientos no temporales de población... sobre las lealtades individuales, en la medida en que el inmigrante, sin perder su vínculo con el Estado de origen generará nuevos en el Estado de residencia; sino que, al militar a favor de la pluralidad demográfica de los Estados receptores de la inmigración, distinguiendo en su seno entre ciudadanos y extranjeros, contribuirá a producir una transformación de la comunidad política intraestatal, tendencialmente podrá generar minorías de*

⁹⁰Cfr. JAN KUNZ, *et. al.*, “Gestionar la Migración: ¿Hacia el régimen perdido?”, en PÉCOUD, Antonie, Paul de Guchteneire (Directores), Migración sin fronteras. Ensayos sobre la libre circulación de las personas, 1ª ed., editado por Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, Francia, 2008, pág. 147.

distinto signo y afectará... al propio concepto de ciudadanía..."⁹¹ Empecemos por ver un poco de esos poderosos movimientos migratorios.

2.2 Modalidades de migración:

2.2.1 Inmigración.

La inmigración es el acto de inmigrar, es decir, de entrar a residir temporal o permanentemente en un país distinto al de origen. Ir a vivir a un país extranjero con la intención de establecerse en él.

Las razones que provocan la inmigración son complejas y tienen relación con el marco individual de decisiones, el proceso familiar/social y el contexto económico, social y político nacional. A su vez, todos estos elementos están condicionados por la globalización de los procesos económicos y culturales.⁹²

Desde la perspectiva del mercado de inmigración y partiendo de la base de que las personas son maximizadores de su renta, las personas migran de las zonas de bajos ingresos a las de altos, cuando los costes de movilidad son bajos.

Si la atracción para migrar se da del lado de la demanda de trabajadores: entonces las migraciones internacionales se producen por la demanda intrínseca de las sociedades industriales modernas. Este punto de partida

⁹¹PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, La provincia del Derecho Internacional, 1ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004, pág. 138.

⁹²Cfr. MAIGESINI, Graciela, *et. al.*, Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad, op. cit., pág. 239.

considera⁹³ que las migraciones no se generan por los factores de expulsión en los países emisores, sino por los factores de atracción de los receptores, quienes experimentan una necesidad crónica e inevitable de trabajadores de origen extranjero; por lo que es difícil que los gobiernos puedan influir sobre las migraciones internacionales a través de políticas que modifican escasamente las tasas de remuneración y de desempleo: los inmigrantes llenan una demanda de trabajo que tiene un lugar estructural dentro de las actuales sociedades posindustriales, y para influir sobre ella se requieren cambios profundos en la organización económica.

2.2.2 Emigración.

La emigración es el acto de emigrar, es decir, de dejar el país natal para residir temporal o permanentemente en otro.

Cuando María Moliner, en su *Diccionario de uso del español*, enumera términos que tienen parentesco semántico con el verbo “emigrar”, propone los siguientes: desarraigarse, desterrarse, exiliarse, expatriarse, trasplantarse. Y para especificar el sentido de emigrar, aporta estas definiciones:

“Marcharse una persona de su patria para establecerse en otro país. Ausentarse temporalmente del país propio para trabajar en otro en determinada época del año; por ejemplo, en la siega o la vendimia. Trasladarse los animales,

⁹³Cfr. MAIGESINI, Graciela, *et. al.*, Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad, op. cit., pág. 241.

*periódicamente o definitivamente, de un país o de un sitio a otro, por exigencias del clima, de la alimentación o de la reproducción.”*⁹⁴

¿Cómo identificar ambos movimientos, emigración de inmigración?; parece un juego de palabras ya que ambas acciones significan un movimiento, pero si la etimología no nos falla, el prefijo *in* indica acciones hacia dentro mientras *ex*, hacia fuera por lo que podemos decir que emigrante es quien sale de su país para residir en otro mientras quien llega es inmigrante; entonces dependerá de la entrada o salida de personas, los mexicanos en Estados Unidos son emigrantes para México, mientras que son inmigrantes para Estados Unidos.

Ahora bien, la emigración podría significar más beneficios para los países; ya que la salida de su población puede constituir una válvula de escape ante posibles conflictos sociales y económicos, dada la insuficiencia de respuestas a las demandas de sectores ciudadanos. Mientras que la inmigración es objeto de mayor control y regulación, la internación de nacionales de otros países se enfrenta a la prevalencia del derecho del Estado receptor por encima del derecho individual, y el derecho de libertad de tránsito.

De manera que los emigrantes se mueven de muchas maneras diferentes y por diversas razones, pero siguiendo a Peter Stalker⁹⁵ podemos proponer cinco categorías:

⁹⁴RIERA, Ignasi, Emigrantes y refugiados. El derecho Universal de la ciudadanía, 1ª ed., Editorial Plaza & Janés, Barcelona, España, 2002, pág. 90.

De poblamiento: se trata de personas que se proponen vivir para siempre en su nuevo país. Particularmente a países de la “vieja inmigración” Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

Trabajadores de temporada: son admitidos en el país de destino con la condición de que sólo se quedarán durante un periodo corto de tiempo; para actividades en la agricultura principalmente. El número más elevado de trabajadores de temporada lo encontramos en el Golfo Pérsico. Kuwait, por ejemplo, tiene aproximadamente trescientas mil empleadas domésticas, sobre todo de Sri Lanka y la India⁹⁶.

Profesionales cualificados: incluye empleados de multinacionales que deben desplazarse de un país a otro. También se suele incluir a los estudiantes extranjeros.

Trabajadores sin documentación en regla: algunos han entrado clandestinamente, otros agotado su visado de turista, conocidos como ilegales o irregulares.

Refugiados y asilados: migrantes que se trasladan debido a circunstancias políticas: huyen de la guerra, de luchas civiles, de conflictos étnicos, o de violaciones a los derechos humanos. Algunos son considerados inmediatamente como *refugiados*, a menudo en países vecinos. Otros se

⁹⁵Cfr. STALKER, Peter, Emigrar no es una ganga. Mitos y realidades, 1ª ed., Editorial Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2004, pág. 12.

⁹⁶Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONOMICOS Y SOCIALES, División de población, “*International Migration Report 2005*”, Nueva York, Estados Unidos, 2006, en <http://www.un.org/esa/population/publications>.

convierten en *solicitantes de asilo*. Los refugiados y solicitantes de asilo no siempre tienen derecho a trabajar, pero muchos trabajan ilegalmente.

Estos movimientos se dan por múltiples razones, consideremos los motivos entre ellos, la reunión familiar mueve a las mujeres y niños, o las llamadas migraciones forzadas en el caso de refugiados y solicitantes de asilo; hasta el cambio climático y los desastres naturales influyen.

2.2.3 Refugiados y solicitantes de asilo.

Otra modalidad de migrantes son los refugiados o asilados, de acuerdo con la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo”, 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.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”⁹⁷ consagra el derecho a “buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”. Este derecho se aplica en caso de “persecución” es decir que la persecución no sea motivada por delitos de Derecho común. El asilo, *stricto sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, mientras que el refugiado es más amplio. Como veremos más adelante.

2.2.4 Repatriación.

Términos como repatriación, deportación, expulsión, extradición se confunden. Todos implican la idea de abandono del territorio nacional; hecho por los extranjeros en cumplimiento de un acuerdo del gobierno del país que los rechaza de su seno. Los individuos sujetos a procedimiento de deportación ya acordada o que debe acordarse, viven ilegalmente en el país; por una sanción a la ley migratoria; el legislador ha querido que se haga abandonar las fronteras como sanción. El principal fundamento es de carácter público y son razones de seguridad nacional.

La extradición es un mecanismo de cooperación internacional, donde un Estado reclama jurisdicción sobre un presunto culpable, aquí se trata de entrega. En tanto que en el caso de violar la normativa migratoria hablamos de expulsión del territorio. Finalmente la repatriación es el acto por el cual un nacional retorna a su patria.

⁹⁷En su artículo 14.1.

Estas expulsiones deben respetar los derechos humanos de los extranjeros legales o ilegales en el territorio donde se encuentren. Ya que resultaran graves la lesiones que puede causar la repatriación, reflexionemos en los centroamericanos que regresan a su país procedentes de México; su cultura, lengua son idénticas a la nuestra; pero no deben permanecer en el país.

2.3 Antecedentes históricos de la migración.

El intentar una breve reseña histórica de la migración será difícil considerando que desde que el hombre, *homo sapiens*, decidió salir de África hacia Europa podemos hablar de migración. En el mundo antiguo el Imperio Romano significo movimientos migratorios en Europa, lo mismo durante la Edad Media con los cruzados hacia tierra santa. Más recientemente durante los siglos XVII y XIX el tráfico de esclavos también puede considerarse migración y claro los propios movimientos colonizadores. Estos movimientos significaron una migración masiva de europeos al nuevo mundo; después los habitantes de las antiguas colonias buscaron una vida mejor en Europa. En la historia más cercana los movimientos de la posguerra, la segunda descolonización, la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y actualmente las constantes crisis económicas en Europa, la recesión económica en Estados Unidos cambiaron la tendencia migratoria, el flujo de mexicanos hacia aquel país que fue constante desde hace varias décadas se redujo e incluso se

habla⁹⁸ de un cero absoluto, es decir los movimientos migratorios son dinámicos y dependen de múltiples factores.

Aunque la inmigración, entendida como el desplazamiento territorial de personas, como ya dijimos, no es un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad, se dota de un nuevo contenido con el advenimiento de los Estados nacionales durante los siglos XVI y XVII y la transformación de la sociedad internacional en una red de Estados soberanos. Lo que hace diferente este tipo de migraciones en nuestra época es el alcance que tienen; el mundo se hace pequeño con las comunicaciones modernas, el internet, las distancias se hacen cortas, es relativamente fácil llegar a cualquier parte del mundo.

A juicio de Eduardo J. Ruiz Vieitez: *“Las relaciones sociales entre los grupos de personas distanciados geográficamente han adquirido un sentido de inmediatez que nunca tuvieron antes. La distancia y el tiempo ya no aparecen como las principales barreras a la organización de la vida humana.”*⁹⁹

En este sentido; las diferencias de los actuales movimientos de población en contraste con los que se produjeron en los siglos XIX y primera mitad del XX; estas migraciones, eran casi siempre definitivas y llevaban consigo una ruptura, una desconexión entre los que migraban y los que se quedaban.¹⁰⁰

⁹⁸Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS HISPANICOS PEW CENTER, *“La migración neta de México se reduce a cero-y tal vez menos”*; Jeffrey Passel, D'Vera Cohn y Ana González-Barrera <http://www.pewhispanic.org/>

⁹⁹GONZÁLEZ FERRERRAS, Julia, *et. al.*, *Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos*, op. cit., pág. 96.

¹⁰⁰Cfr. *Ibidem*, pág. 96.

Además de la conexión que siguen teniendo los migrantes con su país de origen, no podemos considerar que sólo los pobres migran, este movimiento representa un costo. Frente a la idea generalizada del inmigrante como persona ignorante, pobre y permanente, extraída de un núcleo rural empobrecido, adquiere una nueva relevancia la corriente del profesional transeúnte o del migrante cualificado; es decir un nuevo migrante, ya que: *“En lugar de ser las naciones pobres las emisoras exclusivas y las ricas las receptoras, el proceso afecta tanto a unas como a otras, con la particularidad de que son precisamente las sociedades más extremas, en su riqueza y en su pobreza, las que con mayor probabilidad se transforman en núcleos sociales tanto de recepción como de emisión.”*¹⁰¹

Ahora bien, el fenómeno en Europa, ha ganado una nueva relevancia ya que a pesar de haberse venido registrando de forma prácticamente permanente desde hace ciento cincuenta años, ha comenzado sólo recientemente a ser vivido desde la vertiente de la inmigración. Hace unos 50 años la situación en los países del Mediterráneo era diferente; sus habitantes migraban hacia el norte de Europa, pero hace unos 20 años, cambio de una región de emigración a inmigración; numerosos africanos llegan a trabajar a países como España o Italia.

Consideremos a Europa occidental un espacio de colectividades políticas tradicionalmente expansionistas. La tradicional dominación colonial europea de África, Asia o América se transforma en nuevas formas de influencia política.

¹⁰¹RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio *et. al.*, Los inmigrantes irregulares en España, op. cit., pág. 35.

Económicamente, Europa mantiene o mantenía una posición relevante, particularmente en cuanto a los mecanismos de compensación social. Es en parte la consecuencia de ambas realidades la que genera que, el centro de Europa se transforme en un polo de atracción creciente para personas provenientes de los antiguos espacios colonizados¹⁰². Tendencia que podría revertirse si continúan las políticas antiinmigrantes europeas y las constantes crisis económicas.

Aunque no estimen su presencia; es decir, si bien en el pasado los gobiernos consideraban la migración como un elemento necesario para la industrialización, hoy día, en cambio, las migraciones son vistas y presentadas a la opinión pública como problemas sociales y políticos que hay que enfrentar.

La historia nos muestra el trato diferenciado que se les ha dado a los extranjeros y migrantes, incluso esclavizante o de rasgos xenófobos, desde el *ius gentium* de los romanos a las modernas políticas de migración. Para ver la actualidad de estos fenómenos Kant¹⁰³; al postular una ley cosmopolita, en *Sobre la paz perpetua*. Tenía en mente dos principios destacados. El primero de ellos era que, dado que la movilidad de los seres humanos es cada vez mayor, estos tienen derecho a ser bien acogidos en cualquier país en que se encuentren. El segundo principio afirma que, tras haber logrado una comunidad casi universal, “*la violación de un derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás*”. Palabras que adquieren relevancia después de dos siglos.

¹⁰²Cfr. GONZÁLEZ FERRERAS, Julia, *et. al.*, Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos, op. cit., pág. 109.

¹⁰³Cfr. HEATER, Derek, Ciudadanía. Una breve historia, op. cit., pág. 196.

2.4 Contexto actual del fenómeno migratorio, una visión interdisciplinaria: factores económicos, sociales, políticos.

Si la migración no es un fenómeno nuevo, actualmente presenta tantas aristas, que es necesario intentar contemplar el fenómeno lo más completo posible, o en su mejor expresión.

Consideremos que los países de origen que han generado el mayor número de migrantes en las últimas décadas han sido, entre otros, Bangladesh, Filipinas y México. Los mayores países receptores han sido los países occidentales -en Europa occidental y Norteamérica- y otros países -como los Estados del Golfo. Los países en transición o menos desarrollados -como India, Pakistán y Rusia- también reciben muchos migrantes. Algunos Estados están al mismo tiempo enviando y recibiendo migrantes: por ejemplo, muchos mexicanos viven en el exterior y al mismo tiempo México es un país receptor de migrantes que provienen de Centroamérica. Los migrantes no siempre se desplazan del mundo en vías de desarrollo a países desarrollados. En 2005 el 55 por ciento de los migrantes residían en Europa y Norteamérica y el 45 por ciento restante vivía en el resto del mundo, para el 2010 la cifra creció al 60 por ciento¹⁰⁴ de migrantes viviendo en países desarrollados. Lo mismo es aplicable a los refugiados: menos de la tercera parte de los refugiados del mundo viven en Europa o Norteamérica; el 70 por ciento de ellos viven en países menos

¹⁰⁴Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, División de población, "*International Migration Report 2009*", Nueva York, Estados Unidos, Wallchart 2009 en <http://www.un.org/esa/population/publications>

desarrollados. De acuerdo a lo anterior, la migración internacional no obedece únicamente a una dinámica sur-norte o este-oeste.

Es un fenómeno multidireccional en el que muchos países son a la vez países de emigración e inmigración. En 2005, 191 millones de personas, que representaban el 3 por ciento de la población mundial, vivían fuera de su país de nacimiento. En el mundo se llegó a 214 millones de migrantes en 2010, 19 millones más que en 2005; 60 por ciento de los migrantes internacionales residen en países desarrollados, la mayoría en Europa 70 millones en 2010, seguida por Asia con 61 millones y Norteamérica con 50 millones. Con 43 millones de migrantes en 2010 Estados Unidos es el país con mayor número de migrantes. -Véase gráfica 1.-.

Si apenas formaban el 3% de la población mundial, ¿Por qué nos preocupamos? ¿Cómo medir entonces el nivel de migración? Para no confundirnos con las estadísticas aclaremos como se mide esta situación. Hay que distinguir entre flujos y “stocks” para entender la situación actual. Los flujos hacen referencia al número de personas que se desplazan a través de fronteras internacionales cada año, mientras que los “stocks” representan la acumulación de los flujos: el volumen total de inmigrantes en un país y momento determinado.

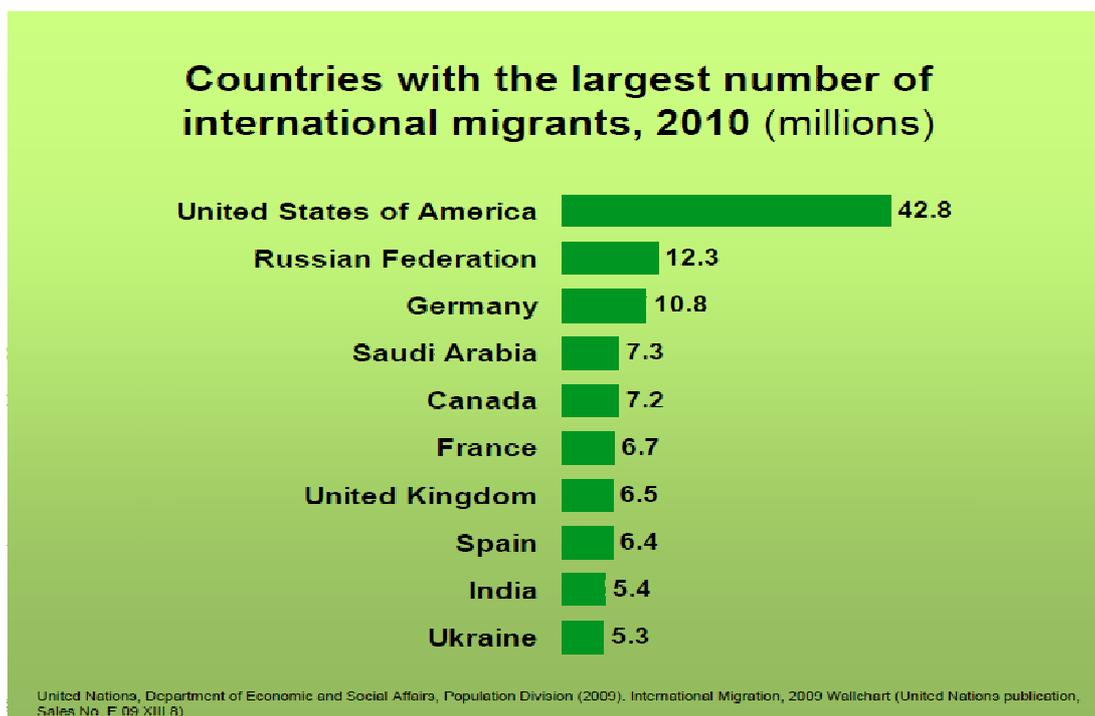
La información llega principalmente de los censos de población que realiza cada país, pero cada país mide de forma diferente. Lo que dificulta una información homogénea. En Dinamarca, por ejemplo, cada persona tiene un

número de identidad y toda la información clave que contiene se actualiza regularmente, con los cambios de dirección o de estado civil. Además hay que considerar a los ilegales, que no están incluidos en estas estadísticas.

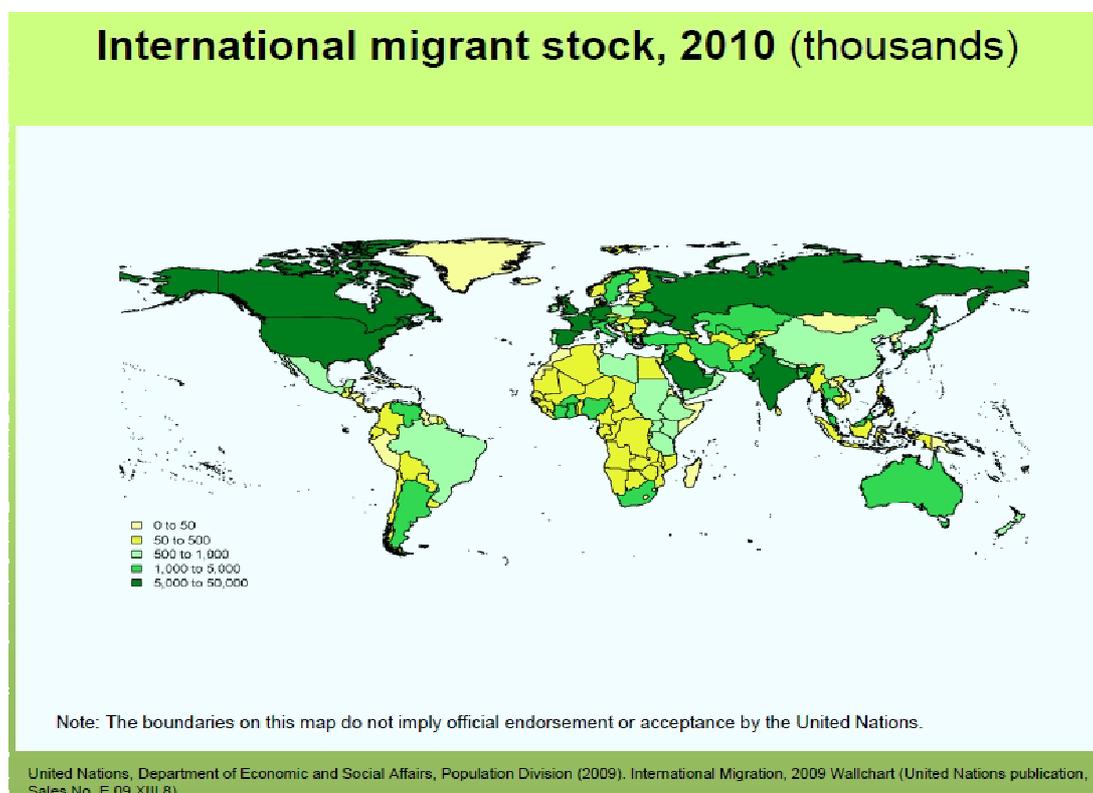
Entre 2005 y 2010, el flujo, *stock* de migración global creció un 1.8 por ciento anual. En las regiones menos desarrolladas un 2.0 por ciento anual y un 1.7 por ciento para las regiones más desarrolladas. -Véase Grafica 2-

La medición es un problema que no estudiaremos de fondo. Ahora bien, revisemos algunas de esas aristas del fenómeno migratorio.

Gráfica 1. Países con el mayor número de migrantes internacionales.¹⁰⁵



¹⁰⁵Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, División de población, "International Migration Report 2009", Nueva York, Estados Unidos, Wallchart 2009 en <http://www.un.org/esa/population/publications>



Social:

Primeramente es un fenómeno que afecta a la sociedad en su conjunto, ya que: *“Se concibe el problema migratorio como un problema social cuyos goznes básicos son, por un lado, el miedo a la amenaza invasora de los inmigrantes y, por el otro, la aceptación liberal y el reconocimiento político de los derechos humano-sociales que los migrantes poseen como seres humanos.”*¹⁰⁷

¹⁰⁶Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, División de población, *“International Migration Report 2009”*, Nueva York, Estados Unidos, Wallchart 2009 en <http://www.un.org/esa/population/publications>

¹⁰⁷RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio, *et. al.*, *Los inmigrantes irregulares en España*, op. cit., pág. 38.

Reconocimiento que no siempre se da, las sociedades discriminan, lo que pone en riesgo la integración de los migrantes.

Pensemos en países como Estados Unidos, que tienen su origen en la migración, qué sería de ellos si no se integraba a los recién llegados. Si bien es cierto que el Estado necesita de cierta uniformidad en sus habitantes tampoco podemos hablar de costumbres, tradiciones y en ocasiones una misma lengua para todos; es decir, en ocasiones es necesaria la pluralidad. Mientras la sociedad americana ha partido siempre del postulado de la creación nacional multiétnica y ha desarrollado teorías y prácticas políticas orientadas al tratamiento de la diversidad, las sociedades europeas han partido del postulado de la homogeneidad y de la estrategia de la construcción nacional homogénea. De este modo, si en el plano político la migración constituye una amenaza y, desde el económico, un costo, desde el social representa un riesgo de conflicto.¹⁰⁸

La migración representa un riesgo de conflicto; este choque cultural puede generar un mestizaje, y con él una riqueza cultural o multicultural. La principal dificultad la tiene el migrante al toparse con una lengua desconocida, costumbres, religiones diferentes, xenofobia y discriminaciones que generarán los primeros conflictos. En opinión de los nacionalistas, el multiculturalismo fomentado por la migración simboliza el desprecio por las fronteras estatales tradicionales y su violación. En muchos países europeos, partidos populistas han afirmado el derecho a proteger su suelo natal contra la “contaminación”,

¹⁰⁸Cfr. RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio, *et. al.*, Los inmigrantes irregulares en España, op. cit., pág. 46.

limitando el número de migrantes. La necesidad de proteger las particularidades culturales expresa del modo más explícito entre los comunitarios, según los cuales el derecho a la inmigración está limitado justificadamente por el derecho de una comunidad política a conservar íntegramente su modo de vida.¹⁰⁹ Consagrado desde la paz de Versalles en el principio de autodeterminación de los pueblos, y ahora como fundamento para las políticas restrictivas hacia la inmigración.

En palabras de Luis García Sevilla: *“La emigración, de cualquier especie, comporta un cambio de hábitat y consecuentemente una readaptación al nuevo entorno. Si los mecanismos inmigrantes no están biológicamente preparados para el nuevo entorno y/o no prosperan en la readaptación, esta puede causar graves daños al organismo, daños que pueden acusar la muerte. Me aparece útil que alguien plantee la cuestión en términos biológicamente tan crudos. Pero es verdad que cada cultura humana es el producto de la acción histórica de un grupo humano asentado en un territorio.”*¹¹⁰.

En nuestra época genera desconcierto la muerte de culturas al ser absorbidas por otras pero ¿Quién emigra con finalidades culturales? Casi nadie. La mayoría de las personas, emigran para poder ganarse la vida, para mejorar en bienestar y en dignidad. Pero, con el paso del tiempo, los orígenes pesarán

¹⁰⁹Cfr. KUNZ, Jan, “Europa sin fronteras: ¿retórica, realidad o utopía?” en PÉCOUD, Antonie, Paul de Guchteneire (Directores), Migración sin fronteras. Ensayos sobre la libre circulación de las personas, op. cit., pág. 200.

¹¹⁰RIERA, Ignasi, Emigrantes y refugiados. El derecho Universal de la ciudadanía, op. cit., pág. 75.

menos que la vivencia diaria: será, entonces, cuando compartiremos a fondo los hábitos¹¹¹.

Hábitos que son un poco de cultura; ya que ésta se demuestra hasta en los actos más sencillos del hombre y es cotidiana como la comida, la música, estas acciones dejarán huella en la sociedad de acogida, pensemos en las tortillas, la salsa o los tacos que llevaron nuestros compatriotas a Estados Unidos; es decir que los migrantes dejan un poco de su cultura al llegar a un país. Y claro, también bienestar económico para ambos países.

Económico:

Algunas aportaciones de las teorías económicas que guardan relación con la migración van desde la economía neoclásica que se enfoca en los diferenciales en salarios y condiciones de empleo entre países y los costos de la migración; generalmente concibe el movimiento migratorio como una decisión personal para maximizar el ingreso. La “nueva economía sobre la migración”, en contraste, considera las condiciones de una variedad de mercados, no sólo mercados laborales. Ve la migración como una decisión familiar tomada para minimizar los riesgos del ingreso familiar o para superar restricciones de capital en las actividades productivas familiares. Mientras que la teoría de los mercados duales de trabajo y la teoría del sistema mundial generalmente

¹¹¹Cfr. RIERA, Ignasi, Emigrantes y refugiados. El derecho Universal de la ciudadanía, op. cit., pág. 84.

ignoran esos procesos de decisión micro, enfocándose en su lugar sobre fuerzas que operan a niveles mucho más altos de agregación.¹¹²

Ahora bien; la enfatización política del fenómeno migratorio viene equilibrada, desde hace algún tiempo, por planteamientos propios de la economía política, que han sustituido el binomio clásico rural/urbano por el de costo beneficio o el de consumidor/productor. En este sentido, la migración deja de ser vista exclusivamente como un mecanismo de alivio de paro -emisión- y palanca de desarrollo -recepción- que afecta a sólo un país y es vista como un instrumento de desarrollo compensatorio global.¹¹³ Es decir, como factor de redistribución de la riqueza por ejemplo las remesas que envían los migrantes.

Los migrantes se desplazan no sólo para ayudarse a sí mismos sino también para ayudar a sus familias; enviando dinero a su país permiten a sus familiares llevar una vida mejor. Los países de emigración están interesados también en estas remesas, las cuales juegan un rol fundamental en sus economías. En el caso de México llegaron a \$22.047.560.550 millones de dólares en 2010; aun con crisis económica. Estas remesas equivalen al 2% del Producto Interno Bruto¹¹⁴. Nos apoyamos en la importancia económica de las remesas como promotoras del desarrollo económico al ser fuente de divisas y captación de capitales.

¹¹²Cfr. Federico Novelo Urdanivia, "Economía y migración", en SANTOS, M. Ruesga Benito, *et. al.*, (coordinadores), El Estado ante la Globalización Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo, 1ª ed., Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, España, 2007, pág. 120.

¹¹³Cfr. RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio, *et. al.*, Los inmigrantes irregulares en España, op. cit., pág. 44.

¹¹⁴Cfr. BANCO MUNDIAL, Estimaciones del personal del Banco Mundial, basadas en datos del Fondo Monetario Internacional sobre la balanza de pagos, en <http://datos.bancomundial.org/indicador/BX.TRF.PWKR.CD.DT>

Las remesas son una porción de los ingresos que el migrante internacional envía desde el país de acogida a su país de origen. Ya sea vía bancaria -oficiales- o mediante amigos y familiares -informales-. Comprenden las transferencias corrientes que realizan los trabajadores migrantes; y los sueldos y salarios ganados por los trabajadores no residentes. Las remesas totales como informa el Banco Mundial incluyen tres tipos de transacciones: las remesas de los trabajadores, la remuneración de los asalariados y transferencias de los migrantes. Normalmente son traslados regulares de los miembros de una misma familia residente en diferentes países. Se pueden utilizar para importar bienes de capital y para proporcionar fondos de inversión a los empresarios. Las remesas tienen asimismo importancia porque pueden aumentar los ingresos y ahorros de las familias y utilizarse para la compra de productos y servicios de consumo.

En este sentido la migración, además de su impacto familiar; genera una serie de actividades asociadas que afectan las economías locales y regionales. A nivel general, varias empresas se benefician de la demanda de bienes y servicios que desencadenan las remesas: envío-recepción de remesas, telecomunicaciones, transportes, turismo y “mercado paisano” dado el escaso desarrollo empresarial migrante, la industria de la migración es aprovechada mayormente por grandes empresas multinacionales, sobre todo de los países receptores: *Western Union, Money Gram, AT&T, City Bank, Continental, American Airlines, Wal-Mart, entre otras*, y en menor medida de los emisores:

Telmex, Mexicana, Cemex. Además, han surgido pequeñas y medianas empresas, como agencias de viaje y casas de cambio.¹¹⁵

En los lugares de origen, las remesas modifican los patrones de consumo hacia la compra preferente de mercancías estadounidenses, y en los lugares de destino se impulsa el mercado interno mediante el creciente poder de compra de los migrantes. En suma, se trata de una amplia gama de actividades económicas en los lugares de origen y destino.

De esta manera, los migrantes contribuyen a las economías de los países de destino y origen. Para algunos países, las remesas son una fuente importante de divisas y son una importante adición al Producto Interno Bruto. Por ejemplo, en 2004, las remesas desde el exterior representan más del 20 por ciento del Producto Interno Bruto en Bosnia y Herzegovina, Haití, Jordania, Lesotho, la República de Moldova y Tonga¹¹⁶. Donde benefician a las familias de bajos y medianos ingresos.

Es decir, desde el punto de vista económico, la migración no es del todo dañina es un aporte positivo de los migrantes que dejan su país para el beneficio de los que se quedan, un sacrificio que vale la pena. Sacrificio que puede aliviar la redistribución de la riqueza, una constante queja para nuestros gobiernos. *“Un punto de vista que favorezca la eliminación de la pobreza*

¹¹⁵Cfr. GARCÍA ZAMORA, Rodolfo, Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo, 1ª ed., editado por Sin fronteras, IAP Coordinadora, INIDICE social A. C. Editorial Porrúa, y Universidad Autónoma de Zacatecas, México 2008, pág. 198.

¹¹⁶Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, División de población, *“International Migration Report 2005”*, Nueva York, Estados Unidos, <http://www.un.org/esa/population/publications>

*mundial tiene que reconocer, tal vez hasta elogiar, la contribución que pueda hacer la migración como mecanismo directo, a corto y mediano plazo, eficaz y realista, de reducción de pobreza y de redistribución de los recursos en el mundo.”*¹¹⁷

Ahora bien; la globalización económica, de la mano de la globalización técnica, permite trasladar, con la misma facilidad, tanto la actividad a desarrollar como la mano de obra que la efectúa. *“Recientemente nos enteramos que la “información telefónica” se emite desde Marruecos, donde el coste salarial es dos tercios más bajo que el de España. La asistencia informática –vía internet- se realiza por ingenieros desde la India, mucho más baratos que los europeos.”*¹¹⁸

Entonces si no queremos redistribuir la riqueza, mejor les pagamos poco en sus países. Sí, los que se van hacen un verdadero sacrificio por sus familias pensando que, del otro lado, está esperando “el sueño americano” lo difícil será cumplirlo; no hay que dejar de considerar que los trabajos más rudos y desagradables son los que realizan los migrantes.

Laboral:

Los migrantes irregulares son considerados mano de obra barata para trabajos mal vistos. La ventaja para los patrones es que estos son flexibles y

¹¹⁷RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio, *et. al.*, Los inmigrantes irregulares en España, op. cit., págs. 144 y 145.

¹¹⁸OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración, op. cit., pág. 152.

baratos y pueden dejar de lado ciertos derechos laborales que les corresponden. Y en circunstancias extremas hasta criminalizarlos.

Ganarse la vida dignamente suele ser uno de los objetivos que se persiguen cuando alguien decide emigrar, aunque no sea el único. Pero no se podrá trabajar en cualquier sector, ya que por ser extranjero deberá conformarse con trabajar en las ramas donde no haya demasiada demanda de empleo por parte de los trabajadores autóctonos. El servicio doméstico y la agricultura, esta última como trabajo estacional combinado a menudo con la construcción o la hostelería son las ocupaciones donde más se emplean este tipo de trabajadores, de momento. Esta situación es, en primer lugar, fruto de la política del gobierno del Estado, basada en una discriminación deliberada que aísla a los extranjeros en determinados sectores laborales.¹¹⁹

Pero los países receptores también pueden tener razones para acoger migrantes. Su presencia y trabajo 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 ende, económicamente dependientes de los trabajadores migratorios. En países como Suiza, los

¹¹⁹Cfr. CESC, Mas, Rompiendo Fronteras una visión positiva de la inmigración, 1ª ed., Editorial Juventud-Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2001, pág. 30.

migrantes representan casi el 20 por ciento de la fuerza laboral, y este porcentaje se eleva a 61 en Luxemburgo.¹²⁰

Mientras que en Estados Unidos opera un sistema de explotación laboral por vía de la flexibilización y la contratación precaria del trabajador migrante, que le confiere, en la mayoría de los casos, un estatus indocumentado, y que propicia a la vez su desvalorización acentuada.¹²¹

Ahora bien un caso particular, lo presentan las mujeres y los menores, los que buscan reunirse con sus familias, a veces en algunos países tienen un permiso de residencia; pero que no contempla el derecho al trabajo. Éste se concede sobre todo a los cónyuges que han solicitado el reagrupamiento familiar. Así, se crea una situación de dependencia económica del cónyuge reagrupado, y se le empuja a la marginación social, o se le obliga a trabajar en condiciones irregulares. En especial las mujeres que además del trabajo domestico, son vendidas en matrimonio o peor aun para la industria sexual mundial.

Las consecuencias de este hecho se extienden también al plano económico. Los migrantes extranjeros que vienen a disfrutar de la riqueza nacional, no deberían tener beneficios. Es decir, en un marco caracterizado por la necesidad de contener el gasto social se amplían los beneficiarios. *“Los Estados han sometido que esta “ampliación de los derechos” a los extranjeros*

¹²⁰Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, División de población, *“International Migration Report 2009”*, en <http://www.un.org/esa/population/publications>

¹²¹Cfr. GARCÍA ZAMORA, Rodolfo, Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo, op. cit., pág. 196.

*es la contrapartida lógica de la aportación económica que realizan y se basa en el desarrollo de un liberalismo fundado en los derechos. Este argumento ha servido, además, para legitimar las políticas de acceso restringido.”*¹²²

Político:

Un último aspecto a tratar de los muchos que merece la migración, es el político, pero de gran importancia. Pensamos en Francia, en el 2005 los conflictos que hubo entre jóvenes y la policía, donde una de las demandas era la integración de las minorías. Lo que resultó en la Ley de Inmigración e Integración del 2006, conocida como Ley Sarkozy, -en ese entonces ministro del interior-, la cual propone una nueva política de inmigración basada en la selección acorde a criterios económicos, quienes cuenten con un contrato previo para laborar en Francia, residentes de largo plazo y políticas de repatriación, esta ley popular entre los franceses ayudó al triunfo a Sarkozy en 2007 como presidente.¹²³

En el caso de Estados Unidos, después de las marchas realizadas por jóvenes hispanos, que buscaban una política de integración y justicia social, el senador Obama, en campaña visitó Wisconsin donde prometió revisar la política migratoria del país, promesas que le permitieron ganar en las elecciones presidenciales del 2009.

¹²²LÓPEZ SALA, Ana María, Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria, 1ª ed., Editorial Anthropos, Barcelona, España, 2005, pág. 21.

¹²³Cfr. CASTLES, Stephen, *et. al.*, The age of migration International population movements in the modern world, 4ª ed., Editorial Palgrave Mac. Millan, Reino Unido, 2009, pág. 257.

O el caso de Alemania, donde se inicio largo debate por la integración de los inmigrantes y sus derechos especialmente al voto, 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.”*¹²⁴ el resultado fue la ley de ciudadanía en el 2000 que acepta que niños inmigrantes sean ciudadanos alemanes de acuerdo al *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 moderno sistema de administración de la migración, para la integración de los migrantes, se dan clases en lengua alemana, así como una introducción a las leyes, la historia y culturas alemanas.

¹²⁴BENHABIB, Seyla, Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos, 1ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2005, pág. 148.

Así los flujos de población se convierten también en fenómenos eminentemente políticos, es decir, la transferencia de una persona de la jurisdicción de un Estado a la de otro, implica en muchos casos, un cambio transitorio o definitivo en la pertenencia a una comunidad social y política nacional. A juicio de López Sala: *“Los Estados, transformados en actores profundamente influyentes en la esfera social y en los movimientos migratorios, han construido recientemente complejas políticas de inmigración. Las políticas de inmigración parten de la prerrogativa del Estado para determinar su política interna y externa, y en ellas desempeñan un papel significativo los costes políticos de sus intervenciones y la competencia sobre recursos escasos.”*¹²⁵

Para analizar los vínculos entre el Estado y las migraciones internacionales que hay que considerar la elaboración de políticas de inmigración y, en especial la política de regulación y control de flujos. Es eminente la primacía de la cuestión del control, es decir, del establecimiento de reglas de entrada, instalación y salida, y por añadidura, de exclusión de los no ciudadanos. 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 o de relaciones raciales. Además del impacto de la inmigración en la política exterior de los Estados -tanto emisores como receptores- y, por tanto, en las relaciones internacionales. Y el efecto de la

¹²⁵LÓPEZ SALA, Ana María, *Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria*, op. cit., pág. 19.

presencia de minorías étnicas en el sistema político o en la política propiamente dicha de los países receptores.¹²⁶

Todas estas políticas de los Estados repercuten en los movimientos migratorios, y en todo lo que hay detrás de la migración, en un análisis de Sin Fronteras Institución de Asistencia Privada, considera que: *“El comercio, el desarrollo sustentable, el medio ambiente, la seguridad, el manejo de conflictos, la erradicación de la pobreza, el envejecimiento de las poblaciones del norte, los mercados laborales, la tecnología, la información, los derechos humanos, las redes sociales, son temas que influyen y son influidos por las migraciones. Ante tal complejidad y la evidencia del fracaso de la mayoría de las políticas migratorias, el aumento y diversificación de los flujos, así como el incremento de los costos sociales y humanos asociados a los movimientos migratorios es necesario ofrecer un marco conceptual más pertinente, y formular propuestas que faciliten la formulación de las políticas públicas más adecuadas.”*¹²⁷

3. Políticas migratorias de los Estados y su marco jurídico.

3.1 Políticas públicas y políticas migratorias nacionales.

Una de las consecuencias del creciente papel del Estado como regulador social del movimiento migratorio de personas, es que éste sea el artífice de lo que hoy conocemos como políticas migratorias. Estas implican a diferentes instituciones gubernamentales y cubren el conjunto de vínculos formales e

¹²⁶Cfr. LÓPEZ SALA, Ana María, Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria, op. cit., pág. 21.

¹²⁷GARCÍA ZAMORA, Rodolfo, Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo, op. cit., pág. 12.

informales que se establecen entre un Estado y los extranjeros que desean establecerse, residir en su territorio, acceder a recursos públicos o convertirse en ciudadanos; así como regular la salida de sus nacionales y la protección de las comunidades en el extranjero.¹²⁸

La división de Población de las Naciones Unidas incluye dentro de las políticas migratorias las medidas dirigidas a la instalación de los residentes permanentes, las de admisión de trabajadores y familiares, las acciones de integración de los no nacionales, las políticas de refugio, así como las políticas de emigración y de retorno.¹²⁹ Así la política migratoria establece la tendencia específica que un gobierno quiere sobre la inmigración de extranjeros en su territorio, la emigración y repatriación de sus nacionales.

Los argumentos históricamente utilizados en la fundamentación de políticas migratorias se han centrado en diferentes presupuestos, ligados a las migraciones como asentamientos poblacionales, las características deseadas o no deseadas de los migrantes, el impacto económico y social de las migraciones, y la dimensión ética que subyace en todo movimiento migratorio.

Para López Sala¹³⁰ los diferentes criterios que guían las políticas migratorias son:

1.-Control de flujos. Incluyen las reglas, requisitos y procedimientos que determinan la selección y admisión temporal o definitiva de los no ciudadanos.

¹²⁸Cfr. LÓPEZ SALA, Ana María, Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria, op. cit., pág. 107.

¹²⁹Cfr. Ibidem, pág. 110.

¹³⁰Cfr. Ibidem, págs. 110-115.

Incluye el control interno de la inmigración: regulación de la actividad laboral y económica de los extranjeros y su movilidad intranacional. Por lo general son las más coercitivas; ya que su principal objetivo es regular la entrada de los extranjeros.

¿Pero cómo regular la entrada a un país? Anthony Fielding¹³¹ clasifica los tipos de entrada: a) entrada ilimitada, -por ejemplo la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea-. b) entrada promocionada, -el sistema de trabajadores invitados en Alemania antes de 1973-, c) entrada permisiva, -directores y técnicos de compañías multinacionales-, d) entrada selectiva, -familiares- y e) entrada prohibida, quienes no cumplen los requisitos del Estado de acogida.

Una de las razones para el fracaso en el control de entradas, -fronteras, accesos terrestres, aeropuertos y consulados en los países de origen-; es que los Estados siguen tratando el fenómeno migratorio como si fuese el resultado de decisiones individuales. En los países desarrollados, obtenidos los beneficios de abastecer la demanda de trabajadores a través de mano de obra extranjera, el endurecimiento en las políticas de control y cierre de fronteras sólo ha servido para alimentar redes de tráfico de personas, mafias, “coyotes”, redes de prostitución y delincuencia.¹³²

¹³¹Cfr. LÓPEZ SALA, Ana María, Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria, op. cit., pág. 117.

¹³²Cfr. GONZÁLEZ FERRERAS, Julia *et. al.*, Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos, op. cit., págs. 99-101.

2.- Política de integración: Comprende el conjunto de acciones que inciden en las condiciones de vida de los extranjeros y en sus posibilidades de inserción o incorporación a la sociedad de acogida. También se encarga de gestionar los efectos de la residencia y la integración cultural e integración socioeconómica. Como el derecho a la reagrupación familiar.

Cuando las medidas implantadas por los Estados incorporan a los inmigrantes como un colectivo adicional destinatario de los recursos y oportunidades que proporciona, nos encontramos ante políticas de integración normalizadas. Una de las características es su cobertura: no están diseñadas sólo con los extranjeros en mente, sino que intentan aplicarse a todos los habitantes de un país sean, o no, ciudadanos.

3.- Nacionalidad: Los Estados soberanos se reservan el derecho a definir el círculo de sus ciudadanos, el *demos*, mediante la elaboración de las leyes sobre nacionalidad. De la política de nacionalidad depende la transformación en ciudadanos de los inmigrantes y sus descendientes. El acceso a la nacionalidad de la primera y segunda generación y la transmisión intergeneracional de la ciudadanía: por nacimiento y filiación. *-ius soli y ius sanguini*.

Así una política migratoria es el conjunto de normas, leyes, prácticas e instrumentos estatales destinados a regular el acceso secuencial de los extranjeros a diferentes esferas de la sociedad de acogida y como prolongación natural, el acceso gradual a la titularidad de derechos. Éstas políticas pueden dividirse en programáticas si surgen de un proyecto político, económico o

social; coyunturales si nacen de la presión migratoria del momento; explícitas o integradas en un discurso oficial, legislación; implícitas o no formalizadas.¹³³

Algunas políticas migratorias se encuentran más cerca de las políticas diseñadas de acuerdo con la estructura demográfica. Por ejemplo; Francia adopta políticas pro-inmigratorias luego de la Segunda Guerra mundial para compensar el descenso de la fertilidad. También Australia y Nueva Zelanda van a fundamentar sus políticas de inmigración en la idea de estimular su crecimiento poblacional. Así como políticas de promoción migratoria para poder mantener equilibradas tasas de dependencia en países que están “envejeciendo”; como Bélgica, Canadá, Austria y España.¹³⁴

Las políticas de inmigración pueden ser selectivas, es decir, que busquen ciertas características de los extranjeros inmigrantes para que otorguen un beneficio real para el país receptor. Restrictiva si tiene por objeto impedir la inmigración endureciendo el ingreso y ejerciendo medidas para la expulsión. De apertura si buscan aumentar la inmigración legal bajo ciertas condiciones temporales y en determinadas zonas. En materia de emigración pueden ser de expulsión o una política cerrada si impiden la salida de sus nacionales o bajo estrictos controles que garanticen el retorno.¹³⁵

Ahora bien la política de inmigración diseñada por un determinado Estado está sujeta al principio de interés nacional. Los objetivos de la política

¹³³Cfr. MÁRMORA, Leilo, Las Políticas de migraciones internacionales, 1ª ed., Editorial Paidós-Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 124.

¹³⁴Cfr. Ibidem, pág.127.

¹³⁵Cfr. Ibidem, pág.125.

exterior y de las relaciones internacionales, como parte de ese interés nacional, van a tener una incidencia significativa en las medidas adoptadas en materia migratoria. Además las políticas pueden verse comprometidas por compromisos internacionales que pueden darse a través de dos modalidades: por medio de la inclusión de la variable migratoria en procesos de integración regional o bien de acuerdos bi o multilaterales entre los Estados que regulen los movimientos de personas. Así los objetivos de las políticas migratorias se definen en términos de integración regional; los Estados parte de algún proceso de integración pretender armonizar sus políticas migratorias con vistas a una política común.

Fuera de los procesos de integración; los Estados deberán, a juicio de Mármora: *“Intentar la identificación de los factores de expulsión y atracción que les permitan la planeación de políticas migratorias consensuadas entre los países de origen y de acogida. De manera que se responda tanto a las condiciones que inciden en su partida, como a aquellas que están generando su atracción.”*¹³⁶ Así la mejor política es la cooperación al desarrollo; ya que a mayor desarrollo en las sociedades de origen, menor migración, la ayuda al desarrollo es un mecanismo de permanencia en la tierra natal.

Producido el acto migratorio, surgen un conjunto de derechos que conciernen tanto a la movilidad como a la inserción migratoria. En primer lugar, los derechos de la libre movilidad del ser humano, después aquellos vinculados a los derechos económicos, sociales y políticos del migrante y finalmente derechos solidarios, expresados en lo que hace a la aceptación de las

¹³⁶MÁRMORA, Leilo, Las Políticas de migraciones internacionales, op. cit., pág. 127.

diferencias del migrante respecto de la sociedad nacional. Podemos mencionar el derecho a la igualdad de oportunidades y trato laboral, el derecho a la igualdad social y política y por otro lado el derecho a la identidad cultural como derechos humanos del migrante.¹³⁷

El Estado permite la entrada de los extranjeros al establecer las modalidades y condiciones a que se sujetará su ingreso, regula y autoriza su permanencia al establecer ciertas categorías migratorias, junto a la emigración y repatriación de sus nacionales, regula el tránsito internacional de personas - nacionales y extranjeros- estas potestades establecen un Derecho Migratorio.

3.2 Derecho de Extranjería y Derecho Migratorio.

3.2.1 Fuentes nacionales e internacionales.

Hay una coexistencia de normas de Derecho Internacional y de Derecho Interno que regulan el fenómeno migratorio y la condición jurídica de los extranjeros. -Derecho de Extranjería-.

A falta de un tratado internacional que, con vocación universal, aborde en su integridad y sistemáticamente el conjunto de aspectos jurídicos derivados de los procesos migratorios, el Derecho Internacional de los derechos humanos, en tanto que tiene como objeto la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana, se aproxima al fenómeno migratorio.

¹³⁷Cfr. MÁRMORA, Leilo, Las Políticas de migraciones internacionales, op. cit., págs. 110 y 111.

Ciertas normas del Derecho Internacional tienen por beneficiarios directos a los particulares, personas físicas o jurídicas, que son las que constituyen el régimen de extranjería. Efectivamente, el Derecho Internacional no se desinteresa del trato que los Estados deben de dispensar a los particulares extranjeros, sino que, por el contrario, formula unas exigencias al respecto, exigencias de carácter mínimo.¹³⁸

Así desde el momento en el que el Derecho Internacional se preocupa de la protección de los derechos fundamentales del hombre y dado que la mayor parte de ellos se atribuyen a toda persona con independencia de su nacionalidad imponiendo al respecto obligaciones a los Estados, el régimen de extranjería se enriquece y beneficia de los sistemas de tutela de derechos humanos.

De manera que el Derecho Internacional de los derechos humanos se aproxima al proceso migratorio con ciertas directrices: *“desde la perspectiva del Estado receptor, la aplicación que éste hace de su política migratoria; la condición de extranjero en un Estado distinto del que se es nacional resulta relevante en la determinación del alcance jurídico de la protección otorgada por el Derecho Internacional, en todo caso salvaguardando la tutela de aquellos derechos que conforman el núcleo duro o el mínimo; en la plena asunción de que el Estado es competente para determinar su política migratoria y que la garantía de los derechos y libertades de quien ostenta la condición de*

¹³⁸Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 233.

*extranjero es una herramienta a la que le corresponde fijar ciertos límites a la discrecionalidad de su ejecución. Estas directrices son perceptibles en los tratados internacionales de derechos humanos, que pretenden establecer obligaciones jurídicas de carácter general.”*¹³⁹

Dentro de los instrumentos internacionales que consideran este régimen mínimo, tenemos en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; con las frases: *toda persona, todo individuo, nadie* marca la universalidad de los derechos humanos.¹⁴⁰ El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, recoge para cualquier persona los derechos al trabajo, a sindicarse, a la seguridad social, la protección a la familia, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación, a participar en la vida cultural, entre otros.¹⁴¹ En especial los artículos 2, 3, 12, 13, 16 y 20. 2

En el ámbito regional tenemos el “Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, la “Carta Social Europea”; otorga para los extranjeros el derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras partes contratantes; así como derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia.¹⁴²

¹³⁹BONET PÉREZ, Jordi, “Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería”, en BALADO Ruiz-Gallegos Manuel, Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI, op. cit., págs. 735 y 736.

¹⁴⁰Artículos: 2.1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, y 15.

¹⁴¹Parte III, artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 15.

¹⁴²En los artículos 18 y 19.

La “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”; contempla los derechos de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición, no discriminación, libertad de circulación y residencia.¹⁴³ La “Carta Social Europea”, hace extensibles los derechos económicos y sociales que prevé en sus artículos 1 a 17, salvo que el propio Estado decida otra cosa, a los extranjeros de los otros Estado Partes que “*residan legalmente o trabajen regularmente*” dentro del territorio del Estado Parte. En materia de seguridad social y asistencia social y médica el “Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica” también prevé igualdad de trato. Pero conforme al artículo 20 de la “Carta Social Europea” todo Estado Parte puede elegir en buena medida *a la carta* qué obligaciones jurídicas asume y cuales no.

Entre estos derechos, el derecho a emigrar, el “*ius peregrinandi*”, integrado por el derecho de libre circulación; de residencia y asilo aparece lógicamente en el conjunto de los derechos humanos fundamentales. Es un derecho reconocido en la libertad de tránsito. En América la “Convención Americana de Derechos Humanos” de 1969 o “Pacto de San José” en el artículo 22 hace una clara referencia al derecho a migrar: “derechos de circulación y de residencia”

Dentro de estos derechos; el derecho a establecer y escoger una residencia se desprende de distintas disposiciones de la normativa internacional. La “Declaración Universal de los Derechos Humanos” prohíbe el “*destierro arbitrario*” y reconoce el derecho de toda persona a “*regresar a su*

¹⁴³En los artículos 18, 19, 21 y 45.

país” así como el derecho a *“elegir su residencia en el territorio de un Estado.”*¹⁴⁴ En cuanto al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, dispone que *“nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”* y consagra al derecho de *“toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a escoger libremente en él su residencia.”*¹⁴⁵ La “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, reconoce en forma incondicional el derecho del nacional a *“fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional.”*¹⁴⁶

Para la libertad de circulación; la Declaración Americana reconoce éste derecho en cuanto derecho de los nacionales, mientras que la “Declaración 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.¹⁴⁷

¹⁴⁴En los artículos 9, 13.2 y 13.1, respectivamente.

¹⁴⁵Artículo 12.4 y el artículo 12.1 respectivamente.

¹⁴⁶Artículo. VIII.

¹⁴⁷Artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 22.3 de la Convención Americana.

Las características comunes en el tratamiento jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en este régimen internacional son principalmente: *“La igualdad de derechos y la no discriminación entre nacionales y extranjeros, es posible introducir distinciones de trato en su goce y disfrute entre nacionales y extranjeros, así como entre extranjeros entre sí, siempre que las diferencias introducidas sean razonables, objetivas y proporcionales y, por consiguiente, no constituyan un acto discriminatorio. No es reconocido a los extranjeros el derecho a entrar y residir en un Estado distinto del de su nacionalidad: el goce y disfrute del mismo dependerá, en principio, de las decisiones estatales. Las decisiones de extradición y expulsión han de someterse a unas mínimas garantías jurídicas.”*¹⁴⁸

El Derecho Internacional de los derechos humanos, establece tales parámetros jurídicos, en tanto que derecho de mínimos, sin perjuicio de la aplicabilidad de aquellas normas, de origen internacional o interno, que vinculan al Estado y que sean más favorables.

3.2.2 Sujetos.

El principal sujeto del Derecho de extranjería y migratorio, es el extranjero; ya sea legal o ilegal su estancia en el Estado territorial.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución A/RES 40/144, adopta la Declaración relativa a los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del Estado en el que viven; define al extranjero como:

¹⁴⁸BONET PÉREZ, Jordi, Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería, op. cit., pág. 738.

“...el término "extranjero" se aplicará... a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre. -Artículo 1-.”

Por regla general, el título del Estado, soberano territorial, para el ejercicio de competencias sobre los extranjeros deriva del hecho de que se encuentren en su territorio, es decir, es una consecuencia de la soberanía territorial. La primera manifestación de las competencias del Estado sobre los extranjeros se plantea en relación con la admisión de los mismos en su territorio al no tener la obligación de admitirlos, pero sí de proporcionarles la protección de la ley y asumir ciertas obligaciones relativo a su trato.¹⁴⁹

La admisión de extranjeros como dijimos anteriormente se encuentra dentro de las competencias discrecionales de los Estados, así como la expulsión, con la salvedad de que no debe ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios, que pudieran considerarse inhumanos.¹⁵⁰ La protección de ley debida a los extranjeros, constituye un límite a la soberanía territorial, cuyo contenido integra un derecho propio del Estado; el derecho a ser respetado en la persona de sus súbditos y que se garantiza mediante la institución de la protección diplomática.¹⁵¹

El trato que un Estado puede dar a los extranjeros configura los denominados *standards*, el conjunto de derechos que integran la condición del extranjero, que varían de un Estado a otro. Frecuentemente los derechos de los

¹⁴⁹Cfr. CASTILLO, Mireya, Derecho Internacional de los derechos humanos, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003, pág. 31.

¹⁵⁰Cfr. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵¹Cfr. Ibidem, pág. 32.

extranjeros vienen establecidos en tratados internacionales, tales como los de paz y amistad, de comercio, o los de establecimiento. Por lo que hay que atenerse a los regímenes convencionales bilaterales o multilaterales.

Estos estándares siguiendo a Castillo¹⁵² 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.

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.

Mínimo o internacional: Su contenido viene fijado por la reglas generales del Derecho Internacional, entre los cuales tenemos los derechos a la protección de vida e intereses contra actos de violencia colectiva organizada en contra de extranjeros; derecho a no ser detenidos arbitrariamente y a que se

¹⁵²Cfr. CASTILLO, Mireya, Derecho Internacional de los derechos humanos, op. cit., pág. 32.

proceda a una investigación en tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído, a no ser torturado y a que no se le someta a tratamiento inhumano, de libre acceso a los tribunales y a no ser discriminado ante ellos por razones de nacionalidad, a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, a los admitidos en la mayoría de los Estados como derechos de familia.¹⁵³

3.2.3 Objeto.

El Derecho de Extranjería se encarga de estudiar las relaciones que surgen entre el Estado y los extranjeros; las normas jurídicas que regulan el fenómeno migratorio internacional y los sujetos a los que se aplican.

3.3 Regulación internacional de la migración.

3.3.1 Principios Generales de Derecho Internacional.

Algunos de los principios internacionalmente reconocidos que regulan los derechos humanos fundamentales son pertinentes son extensibles para el debate de la libre circulación o migración. Axiomas universalmente validos, objetivos y con fuerza *per se* influyen en el Derecho Internacional. Por ejemplo, según la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* así *“...el universalismo es una exigencia de la dignidad humana, y no permite estrategias, ni cálculos, compromisos o transacciones en materia de derechos*

¹⁵³Cfr. TRINIDAD GARCÍA, Ma. Luisa *et. al.*, Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y ciudadanía de la Unión, 5ª ed., Editorial Comares, Granada, España, 2002, pág. 51.

*fundamentales, ni encuentra justificación racional para la distinción entre nacionales y extranjeros...”*¹⁵⁴

De modo que el principio de igualdad... *“se refiere a que deben ser tratados de igual modo todos aquellos que sean iguales, es decir, que pertenezcan a la misma categoría, y como la categoría a la que nos referimos es la de los seres humanos, entonces todos los hombres deben de ser tratados de igual forma. Pero la pregunta fundamental es ¿iguales en qué? Según la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y es ahí donde se conectan libertad e igualdad.”*¹⁵⁵

De la mano del principio de igualdad esta el de no discriminación, cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos. Algunos procesos de integración intentan evitar la discriminación; dentro de la Unión Europea, el principio de no discriminación juega una doble dirección: *“La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, que beneficia a los ciudadanos de la Unión, y la lucha contra toda discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u origen sexual que beneficia a todas las*

¹⁵⁴RIVERO, Francisco, *et. al., Derechos humanos del Incapaz, del Extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, 1ª ed., Antonio Marzal editor, ESADE- Facultad de Derecho, Barcelona, España, 1997, pág. 117.

¹⁵⁵CARVAJAL SILVA, María Raquel, *Migración internacional y derechos humanos. Derechos humanos, civiles, sociales y políticos en el contexto de la migración México- Estados Unidos*, 1ª ed., editado por Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Guadalajara Jalisco, México, 2004, pág. 26.

*personas que residan en territorio de los Estados miembros de la Unión, sean o no ciudadanos.”*¹⁵⁶

Otros principios se pueden aplicar de manera relevante a los extranjeros y migrantes como el principio de *non-refoulement*, -no devolución- para los refugiados y de no discriminación para los migrantes económicos así como la unión familiar, o la prohibición de la extradición por causas políticas.

En otra perspectiva: *“El tema de las migraciones está fundado en el principio de la libertad de circulación y residencia. Pero este principio debe conjugarse con otros dos de igual importancia: el principio del destino universal de los bienes creados y aquel otro relativo a la importancia prioritaria que debe tener el bien común en cualquier sociedad.”*¹⁵⁷

3.3.2 Tratados.

El concepto de inmigración sólo encuentra reflejo jurídico en el término extranjería, cuya definición equivale a la vertiente negativa del concepto ya aludido de nacionalidad como vínculo jurídico. Con todo, el término migrante no encuentra reflejo habitual en el Derecho Internacional, con la única excepción

¹⁵⁶HERRERA CAMPO, Juan Vicente, *et. al.*, La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, 1ª ed., editado por *Civitas*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, Madrid, España, 2002, pág. 30.

¹⁵⁷RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, Migraciones forzadas. Derecho Internacional y doctrina social de la Iglesia, 1ª ed., editado por el Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura social A.C., México, D.F., 2004, págs. 52 y 53.

del “Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Trabajadores migratorios y sus familias.”¹⁵⁸

Considera migrante: *“a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.”*¹⁵⁹

Y otras categorías como trabajadores transfronterizos, de temporada, itinerantes, por cuenta propia.

Este convenio tiene su génesis en el régimen de la Organización Internacional del Trabajo, quien rápidamente se preocupó por los migrantes; en 1919, la Comisión de la Legislación Internacional del Trabajo produce un anteproyecto de constitución de la Organización. En el preámbulo se expresaba lo concerniente a la vida y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, “la protección de los intereses de los trabajadores cuando se emplean en países diferentes al propio”. En diversas convenciones¹⁶⁰, se considero la idea de que los migrantes, como trabajadores extranjeros, recibieran el mismo tratamiento que los nacionales en lo referente a protección social y libertad de asociación. Desde 1947 la Organización Internacional del Trabajo llegó a un acuerdo con la Organización de la Naciones Unidas, según el cual la organización recibió jurisdicción exclusiva en cuestiones de migración que incluía los derechos y la situación de migrantes en su calidad de trabajadores, mientras que la competencia de la Organización de la Naciones Unidas se centró en los derechos y la situación de los migrantes en su calidad de

¹⁵⁸Cfr. RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006, pág. 176.

¹⁵⁹Como lo indica en su artículo primero.

¹⁶⁰Convenciones 2 y 66 de la Organización Internacional del Trabajo.

extranjeros. Posteriormente en 1974, al Organización Internacional del Trabajo reconoció que el migrante indocumentado tenía derechos civiles, sociales, y laborales a pesar de su situación de ilegalidad como empleado.

Todos estos trabajos dieron como resultado la “Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” de 1990 su entrada en vigor fue hasta el 1º de julio de 2003¹⁶¹; podemos decir que sus principales objetivos son:

Desde el respeto a la soberanía estatal, su objetivo principal es crear 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. -Artículo 88-.

Hace énfasis en la conexión entre migración y derechos humanos, la cual se convierte cada vez más en un asunto político crucial de interés mundial, por lo que pretende unificar el cuerpo de la ley aplicable a los trabajadores migrantes. Se pide unificar las normas para su tratamiento por los Estados es decir, establecer un marco internacional; complementar otros instrumentos ya que los derechos de los trabajadores migrantes no habían sido reconocidos;

¹⁶¹Tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003. Hasta octubre de 2010, los siguientes países han ratificado la Convención: Albania Argelia, Argentina Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cambodia, Camerún, Cabo Verde, Chile, Colombia, Congo, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Jamaica, Kirguistán, Lesotho, Libia, Malí, Marruecos, Mauritania, México, Montenegro, Nicaragua, Niger, Nigeria, Paraguay, Perú, Ruanda, Senegal, Serbia, Seychelles, Siria, Sri Lanka, Tayikistán, Timor del Este, Togo, Turquía, Uganda, Uruguay, Venezuela .

mejorar su situación y combatir las actitudes discriminatorias, para asegurarse que los migrantes reciban el mismo trato que los nativos de los países de recepción y finalmente reducir el tráfico clandestino.¹⁶² Ya que considera que todos los Estados que forman parte del proceso migratorio, de origen, tránsito y destino tienen obligaciones respecto a los migrantes, la convención hace la distinción del estándar jurídico aplicable a los trabajadores y sus familiares, según se encuentren o no documentados o en situación regular. Pero en todo caso implica la extensión de su régimen jurídico a todo el proceso migratorio - artículo 1.2-.

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. Así establece en su artículo 31 la obligación de los Estados de velar porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares. También reconoce¹⁶³ su derecho a escoger libremente su residencia en el país en el cual trabajan, sujeto a condiciones similares a las mencionadas en el artículo 12.3 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Todos estos derechos sujetos a la aplicación del principio de la norma más favorable.¹⁶⁴

¹⁶²Cfr. CARVAJAL SILVA, María Raquel, Migración internacional y derechos humanos. Derechos humanos, civiles, sociales y políticos en el contexto de la migración México- Estados Unidos, op. cit., pág. 50.

¹⁶³En su artículo. 39.

¹⁶⁴Establecido en su artículo 81.1

Además se crea un Comité para la Protección de sus derechos, compuesto por 10 expertos, sirviendo en su capacidad personal. Los países deben presentar informes periódicos sobre las medias legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención. Una función importante que contempla es crear para los Estados partes la obligación del intercambio de información con otras partes y la disposición para informar a empleadores, trabajadores y sus organizaciones acerca de las políticas, leyes y regulaciones sobre la materia migratoria.

Todas estas virtudes encuentran sus limitaciones; ya que no reglamenta las bases jurídicas de la migración. Su contenido no incide en la delimitación de la conducta estatal más que en lo concerniente a los derechos y libertades del trabajador migrante y de sus familiares, además son parte de la Convención sólo 45 Estados, -sin contar a Estados Unidos y Estados Europeos importantes- lo que limita la efectividad de sus expectativas teleológicas; además se limita a los migrantes económicos.

Existen algunos instrumentos específicos. Para las migraciones forzadas -refugiados- tenemos la “Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados” y su Protocolo de 1967. En América Latina “La Declaración de Cartagena” de 1984, la cual se inspiró en el “Convención sobre los refugiados de la Organización de la Unidad Africana” de 1969.

Otra protección indirecta se da a las minorías vulnerables donde podemos incluir a los extranjeros o migrantes. De manera que también los Estados adquieren obligaciones jurídicas respecto a la protección de éstos contra la discriminación y la xenofobia en la “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”. En la medida en que la xenofobia contra los no nacionales es una de las principales fuentes del racismo contemporáneo.

Dentro del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, puede mencionarse la “Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”; cuyo artículo 3 señala que los Estados deben:

“conceder a los súbditos extranjeros residentes en su territorio el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales.”

Finalmente, debido a la preocupación que existe respecto a la inmigración irregular, destaca la voluntad de la cooperación internacional policial y penal respecto al tráfico transfronterizo ilícito de personas, convenios como el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas”, especialmente mujeres y niños y el “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” que complementan la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.”¹⁶⁵

¹⁶⁵Cfr. BONET PÉREZ, Jordi, Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería, op. cit., pág. 746

Además consideremos ciertas Declaraciones que no revisten el carácter de tratados como la “Declaración sobre los Derechos de los Individuos que no son Nacionales del país en que viven”. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

En el ámbito regional otros tratados que consideran al migrante son: el “Convenio Europeo Relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante”, que establece formas de reclutamiento, el derecho de salida, admisión, ciertas formalidades administrativas, y procedimientos relativos al contrato de trabajo, un permiso de trabajo y de residencia, además del derecho a la reagrupación familiar. En sus capítulos II y IV incluyen disposiciones que afectan al conjunto del proceso migratorio: desde el reclutamiento en el Estado Parte de origen a su hipotético retorno. 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.¹⁶⁶ Un avance que presenta el Convenio es el hecho de que el derecho de enseñanza de la lengua materna, se oriente al retorno al país de origen y que por lo demás se aluda a la obligación estatal de facilitar el aprendizaje por parte de los inmigrantes de la lengua de la sociedad de acogida.¹⁶⁷

También en Europa el “Tratado de Prüm relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza”, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal; del 27 de mayo

¹⁶⁶Cfr. TRINIDAD GARCÍA, Ma. Luisa, *et. al.*, Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y ciudadanía de la Unión, op. cit., págs. 56 y 57.

¹⁶⁷Cfr. RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos, op. cit., pág. 433.

de 2005. En su capítulo IV trata de la migración ilegal creando un sistema de asesores, una red de funcionarios de enlace de inmigración, asesores en materia de documentos que su principal función será reconocer documentos falsos, visa y pasaportes. El intercambio de información, apoyo en casos de repatriación entre los países signatarios -Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria-.

Otro esfuerzo por regular la migración lo encontramos en acuerdos bilaterales. La cooperación bilateral es una opción jurídico-política que permite buscar soluciones jurídicas específicas a las necesidades de ordenación de los flujos migratorios y de aplicación recíproca de las políticas migratorias estatales. Como por ejemplo los acuerdos firmados entre Francia y Argelia; desde 1962, se estableció un acuerdo que garantizaba la libertad de entradas y salidas de personas entre los dos países. Pero se limitó la entrada de inmigrantes argelinos en Francia, de acuerdo con las necesidades del mercado laboral. En 1968, se fijó un contingente anual: se restringió la entrada a 35.000 emigrantes argelinos. El emigrante recibía la *"carte d'émigrant"* por el *"Office National Algérien de la Main-d'Oeuvre"*, que le permitía entrar en territorio francés después de haber pasado un examen médico. Tenía entonces nueve meses para encontrar trabajo. En caso de que lo encontrase, y presentando el correspondiente contrato de trabajo, obtenía un certificado de residencia por un año. En caso negativo, debía abandonar Francia. En 1971, el contingente anual se redujo a 25.000 entradas. Y a partir de 1972, con la *"Circulaire Fontanet"*, se estableció como condición necesaria para poder regularizar su situación en

Francia que el inmigrante presentase un contrato de trabajo válido por lo menos durante un año y un certificado de residencia. En 1981 se acordó que los extranjeros "sin papeles", que pudiesen justificar que tenían un empleo, pudiesen regularizar su situación en Francia.¹⁶⁸

Otro ejemplo lo tenemos en; el "Estatuto de régimen Fronterizo", de 5 de agosto de 1942 entre Colombia y Venezuela, donde se describen algunos instrumentos para la legalización de tránsito de personas entre las dos naciones. Cada uno de estos instrumentos está referido a una situación específica. Uno es el Permiso Fronterizo, que otorga el permiso a permanecer temporalmente -hasta 90 días- en el país vecino sin necesidad de pasaporte. Posteriormente se celebró el "Tratado de Tonchalá", en 1959, de facilitación de tránsito fronterizo con la finalidad de evaluar la situación de la zona fronteriza y hacer más operativo el estatuto anterior; destinado a la problemática de las migraciones laborales, protege al trabajador migrante, pero no le da un carácter especial de trabajador fronterizo. Tristemente el acuerdo se ha debilitado por la guerrilla y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, en especial la presencia de paramilitares en Venezuela, por lo que se ha endurecido el control migratorio.¹⁶⁹

Además tenemos el: "Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España", de 23 de junio de 1992

¹⁶⁸Cfr. FERRER SÁNCHEZ, M. Rosa, "El Estudio de la Inmigración Argelina en Francia", en Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, España, n. 131, 8 de enero de 1999, pág.65.

¹⁶⁹Cfr. ÁLVAREZ DE FLORES, Raquel, "La dinámica migratorio Colombo-Venezolana: evolución y perspectiva actual" en Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad de los Andes, San Cristóbal, Venezuela, año 9, n. 002., Julio-diciembre, 2004, págs. 195 y 196.

que otorga a los nacionales uruguayos facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. Otros tratados bilaterales de cooperación en materia de inmigración que tienen por objetivo crear un marco jurídico para la cooperación sobre flujos migratorios: “Acuerdo entre España y la República del Perú para la Cooperación en Materia de Inmigración” 5 de julio de 2005; “Acuerdo Relativo a la regularización y ordenación de los flujos migratorios laborales entre España y Colombia”, de 21 de mayo de 2001, entre otros.¹⁷⁰

3.3.3 Decisiones judiciales.

Dentro de los pronunciamientos al respecto para aclarar el contenido de ciertos derechos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas; como órgano técnico de control, 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”:

“...El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es

¹⁷⁰Cfr. BONET PÉREZ, Jordi, Los convenios internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería, op. cit., pág. 751.

*decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero...”*¹⁷¹

Además la doctrina del Comité de Derechos Humanos 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”.*¹⁷²

Así mismo aborda el problema del requisito de hallarse legalmente en el territorio, disponiendo al respecto lo siguiente:

“...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 Estado. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se

¹⁷¹COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *“Observación general no. 27”* párr. 19., en O’DONELL Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit., pág. 576.

¹⁷²COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *“Observación general no. 15”* párr. 6., en O’DONELL Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit., pág. 580.

*hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12...*¹⁷³

Dentro del derecho a salir de todo país y 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, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.

Ahora bien en el sistema interamericano la actividad de la Corte Interamericana de derechos humanos ha sido clara en cuanto establecer derechos a los migrantes.

En un primer asunto; sobre Medidas Provisionales respecto de la República Dominicana en el Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, en Resolución de 14 de septiembre de 2000 dicta medidas provisionales para evitar la eminente deportación masiva de migrantes haitianos que se hallaban en República Dominicana; los peticionarios calculaban que más de 20.000 individuos fueron “expulsados o deportados” durante noviembre de 1999. Las autoridades dominicanas empleaban fuerza excesiva para asegurar que las presuntas víctimas obedecieran sus órdenes, incluyendo abuso sexual de mujeres; los niños sufrían daño psicológico. Ante esta práctica de deportaciones y expulsiones masivas de trabajadores haitianos tanto documentados como indocumentados la Corte considero que:

¹⁷³COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Comunicación No. 465/1991, *Celepli c. Suecia*”, párr. 9.2, en O’DONELL Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit., pág. 585.

*“... los antecedentes presentados por la Comisión... demuestran prima facie una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, y circulación y residencia de dichas personas, así como al derecho a la protección especial de los niños en la familia...”*¹⁷⁴

La Corte Interamericana señala que el derecho a la libertad de movimiento tiene como corolario el derecho a emigrar *“pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre”* y, por ello, *“en lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes ilegales.”*¹⁷⁵

La resolución está acompañada de un voto concurrente del Presidente de la Corte, el juez Antônio A. Cançado Trindade, en el cual señala que el problema tratado en la resolución *“es uno de los grandes desafíos del Derecho Internacional de los derechos humanos”*, que revela el fenómeno del desarraigo, el cual es causado por la expulsión e *“involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo... tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros*

¹⁷⁴CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Medidas Provisionales respecto de la República Dominicana Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana”*, Resolución de 14 de Septiembre de 2000, San José, Costa Rica, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf Considerando n.4.

¹⁷⁵RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *Migraciones forzadas. Derecho Internacional y doctrina social de la Iglesia*, op. cit., pág. 33.

días...¹⁷⁶ El voto requiere recordar y resaltar la indivisibilidad de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Ahora bien también tenemos las Opiniones Consultivas (OC-16/99) y OC18/03. Ambas solicitadas por México: la primera (OC-16/99) de 1 de octubre de 1999, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. La consulta:

“... se relaciona con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.”¹⁷⁷

El gobierno de México consideraba que las disposiciones contempladas en la “Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares” de 1963, contenían obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados; y así un Estado incurre en responsabilidad si las personas afectadas, de nacionalidad extranjera, no son informadas, sin dilación, de conformidad al artículo 36 de la mencionada Convención de Viena. Es importante señalar que el derecho individual de los nacionales extranjeros, en el sentido de la facultad que tienen

¹⁷⁶CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Medidas Provisionales respecto de la República Dominicana Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana”, resolución de 14 de septiembre de 2000, Voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, San José, Costa Rica, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf voto n. 1.

¹⁷⁷CORTE 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 OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, n. 1 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

éstos de comunicarse con las autoridades consulares de su país, es una hipótesis diferente de la protección diplomática, en la que el Estado del nacional “endosa” la reclamación de la persona física o moral, haciendo que el litigio cambie de naturaleza, convirtiéndose en una controversia de Estado a Estado, por haberse agotado, los recursos internos. Se encuentra como fondo y punto crucial de la petición el alcance jurídico e interpretación del artículo 36 de la Convención de Viena.¹⁷⁸

Concluyendo que:

*“...la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación...”*¹⁷⁹

¹⁷⁸Cfr. GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 5ªed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, págs. 616-619.

¹⁷⁹CORTE 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 OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf séptima opinión.

La Corte establece el derecho básico del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular. El Estado receptor tiene, entre los deberes correlativos a este derecho, aquel de informar al detenido sobre los derechos que le son debidos. Esta información debe proporcionarse en el momento de privarlo de la libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Para finalizar del voto concurrente del juez Cançado Trindade:

“...La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros... Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos,... experimentan... una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar...”¹⁸⁰

La segunda Opinión Consultiva OC18/03, se refiere a la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. En 2002 México sometió una solicitud de opinión consultiva sobre el tema:

¹⁸⁰CORTE 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 OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf voto concurrente n. 23.

“...privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano...”¹⁸¹

El planteamiento de la consulta parte de la premisa de que los trabajadores migrantes son blanco fácil de violaciones a sus derechos laborales, en función de su condición ilegal en Estados Unidos. Ya que su condición es causa suficiente para hacer nugatorios ciertos derechos humanos como la igualdad y la no discriminación.

“En diversas intervenciones de algunos países y firmas de abogados participantes en calidad de amicus curiae, se hace referencia al caso Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board; donde la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos determino que un trabajador

¹⁸¹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, n.1.

indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos; ponderando la prioridad de la legislación migratoria por sobre la ley laboral.”¹⁸².

La Corte Interamericana por su parte considero que los principios de igualdad y no discriminación como derechos universalmente válidos *-ius cogens-*; están sometidos al reconocimiento y respeto de los derechos humanos, sin discriminación alguna en contra de nadie, sea nacional o extranjero y éste legal o ilegalmente en suelo extranjero. Esto es, todos los Estados tiene el deber de respetar la dignidad de la persona, sin que constituya una excepción a ello el estatus migratorio.

Además señala que los Estados sí pueden otorgar un trato distinto a los distintos. No hay porque medir igual al migrante legal que al ilegal; sin embargo, esta distinción no tiene por objeto menoscabar los derechos fundamentales de quien se encuentra en desventaja jurídica.

“... Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos

¹⁸²UZETA TRUEBA, Antonio, “La condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados”. *Apuntes sobre la opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por México a la Corte Interamericana de derechos humanos*, en Epika Revista de Derecho y Política, Universidad Iberoamericana de León, México, n. 6, enero 2008, pág. 5.

*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...*¹⁸³

Entonces de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena, citado por la Corte, los Estados no pueden invocar sus disposiciones internas como justificación para el incumplimiento de un tratado. Ya que finalmente estas obligaciones internacionales son derecho positivo en su territorio.

No hay que olvidar que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas. 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 fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del "*jus cogens*"¹⁸⁴

¹⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "*Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*", Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José Costa Rica, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, n. 119.

¹⁸⁴ Cfr. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, *Migraciones forzadas. Derecho Internacional y doctrina social de la Iglesia*, op. cit., pág. 41.

3.4 Instituciones internacionales asociadas a la migración

3.4.1 Asilo, refugio y extradición.

La migración implica la entrada de una persona a un Estado, diferente al de su nacionalidad; las instituciones jurídicas del asilo y refugio, también incluyen la admisión de extranjeros, ya sea de manera individual o colectiva. Estas personas adquieren cierto estatus -dependiendo de su situación- que les permite gozar de protección por parte del Estado de acogida. O a la inversa su expulsión del Estado donde se encuentren como es el caso de la extradición.

Recordemos que el Estado es plenamente soberano al decidir quien entra en su territorio. 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.

En el asilo un extranjero en territorio de un Estado busca o aspira estar en otro espacio estatal que le brinde amparo, es decir puede o no estar en territorio asilante. Busca su acogida ya que es perseguido por un delito político. Por lo que el Estado en cuestión deberá decidir si lo admite a su soberanía; para otorgarle protección. Así es un derecho subjetivo el pedir el asilo, pero no el otorgarlo, como lo indica el artículo 14 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”:

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

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

Es discrecional para el Estado concederlo; si es así, debe admitir al extranjero en su territorio; siempre que su persecución sea motivada por delitos políticos y se encuentre en situación de emergencia.

A consideración de Gómez Robledo el termino asilo es: *“la protección que encuentra una persona, objeto de persecuciones por parte de las autoridades de un Estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan ante la prohibición de su persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución.”*¹⁸⁵

Una variante es el asilo extraterritorial para referirse a la particular condición jurídica reservada por el Derecho Internacional a los lugares en los cuales venía solicitando y concedido el asilo; o también conocido como asilo interno o diplomático en caso de acordarse en locales de misiones diplomáticas,

¹⁸⁵GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, 2ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pág. 196.

en contraposición al asilo externo o territorial, que es aquel concedido por el Estado dentro de su propio territorio.

El asilo puede considerarse una contribución de América Latina al Derecho Internacional. La Convención sobre Asilo firmada en la Habana el 20 de febrero de 1928 afirma que no es lícito a los Estados dar asilo en legaciones u otros, a personas acusadas por delitos comunes y que cuando el asilo sea concedido éste debe ser sólo en casos de urgencia. Mientras que la Convención sobre Asilo Político firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 sostiene que la calificación del delito corresponde al Estado que presta el asilo.

El “Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo” de 1939 distingue entre asilo político y asilo territorial. De conformidad con la Convención de Caracas sobre Asilo territorial del 28 de marzo de 1954, todo Estado tiene derecho en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente; no siendo procedente la extradición cuando se trate de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con estos fines.

De manera que corresponde al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución; esta competencia del Estado de calificación unilateral del delito no es una facultad completamente discrecional pues el funcionario asilante tendrá que tomar en cuenta las

informaciones que el gobierno territorial le ofrezca para normar su criterio respecto a la naturaleza del delito.¹⁸⁶ Entonces la concesión del asilo esta condicionada por el hecho de que se constata el carácter político del delito y de que se éste frente a una situación de urgencia. Situaciones como la persecución por parte de las autoridades, peligro de privación de la vida o libertad.

Los conceptos de extradición y asilo están relacionados entre sí en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo y por la otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión de asilo. Son dos instituciones distintas; pero basadas en situaciones de hecho similares. De una manera positiva se da el asilo, es decir implica una acción del Estado, ya que tiene la potestad de permitir la entrada de los extranjeros, regular y autorizar su permanencia; al regular su condición de estancia, establecer ciertas categorías migratorias según su temporalidad, - dentro de las cuales estaría el asilo-. Mientras que en la extradición el Estado niega ejercer esta potestad, y su actuar es negativo; al entregar al extranjero para su extradición.

La competencia para conceder asilo se infiere directamente del principio de la soberanía territorial de los Estados y la práctica internacional en materia de extradición refuerza esta tesis. Por regla general la extradición va a

¹⁸⁶Cfr. GÓMEZ- ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, op. cit., pág. 203.

concederse por actos practicados fuera del Estado requerido y dentro de la jurisdicción territorial del Estado requirente.

No puede haber extradición por delitos políticos pero si se puede conceder asilo por cuestiones políticas. En el “Manual de procedimientos y criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”, encontramos el siguiente comentario sobre el concepto de delito común:

*“Para determinar si un delito es “común” o, por el contrario, “político” debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos guarden proporción con el objeto invocado.”*¹⁸⁷

Esta característica es la principal diferencia con el asilo; en la extradición el delincuente es ordinario, un extranjero sujeto a juicio que siempre esta en el territorio de otro Estado distinto del que lo persigue. Puede ser que el Estado territorial, es decir donde se encuentra el presunto delincuente, actué conforme al régimen convencional, es decir que cuente con un tratado, de manera que decide discrecionalmente la entrega.

¹⁸⁷Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado 1992, párr. 84-85, en O’DONELL Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit., pág. 608.

Ahora bien, la extradición en sentido amplio, como acuerdo de cooperación entre los Estados, se ubica dentro del ámbito del Derecho Internacional, y esto quiere decir que las condiciones y requisitos no pueden ser reglamentados unilateralmente por cada Estado, y que la decisión, ya sea de solicitarla o de otorgarla se enmarca dentro de la competencia del Poder Ejecutivo.¹⁸⁸ Según el régimen de cada Estado también puede ser competencia del Poder Judicial o un régimen mixto.

Es una “situación” delicada, puede vulnerar derechos fundamentales, si no se garantizan los mínimos derechos procesales y de defensa para el extranjero. Por eso debe ser organizada por la ley interna y ponerse en práctica a través de la autoridad judicial del Estado competente; es decir que el procedimiento es tanto administrativo como judicial. Estos derechos se encuentran consagrados en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, así como en la Convención Americana que reconocen el derecho del extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a no ser expulsado sin un mínimo del debido proceso. La Convención dispone que el extranjero en tal situación *“sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”*. Mientras que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” establece dos garantías adicionales: el derecho a ser oído y el derecho a solicitar la revisión de la decisión y a ser representado

¹⁸⁸Cfr. GÓMEZ- ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, op. cit., págs. 10 y 11.

ante la instancia que revise la misma. Ambas garantías están condicionadas a la ausencia de *“razones imperiosas de seguridad nacional.”*¹⁸⁹

El derecho a la extradición, como institución jurídica, va a ser el resultado de la puesta en marcha de un acuerdo internacional; cuya eventual inobservancia estará sancionada por la nulidad interna y por la responsabilidad internacional.¹⁹⁰

Los elementos que constituyen el acto de la extradición son: a) un delito cometido en la jurisdicción de un Estado; b) una persona que ha sido ya condenada a purgar cierta pena por un Estado “X”; c) la huida de dicha persona y su desplazamiento hacia otro Estado; d) una demanda por parte del Estado que tenía jurisdicción para juzgar al presunto delincuente; e) un procedimiento en el Estado requerido con todas las garantías legales a fin de establecer la pertinencia de la demanda de entrega del reclamado.

Las reglas a seguir se encuentran en el propio tratado de extradición, a falta de éste conforme al Derecho Internacional; siguiendo el principio de especialidad, por el cual el Estado que demanda la extradición no debe, sin mediar consentimiento del Estado requerido, enjuiciar al individuo más que por el delito por el cual se le otorgó la extradición. Así como el principio de doble tipicidad; donde el supuesto hecho delictivo constituye un delito tipificado tanto

¹⁸⁹Establecidas en los artículos 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 22 párrafo 6 de la Convención Americana.

¹⁹⁰Cfr. GÓMEZ- ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, op. cit., págs. 10 y 11.

en el Estado requirente, como dentro del Estado requerido. Generalmente la extradición se otorga para delitos graves.

Ahora bien, ¿Cuál es la diferencia entre asilo y extradición?: *“en la sentencia del 20 de noviembre de 1950 dictado por la Corte Internacional de Justicia, sostuvo que en caso de extradición el refugiado se encuentra dentro del territorio del Estado de refugio. Una decisión relativa a la extradición implica solamente el ejercicio normal de la soberanía territorial. El refugiado se encuentra fuera del territorio del Estado en donde fue cometido del delito, y una decisión de otorgarle asilo no deroga en forma alguna la soberanía de dicho Estado. En el caso del asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de dicho Estado. Con ello se sustrae al delincuente a la justicia de éste y constituye una intervención en el dominio que deriva exclusivamente de la competencia del Estado territorial.”*¹⁹¹

Ahora entre el asilo y el refugio la diferencia es que el primero es concedido principalmente por cuestiones políticas y se otorga de manera individual, mientras que el refugio es una institución que permite permanecer masivamente en el territorio de un Estado a personas perseguidas por motivos raciales, religiosos, hambruna, catástrofes naturales, entre otras causas y no necesariamente situaciones políticas. Es decir que es más amplia la institución del refugiado.

¹⁹¹GÓMEZ- ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, op. cit., pág. 15.

Los instrumentos jurídicos encargados de los refugiados son la “Convención sobre el Estatuto del Refugiado”, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y completada mediante su Protocolo de Nueva York de 1967. Y el “Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados” contenido en la Resolución 428(V) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1950.

Según la definición sustantiva contenida en el Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, refugiado, así como en la Convención de 1951, es toda persona que:

*“Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no pueda regresar a él.”*¹⁹²

La persecución puede darse por órganos gubernamentales o no. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, entendiendo en todo caso que dicha persecución, se puede dar por agentes no estatales y que, dado el paso del tiempo y la evolución de la figura del asilo, se debe considerar como refugiados también a aquellas personas que sufran dicha persecución. La

¹⁹² Artículos 6, B del Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y 1 a 2 de la Convención.

persecución indica todo acto que suponga una vulneración grave de los derechos humanos fundamentales por razones relacionadas con los motivos de la Convención de Ginebra, por lo que podemos incluir casos de violencia sexual, cuestiones de género, matrimonio forzado, mutilación genital, orientación sexual.

De manera que los refugiados se ven forzados a salir de su país por situaciones fuera de su alcance. Siguiendo a O' Donell¹⁹³ son tres elementos para considerar a los refugiados, a saber:

1.- Que el sujeto se encuentra fuera de su país de nacionalidad o su país de residencia habitual.

2.- Que tenga un temor fundado de persecución. El concepto de persecución es amplio y no necesariamente tiene que ver con el ámbito penal. Asimismo, por lo general una investigación penal no la evidencia. Una acusación penal puede configurar persecución en dos circunstancias: cuando la causa descansa sobre un tipo penal incompatible con los derechos y libertades fundamentales de la persona, y cuando el acusado corre riesgo de sufrir una pena excesiva debido a la aplicación discriminatoria de la ley.

3.- Que la persecución sea motivada por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

¹⁹³Cfr. O'DONELL, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, op. cit., pág. 601.

Hay que considerar que es necesaria la salida del Estado de su residencia habitual para considerarse refugiados, y no confundirlos con una población desplazada, que permanece en el territorio de su nacionalidad o residencia habitual, sin cruzar la frontera, es decir que su desplazamiento es interno y sólo han cambiado de una región a otra dentro de su país.

Estos fenómenos parecen volverse más comunes y específicos en cada región del mundo por ejemplo; en otros contextos por la necesidad y la voluntad de hacer frente a los éxodos masivos en África se concretó la adopción de la “Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre los problemas específicos de los refugiados en África”, de 1969. Esta Convención considera también refugiado a toda persona que:

“Por razón de una agresión, una ocupación exterior, una dominación extranjera o acontecimientos que lesionaran gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su Estado de origen o del Estado cuya nacionalidad ostente, se viera obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro Estado fuera de su Estado de origen o del Estado cuya nacionalidad ostente.”¹⁹⁴

Así también en América Latina, la “Declaración de Cartagena” sobre los refugiados define a sus beneficiarios de manera más extendida como:

“Personas que han huido de sus países porque sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión

¹⁹⁴ Artículo I, párrafos 1 y 2.

*extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, recomendando que se les conceda un “estándar mínimo de trato al refugiado.”*¹⁹⁵

Podemos decir que este estándar mínimo consiste en la principal obligación del Estado refugiante: la no entrega de las personas refugiadas, enunciado en el principio de no devolución o "*non refoulement*" que es la piedra angular del derecho de los refugiados en la Convención de Ginebra de 1951:

*“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.”*¹⁹⁶

Ahora bien qué otorga el refugio: Por un lado, el concepto colectivo de población refugiada se limita a ofrecer admisión territorial temporal en el primer Estado al que se dirigen los refugiados. Por otro lado, ese concepto colectivo requiere la prestación de asistencia internacional, coordinada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, a favor de la población beneficiaria y a los efectos de lograr su admisión o permanencia en el Estado de acogida temporal.¹⁹⁷

¹⁹⁵Ver parte III, conclusión tercera y octava de la Declaración de Cartagena.

¹⁹⁶Artículo 33.

¹⁹⁷Cfr. PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, 1ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, pág. 39.

Esta asistencia internacional consiste para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en:

*“El propósito de la asistencia humanitaria es el sostenimiento de la vida digna, el reforzamiento de los esfuerzos de las instituciones locales para remediar el sufrimiento y construir la confianza en las capacidades propias, asegurándose de que constituye el primer paso hacia la reconstrucción, la rehabilitación y el desarrollo.”*¹⁹⁸ basándose en los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación en la ayuda, de manera que permite el libre acceso a la población beneficiada.

La asistencia internacional es subsidiaria, ya que, sobre el Estado territorial, o sobre las autoridades que controlan el territorio, recae, la responsabilidad primaria de asistir a la población. Además de la urgencia en el despliegue ha de conciliarse también con el principio de transitoriedad de la prestación de asistencia exterior. En esta tesitura; si el Estado receptor puede por sí sólo cubrir las necesidades básicas de los refugiados, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados se limitará entonces a ejercer la protección jurídica colectiva, mientras que el Estado que otorgase la acogida actuaría como representante de la comunidad internacional por lo que hace a la asistencia.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A UNHCR Handbook for the Military on Humanitarian Operations, Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1995 párrafo 1.1; en PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, op. cit., pág. 196.

¹⁹⁹ PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, op. cit., págs. 212-217.

“Así el concepto de población refugiada en el Derecho Internacional consuetudinario de los derechos humanos conjuga, por tanto, una doble legitimidad. En primer lugar, el abandono forzoso del Estado de residencia habitual ha de producirse por causas que se consideren legítimas en Derecho, y que hoy guardan relación directa con una violación originaria de derechos humanos, grave y masiva, cuyo síntoma es el éxodo. Pero, en segundo lugar, las causas del abandono son legítimas en la medida en que se produzca el desempeño efectivo de funciones propias del Derecho institucional a favor de la población refugiada y a los efectos de lograr o mantener la acogida; es decir, de evitar su devolución o expulsión al Estado de origen.”²⁰⁰

3.4.2 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR).

Ahora bien, ¿Cómo protege al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a los refugiados? Una de sus funciones es ofrecer protección jurídica para lograr que los Estados acojan en su territorio a quienes consideren refugiados de la Convención. Interviene ante los gobiernos con el fin de que los refugiados puedan beneficiarse de ciertas garantías, como por ejemplo, no ser expulsado o ser repatriado por la fuerza. La función esencial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados es la de asegurar la protección internacional de las personas refugiadas. Concretamente, eso se traduce en misiones de asistencia sobre el terreno. Suministra una asistencia material en forma de ayudas de urgencia, ayuda

²⁰⁰PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, op. cit., pág., 42.

alimentaria, cuidados médicos y vivienda. La ayuda alcanza igualmente a la instalación de los refugiados en los países de acogida, gastos de viaje.²⁰¹

Colabora de manera estrecha con la familia de la Naciones Unidas. El Programa Mundial de Alimentos ha celebrado acuerdos de principios - *Memorandum of Understanding*- con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Desde 1994, el Programa Mundial de Alimentos asume las tareas de gestión financiera, aprovisionamiento y transporte internacional e interno relacionadas con los alimentos básicos, siempre que la población beneficiaria -refugiados, repatriados o desplazados- supere las 5.000 personas. La Organización Mundial de la Salud, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, o el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, desarrollan también una labor coadyuvante a la del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, bien basada en acuerdos preestablecidos, bien mediante compromisos *ad hoc*.

También el movimiento internacional de la Cruz Roja, participa decisivamente en el subsistema para los refugiados ejecutando programas y proyectos bajo la coordinación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

La protección en un Estado predeterminado, en opinión de Peral Fernández²⁰², sigue sin ser un derecho garantizado a los refugiados, a quienes

²⁰¹Cfr. HEURTEAUX, Michel, La Organización de las Naciones Unidas, S. N. E., Editorial Paradigma, Madrid, España, 1997, pág. 53.

²⁰²Cfr. PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, op. cit., pág. 35.

se ofrece sólo la expectativa jurídica de llegar a ser beneficiarios del estatuto en virtud de su definición. El disfrute del estatuto depende, empero de la decisión discrecional y soberana de ofrecer tutela al refugiado.

Otros organismos internacionales que se encargan de los migrantes y refugiados son: la Organización Internacional para las Migraciones antes denominada Comité Intergubernamental para las migraciones Europeas. Con sede en Ginebra; es una organización internacional exterior al sistema de la Organización de las Naciones Unidas líder en el campo de la migración, con 112 Estados miembros, que busca avanzar en la comprensión de los problemas de migración y promover la gestión ordenada de las migraciones para el beneficio tanto de los migrantes como de la sociedad.

3.4.3 Libre circulación de personas en los tratados de integración regional.

Los procesos de integración económica contemplan, la libre circulación de personas, consideramos que el caso de la Unión Europea es hasta el momento el más ambicioso y desarrollado.

Al firmar el Acta Única Europea de 1986, los 12 Estados Miembros de la entonces Comunidad Europea acordaron establecer un mercado único europeo. A este mercado se le definió como: *“un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”*²⁰³; estableciendo la libre circulación -entrada, trabajo y residencia-

²⁰³ Artículo 8 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 7 A en el Tratado de la Unión Europea.

de los nacionales de un Estado comunitario por el territorio de los demás Estados miembros.

Las primeras medidas para la eliminación de las fronteras internas en la Unión Europea ya se habían adoptado unos años antes del Acta Única Europea. El 14 de junio de 1985, Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y Alemania firmaron el “Tratado de Schengen”; ratificado el 15 de junio de 1990 y entró en vigor el 26 de marzo de 1995. Acordaron eliminar gradualmente sus controles fronterizos comunes e implantar la libertad de circulación para todas las personas que sean nacionales de los Estados Miembros signatarios, otros Estados Miembros o terceros Estados.

Posteriormente se adhirieron a él Italia -1990-, España y Portugal -1993-, Grecia y Austria -1995-, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia e Islandia -2001- y Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Malta en 2008. Todos los Estados Miembros de la Unión Europea, con excepción de Irlanda y Reino Unido, que cooperan sólo en determinadas cuestiones, firmaron el Tratado. De acuerdo con el Protocolo de Bonn, pueden participar en la totalidad o parte de las disposiciones del Acervo de Schengen tras un voto unánime, en el seno del Consejo, de los Estados miembros y del representante del gobierno del Estado en cuestión. Además, dos naciones no pertenecientes a la Unión Europea, Noruega e Islandia, adoptaron el “Tratado de Schengen”. Así el Acervo de Schengen también se aplica en los cinco países de la Unión Nórdica de Pasaportes -Dinamarca, Finlandia, Suecia, Islandia y Noruega-.

En el Tratado Constitutivo del Unión Europea. -Maastricht 1992-, que se reformó mediante el Tratado de Ámsterdam -1997-, se establece la normatividad relativa a la inmigración. Al incorporar el paquete completo de Schengen -el Acuerdo, la Convención de Dublín, los Acuerdos con los Estados Miembros y las normas adaptadas en virtud de los mismos Acuerdos- mediante el Protocolo de Bonn. Y así constituir la normativa legal de la propia Unión Europea.²⁰⁴

También en el Tratado de Ámsterdam se incluyó un protocolo anexo en virtud el cual, los nuevos Estados miembros deben aplicar la totalidad del Acervo Schengen. El 7 de diciembre de 2007 el Consejo adoptó una Decisión por la que se permite la supresión de controles fronterizos de los países de ampliación y la supresión se llevo acabo el 21 de diciembre de ese año. Chipre ha decidido mantener los controles en sus fronteras.

Así el principio de libertad de circulación de las personas es válido para todas las personas, independientemente de su nacionalidad. Eso incluye a ciudadanos y turistas de terceros países, solicitantes de asilo e inmigrantes legales. En el artículo 2.1 del Convenio, se establece que “las fronteras internacionales pueden ser cruzadas en cualquier lugar”, sin que se realice ningún control de las personas, excepto si razones de orden público o de seguridad nacional lo exigen. Las autoridades nacionales llevarán a cabo el

²⁰⁴Cfr. ORTIZ AHLF, Loretta, “La denegación del derecho de acceso a la justicia a los inmigrantes irregulares en la Unión Europea”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas -Universidad Nacional Autónoma de México, México, vol. XI, 2011, pág. 229.

control de las fronteras exteriores de su competencia. A este respecto, la política de visados contemplada en el Convenio, prevé que quedarán sometidos a esta política, sólo los ciudadanos de terceros países que así establezca el Convenio. Esta autorización o visado uniforme, será válido para todo el espacio Schengen -es decir, el conformado por los países que lo han ratificado-; para un periodo de tiempo no superior a tres meses, y siempre que los ciudadanos de terceros países reúnan determinadas condiciones -recogidas en el artículo 5-. Para estancias que superen los tres meses, serán los países correspondientes, quienes concederán los visados, siendo válidos sólo para el país que lo concede.²⁰⁵

La situación actual, por tanto, mantiene las disposiciones del Acervo de Schengen como el sistema en el seno del cual se desarrolla la libertad de desplazamiento o de viaje de los nacionales de los terceros Estados en la Comunidad. La supresión de los controles fronterizos y libre circulación de ciudadanos comunitarios se da en el espacio Schengen, los ciudadanos “extracomunitarios” -procedentes de los Estados que no pertenecen a la Unión Europea- tendrán reglas de acceso y límites a su libertad de tránsito.

A partir de la constitución de un espacio único sin fronteras, el extranjero que penetre -legal o ilegalmente- en el territorio de uno de los países signatarios, tendrá en la práctica libre acceso al de todos los demás. Así se

²⁰⁵Cfr. CALVO HORNERO, Antonia, Fundamentos de la Unión Europea, 1ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2009, pág. 148.

determina la necesidad de un control riguroso de las fronteras exteriores y la armonización de las condiciones para la exigencia de un visado de modo tal que pueda garantizarse la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y de los extranjeros legalmente residentes a través de las fronteras interiores.²⁰⁶

Pero la libre circulación de extranjeros -nacionales de terceros países- no dará derecho a la residencia o al trabajo, aun cuando esos nacionales gocen de dicho derecho en el Estado miembro de origen.²⁰⁷ Ya que sólo se tiene contemplado el derecho a la libre circulación.

El "Tratado de Ámsterdam" ²⁰⁸ además indica en que ámbitos puede adoptar medidas el Consejo de la Unión Europea: en materia de asilo, puede determinar los criterios y mecanismos de examen de una solicitud, las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y las normas mínimas para conceder o retirar el estatuto de refugiado. En materia de inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales, -sin entrar expresamente en la expulsión propiamente dicha que continua siendo competencia de cada uno de los Estados miembros- ²⁰⁹ tiene competencias amplias: procedimientos de admisión, derechos de los nacionales de terceros Estados que residan en los Estados miembros entre ellos la posibilidad de residir en distintos Estados miembros.

²⁰⁶Cfr. ORAÁ ORAÁ, Jaime, *et. al.*, El extranjero en la cultura europea de nuestros días, op. cit., pág. 289.

²⁰⁷Cfr. IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, España, 2010. pág. 36.

²⁰⁸Artículo 63 parte tercera título IV.

²⁰⁹Cfr. HERRERA CAMPO, Juan Vicente *et. al.*, La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, op. cit., pág. 36.

Es decir que: *“La existencia de la competencia de armonizar los sistemas de extranjería equivale a reconocer que el proceso de integración en estos ámbitos lleva implícito el logro de la libre circulación en su sentido más profundo.”*²¹⁰

Además de las amplias competencias de la Unión Europea en lo referente a la inmigración, al asilo y al cruce de fronteras exteriores; la reforma llevada a cabo por el “Tratado de Ámsterdam” introdujo un nuevo objetivo en el marco del “Tratado de la Unión Europea”: la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Es precisamente la libertad de circulación, el elemento que le aporta cohesión y unidad y en particular, ancla las nuevas competencias en el proceso tradicional de integración económica. La libre circulación de personas se convierte en un ámbito material en el cual confluyen las nociones de ciudadanía, mercado común, mercado interior y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Desde el “Tratado de Maastrich”, la libre circulación de personas ha pasado a constituir uno de los elementos nucleares del estatuto jurídico de la ciudadanía europea.²¹¹

La noción de ciudadanía supone para todos los ciudadanos de la Unión: *“El derecho a la libre circulación y el derecho de estancia en el territorio de los Estados miembros; el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales en el Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;*

²¹⁰ IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración, op. cit., pág. 53.

²¹¹ Cfr. Ibidem, págs. 49-51.

*a la protección diplomática de las autoridades diplomáticas o consulares de otro Estado miembro, si su país no está representado, en la misma medida que los nacionales del Estado miembro en cuestión; derecho de petición ante el Parlamento Europeo y de dirigirse a un Defensor del Pueblo, entre otros.”*²¹²

La ciudadanía europea, completa la ciudadanía nacional pero no la sustituye; implica los derechos y deberes nacionales que emanan de la ciudadanía nacional de los Estados Miembros, y los que tienen los ciudadanos por pertenecer a la Unión Europea. Otros elementos identificativos constituyen símbolos comunes, como son el pasaporte europeo -en circulación desde 1985-, la bandera -un círculo de doce estrellas doradas con fondo azul-, la placa de matriculación de los automóviles, el himno -el Himno de la Alegría de Beethoven-, el permiso de conducir y cualquier otro elemento que venga incorporando, que colabore a formar una conciencia de ciudadanía común europea.²¹³

De la ciudadanía europea, es titular todo nacional de un Estado miembro; y como tal la libre circulación es un derecho; un derecho subjetivo, de carácter fundamental que ha sido plasmado tanto en los tratados constitutivos como en otros desarrollos normativos²¹⁴; esta novedad de la ciudadanía europea implica otra crisis de soberanía, en palabras de Rivero: “...cuanto menos central sea,

²¹²PALOMASER LERMA, Gustavo, Relaciones Internacionales en el siglo XXI, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2006, págs. 105 y 106.

²¹³Cfr. CALVO HORNERO, Antonia, Fundamentos de la Unión Europea, op. cit., pág. 370.

²¹⁴Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, “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”, Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, en IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración, op. cit., pág. 60.

en la cultura política, el concepto de soberanía como ya ocurre con la existencia de organizaciones políticas supranacionales, y especialmente en... la Unión Europea, se difuminará progresivamente la distinción entre nacionales y extranjeros. En ese sentido es relevante el concepto de ciudadanía europea, aunque sea una disminución sólo cuantitativa de la diferencia, porque se mantiene la condición de extranjero para los no nacionales de los Estados miembros de la Unión..."²¹⁵ Así las cosas; en Europa una primera distinción entre nacionales de los Estados miembros y los extranjeros procedentes de terceros países, da como resultado que los primeros se vean sometidos a un régimen especial, comunitario, y los extranjeros a otro, extracomunitario.

La admisión de un extranjero sigue siendo una competencia propia de cada Estado. Por tanto, la libre circulación se da para los ciudadanos de la Unión. Aún así los extranjeros no están perdidos; el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas permite afirmar que deberán aplicarse a los extranjeros los criterios de legalidad, legitimidad y necesidad democrática presentes en la "Convención Europea de Derechos Humanos"; en caso de expulsión.²¹⁶

Otros esfuerzos por armonizar la situación son las Directivas en materia de política migratoria: La directiva 2001/40/CE del Consejo Europeo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

²¹⁵RIVERO, Francisco, *et. al.*, Derechos humanos del Incapaz, del Extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto, op. cit., pág. 116.

²¹⁶Cfr. HERRERA CAMPO, Juan Vicente, *et. al.*, La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, op. cit., pág. 36.

La Directiva 2001/51/CE del Consejo del 28 de junio de 2001, regula las obligaciones de los transportistas respecto de las personas irregulares, que sean transportadas a la Unión Europea, estableciendo que ellos quedaran obligados a la devolución de las personas transportadas y a sufragar los costos de tal devolución.

La Directiva de residentes de larga duración 2003/109/CE aplica a nacionales de terceros Estados, no ciudadanos europeos; es decir, residentes de terceros Estados que estén en un Estado miembro de forma duradera, por lo cual se encuentran excluidos las personas cuyo título de residencia sea estrictamente temporal. -Estudiantes, temporeros, trabajadores transfronterizos, prestadores de servicios-. El grupo de nacionales de terceros Estados beneficiarios de derechos autónomos de movilidad queda determinado a través de la definición de los ámbitos personales de aplicación de las Directivas sobre: admisión de investigadores, (2005/71/CE), estudiantes, (2004/114/CE) y trabajadores altamente cualificados. (2009/50/CE).

Dentro del complejo universo normativo de la Unión; el problema es que no todos los Estados miembros que aplican las Directivas en materia de inmigración legal participan plenamente en las disposiciones del Acervo de Schengen, planteándose problemas de diferente envergadura en relación con las nuevas incorporaciones de Estados a la Unión Europea y con respecto a Reino Unido e Irlanda. La solución, la falta de posibilidad de aplicar el Acervo de

Schengen en estos supuestos, reside en que los Estados miembros sigan requiriendo visados para la movilidad dentro de la Unión.²¹⁷

El proceso de integración de América Latina y el Caribe se encuentra actualmente en una etapa de definiciones. Por lo pronto el principal objetivo del Mercosur es la integración económica de estos países -Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay-. Los debates sobre las cuestiones de la migración se han limitado en gran parte a las cuestiones del control en la frontera. En el “Tratado Constitutivo de Asunción” -26 de marzo de 1991-, entre los objetivos definidos en el artículo 1^a se encuentra: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros. La intención del mismo consiste en establecer un amplio mercado único; podría suponerse que éste incluye la libre circulación de la mano de obra, como un factor de producción.

La circulación se consideró únicamente en función de la migración de mano de obra. En tanto que el Acuerdo Multilateral sobre Seguridad Social y la Declaración Sociolaboral del Mercosur, reconoce la igualdad de derechos y obligaciones de los trabajadores migrantes y los nacionales de los países, así como la facilitación de la movilidad y el empleo de personal muy calificado en el sector de los servicios y de profesionales de otras categorías seleccionadas.²¹⁸

Finalmente el “Acuerdo sobre la Residencia de los Nacionales de los Estados Partes de Mercosur” del 2002. Y otro similar que incluye a Bolivia y

²¹⁷Cfr. IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración, op. cit., pág. 184.

²¹⁸Cfr. MAGUID, Alicia, “Políticas migratorias y fronteras socioeconómicas en el cono sur” en PÉCOUD Antonie, Paul de Guchteneire, (Directores), Migración sin fronteras. Ensayos sobre la libre circulación de las personas, op. cit., págs. 351-355.

Chile se aplicaría²¹⁹ tanto a los que desean entrar en uno de los estados Partes como a los que ya residen en él, independientemente de que entraran en el país como inmigrantes o de cualquier otra manera, los cuales pueden obtener un permiso temporal de residencia de dos años de duración, que después puede hacerse permanente.

Mientras que en la Comunidad Andina la Decisión 501 sobre “Zonas de Integración Fronteriza en la Comunidad Andina”, establece la promoción del libre tránsito y propone armonizar, simplificar y eliminar los obstáculos que dificultan los procedimientos migratorios, apoyada por otras decisiones 502 sobre Centros Binacionales de Frontera, 503 sobre Reconocimiento de Documentos de Identidad, 504 sobre Pasaporte Andino y 527 sobre modificación de la Tarjeta Andina de Migración inician un proceso de libre circulación de personas.²²⁰

3.5 Sistemas de tutela de derechos humanos y su incidencia en la materia migratoria.

Uno de los principios que rigen el Derecho Internacional es el de universalidad de los derechos humanos, es decir, son universales por tratarse del género humano, no dependen de la nacionalidad; si no dependen de la nacionalidad entonces los migrantes no deberían tener problemas para exigir la tutela de sus derechos.

²¹⁹Entrara en vigor con la ratificación del Paraguay.

²²⁰Cfr. ÁLVAREZ DE FLORES, Raquel, “La dinámica migratorio Colombo-Venezolana: evolución y perspectiva actual”, op. cit., pág. 197.

Los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos buscan que todas las personas puedan reclamar violaciones a sus derechos por parte de cualquier Estado. Cabe aclarar que estos sistemas de tutela son de carácter subsidiario, el principal protector de los derechos humanos es el propio Estado y no la comunidad internacional, cuando esta protección falla puede actuar la normativa y las instituciones de Derecho Internacional. La protección internacional es subsidiaria, complementaria y coadyuvante con la protección interna.

Esta protección se da a través de esquemas tanto universales como regionales, así la Declaración Universal, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", el "Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", considerados en conjunto la Carta Internacional de los derechos humanos, son instrumentos internacionales que además, han creado órganos de protección de los derechos humanos y procedimientos especiales para ello.

En el marco de la Organización de la Naciones Unidas el Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental compuesto por 47 Estados Miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006, con el objetivo principal de considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto. Un año después de celebrar su primera reunión, el 18 de junio de 2007, el consejo adoptó su "paquete de construcción institucional" que proporciona elementos que guían su trabajo futuro. Entre estos se destaca el

Mecanismo de examen periódico universal, a través del cual se examinará la situación de los derechos humanos en los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas. El Comité Asesor que sirve como el *"thinktank"* del consejo asesorándolo en diversas cuestiones relativas a los derechos humanos y el mecanismo de denuncias que permite que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos a la atención del Consejo. El Consejo de derechos humanos también continuará trabajando de cerca con los procedimientos especiales de las Naciones Unidas establecidos por la extinta comisión y admitidos por el Consejo. La Organización de la Naciones Unidas ha nombrado también un relator sobre los derechos humanos de los migrantes.²²¹

Ahora bien, a nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede recibir directamente reclamaciones de particulares contra un Estado parte, y además sin que necesite consentimiento *ad hoc* de éste; basta con que participe de la Convención de Roma. Presentada la reclamación se considera la cuestión de su admisibilidad a cuyos efectos al juez ponente puede proponer el examen de la cuestión bien por un Comité de tres jueces, bien por una Sala de siete jueces. Admitida la reclamación, la Sala se pone a disposición de las partes para llegar a un arreglo amistoso, siempre sobre la base del respeto de los derechos humanos. Si este arreglo no se consigue, la sala dicta sentencia de fondo, que en principio es definitiva.

²²¹ Mr. François Crépeau -Canadá-, desde agosto del 2011.

El Tribunal de la Unión Europea tiene el poder para resolver conflictos entre los Estados miembros, instituciones comunitarias, empresas y particulares. Su sede está en Luxemburgo. La autoridad del Tribunal de Justicia se reforzó con el Tratado de Maastricht, al concederle éste la facultad coactiva de imponer multas a un Estado miembro que no acate las sentencias. Mientras que el defensor del pueblo es una institución introducida en Maastricht para mejorar el control democrático sobre la administración comunitaria. Su objetivo es doble: *“garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos frente a la mala administración de las instituciones y órganos comunitarios; e intensificar las relaciones entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos.”*²²²

En la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, el mecanismo de protección se basa en dos órganos: la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión tiene como función principal promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia. Puede formular recomendaciones, estudios, informes especiales, solicitar la adopción de medidas cautelares, realizar visitas *in loco*, su principal actuación la establece el artículo 44 de la Convención ya que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la Convención por un Estado parte;

²²²CALVO HORNERO, Antonia, Fundamentos de la Unión Europea, op. cit., págs. 79 -84.

otorgando al individuo cierta capacidad jurídica; ya que una vez aceptada la denuncia la Comisión inicia el trámite ante la Corte. Pero su competencia no opera *ipso iure*, ya que no se considera que un Estado haya aceptado su jurisdicción por el sólo hecho de ratificar la Convención; así la operatividad de la Convención es limitada si no se ha aceptado la Competencia de la Corte.²²³

La Corte tiene facultades consultivas acerca de la interpretación de la Convención, otros tratados de derechos humanos o la compatibilidad de la ley interna de cualquier Estado con los instrumentos del sistema.

En el sistema regional africano, la Organización de la Unidad Africana creada por la “Carta de Addis-Abeba” de 1963; establece un órgano de control: la llamada Comisión, que puede recibir comunicaciones de Estados entre otras. En el primer caso intenta un arreglo amistoso entre los Estados interesados y si no lo consigue redacta un informe que se envía a éstos y a la Asamblea de jefes de Estado y de Gobierno de dicha Organización. En el segundo caso, si la Comisión considera que revelan la existencia de un cuadro de violaciones serias o masivas a los derechos humanos y de los pueblos, llamará la atención a aquella Asamblea. El sistema se completa con un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los pueblos.²²⁴

La principal virtud de estos sistemas es que las personas, de manera individual puedan acceder a ellos, es decir otorgarles cierta personalidad

²²³Cfr. TIRADO MEJIA, Álvaro, “Avances, fortalezas y desafíos del sistema interamericano de derechos humanos”, en Estudios de Derecho, Medellín, Colombia, año LXII, vol. LIX, n. 1333-134, diciembre 2000, pág. 56.

²²⁴Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., pág. 232.

internacional, es decir sin necesidad de ser nacional de cierto Estado para reclamar sus derechos, claro es un propósito a largo plazo pero que encuentra sus inicios en estos sistemas. El individuo como sujeto del Derecho Internacional es objeto de derechos y obligaciones de manera marginal; salvo por los crímenes internacionales.

4. Regulación de la migración en México.

4.1 Fuentes del Derecho Migratorio en México.

4.1.1 Constitución.

El fenómeno migratorio internacional se debe regular por el Derecho migratorio mexicano; el cual se constituye por normas de derecho público que regulan el tránsito internacional de personas -nacionales y extranjeros-; establece las modalidades y condiciones a que se sujetará el ingreso, permanencia y salida de extranjeros; y lo relativo a la emigración y repatriación de nacionales. La normativa internacional aporta fuentes y para conocer los derechos y obligaciones migratorios de los extranjeros en México, estudiaremos la normativa interna.

Primeramente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecen disposiciones para regular la extranjería y la migración. Como preceptos fundamentales tenemos el artículo 1; que establece:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados

internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Al incluirlos tratados internacionales en materia de derechos humanos en la protección constitucional, se amplía el régimen de extranjería mexicano y con

ello los derechos de los extranjeros. De manera que estos tratados tendrán rango constitucional; a partir de la reforma vigente desde el 11 de junio de 2011. Tal como lo indica el texto constitucional:

“Artículo 133. Esta Constitución, los Tratados Internacionales celebrados conforme a la misma, y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, serán, en ese orden, la Ley Suprema de toda la Unión...”

Las disposiciones de los Tratados Internacionales que regulen derechos humanos tendrán rango constitucional y se interpretarán conforme al artículo 1º párrafo segundo de esta Constitución.”

Ahora bien los derechos humanos, responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que han de cubrir todo nuestro ordenamiento jurídico. El Estado garantizará el goce y ejercicio de los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en materia de derechos humanos; y sin discriminación alguna, además de ser irrenunciables.

La mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual, ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que pueden brindar otras normas de Derecho Interno o de Derecho Internacional, denominada: Cláusula del individuo más favorecido. Por ejemplo en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en su

artículo 29.b establece que ninguna de las disposiciones de dicha convención puede ser interpretada en el sentido de: *“Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”*. Así se desprende una relación muy estrecha entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, ya que los tratados sobre derechos humanos ratificados por México, se han incorporado en el orden constitucional interno. *“Por lo tanto, si un mismo derecho es regulado con un contenido diferente por la Constitución y por un tratado, el principio de progresividad lleva como consecuencia, que debe aplicarse la disposición más favorable a la persona sea de Derecho Interno o de Derecho Internacional.”*²²⁵

Es importante, resaltar la integración del Derecho Internacional de los derechos humanos al Derecho Interno, así los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales; en segundo lugar la protección de los derechos humanos se configura en un régimen que siempre es susceptible de ampliación y no de restricción y que también toca a la integración de la regulación internacional entre si con la nacional.

²²⁵ PICARD de Orsini Marie, Judith Useche, “El Principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la constitución vigente”, en Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Provincia, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, número especial, 2005, págs. 421-449.

Posteriormente el artículo 11 consagra la libertad de tránsito: *“tal como esta concebida en nuestra Constitución comprende cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio nacional, salir del mismo, la de viajar dentro del Estado mexicano y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de estas libertades por el gobernado es absoluto, incondicional. Como derecho subjetivo, la obligación que deriva para las autoridades del Estado consiste en no impedir, no entorpecer la entrada, salida y viaje de las personas al territorio nacional. Los límites a esta libertad son: por las autoridades judiciales, purgar una pena privativa de la libertad como sanción por un delito; por las autoridades administrativas, en especial la migratoria impedir que se penetre al territorio nacional; expulsar del país a extranjeros perniciosos.”*²²⁶ Esta libertad de tránsito consagra tanto el tránsito interno como el internacional.

En su segundo párrafo considera el derecho al asilo y refugio, elevando a rango constitucional estos derechos ya considerados en la “Ley de Migración”:
“...En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones...”

Los artículos 30 y 33 constitucionales establecen quienes serán considerados nacionales y quienes extranjeros.

²²⁶RUIZ GARCÍA, Laura, *El Derecho Migratorio en México*, 1ª ed., Editorial Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, México, 2005, págs. 7-10.

“Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.”

“El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.”

El segundo párrafo termina con la figura del extranjero inconveniente o pernicioso, el Ejecutivo tenía la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgará inconveniente. Ahora no es una facultad discrecional sino que con fundamento en la ley, se expulsara al extranjero. Y respetando su garantía de audiencia.

Las restricciones hacia los extranjeros se encuentran en los artículos: 8, 9, y 33 en materia política; el artículo 11 en libre tránsito; en materia militar, policía o seguridad pública el artículo 32; en materia militar, armada y fuerza aérea en activo; en materia naval y aérea civil; en materia de propiedad el artículo 27; y en materia de concesiones, prestación de empleos, cargos o comisiones del gobierno igualmente el artículo 32. Las restricciones para los extranjeros en materia política como no inmiscuirse en asuntos políticos, no asociarse con dichos fines y para hacer peticiones en tal materia, deben

interpretarse que estas prohibiciones son para que no puedan formar parte de asociaciones, fracciones o partidos políticos.

4.1.2 Tratados internacionales.

Dentro de los tratados de derechos humanos y en especial en materia migratoria; México es parte de la “Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” al ratificar la Convención, formuló la declaración interpretativa y reserva siguientes:

“Al ratificar la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos reafirma su voluntad política de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios, de acuerdo con lo dispuesto por este instrumento internacional. Todas las disposiciones de esta Convención se aplicarán de conformidad con su legislación nacional.”

Reserva: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos hace reserva expresa respecto del párrafo 4 del Artículo 22 de esta Convención, exclusivamente por lo que se refiere a la aplicación del artículo 33 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 125 de la Ley General de Población."²²⁷

Reserva en materia del llamado extranjero inconveniente y su expulsión, que han sido modificados por la reforma constitucional y la Ley de Migración.

En materia de refugio también es parte "Convención de Ginebra sobre los Refugiados"²²⁸; y del "Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados"²²⁹; al adherirse a la Convención, formuló las declaraciones interpretativas y reservas siguientes:

"Corresponderá siempre al Gobierno de México determinar y otorgar, de conformidad con sus disposiciones legales vigentes, la calidad de refugiado, sin perjuicio de la definición de refugiado prevista en el artículo 1 de la Convención y de su Protocolo."

"Es facultad del Gobierno de México otorgar a los refugiados mayores facilidades, para la naturalización y asimilación, que aquellos que concede a los extranjeros en general, en el marco de su política de población y particularmente en materia de refugiados, de conformidad con su legislación nacional."

²²⁷"Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 18 de diciembre de 1990, D.O.F. 13 de agosto de 1999, en <http://www.sre.gob.mx/tratdos/archivos>

²²⁸"Convención de Ginebra sobre los Refugiados", Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951, D.O.F. 25 de agosto de 2000, en <http://www.sre.gob.mx/tratdos/archivos>

²²⁹"Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados", Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 31 de enero de 1967, D.O.F. 25 de agosto de 2000, en <http://www.sre.gob.mx/tratdos/archivos>

Reservas: “El Gobierno de México está convencido de la importancia de que todos los refugiados puedan acceder a un empleo remunerado como medio de subsistencia, y afirma que los refugiados serán tratados, conforme a la ley, en las mismas condiciones que los extranjeros en general, incluyendo las leyes y reglamentos que establecen la proporción de trabajadores extranjeros que los patrones están autorizados a emplear en México, y no afectará las obligaciones de los patrones en relación con el empleo de trabajadores extranjeros.

Ahora bien, en virtud de que el Gobierno de México no puede garantizar a los refugiados que reúnan cualquiera de los requisitos a que se refieren los incisos a), b) y c) del párrafo 2, del artículo 17 de la Convención, la exención automática de las obligaciones para obtener un permiso de empleo, hace reserva expresa a estas disposiciones.”

Requisitos para obtener un trabajo o realizar una actividad remunerada como; haber cumplido tres años de residencia en el país; tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia o tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia. Que se encuentran mayormente regulados en la “Ley de Migración”.

“El Gobierno de México se reserva el derecho de asignar, conforme a su legislación nacional, el lugar o los lugares de residencia de los refugiados y de establecer modalidades de circulación en territorio nacional, por lo que hace reserva expresa a los artículos 26 y 31.2 de la Convención.”

“El Gobierno de México hace reserva expresa al artículo 32 de la Convención, por lo que se refiere a la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin perjuicio de la observancia del principio de no devolución contenido en el artículo 33 de la Convención”.

De igual manera pierden efectividad con la reforma constitucional, ya que la expulsión del país de los extranjeros tiene que seguir un procedimiento legal y respetar la garantía de audiencia.

En cuanto al asilo, México es parte de la “Convención sobre Asilo Territorial”; al ratificar la Convención hizo reserva al Artículo X, en los siguientes términos:

“El Gobierno de México hace reserva expresa del Artículo X porque es contrario a las garantías individuales de que gozan todos los habitantes de la República de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Esto es en materia de libre circulación.

También forma parte de la “Convención sobre Asilo Diplomático”²³⁰; la “Convención sobre Asilo”²³¹ que fue modificada por la “Convención sobre Asilo Político”, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, que está en vigor.

²³⁰“Convención sobre Asilo Diplomático”, Caracas, Venezuela, 28 de marzo de 1954, D.O.F. 5 de abril de 1957, en <http://www.sre.gob.mx/tratdos/archivos>

²³¹“Convención sobre Asilo”, La Habana, Cuba, 20 de febrero de 1928, D.O.F. 7 de enero de 1929 en <http://www.sre.gob.mx/tratdos/archivos>

Asimismo México ha celebrado tratados que influyen en la materia migratoria, uno de ellos es el “Tratado de Libre Comercio con América del Norte” que aunque no constituye un mercado común en el que la movilidad de personas sea plena, sino más bien contempla la libre circulación de bienes y servicios, resulta que en la práctica llega a ser indispensable la entrada de personas de negocios.

El “Tratado de Libre Comercio con América del Norte” entro en vigor el 1 de enero de 1994, los tres países firmantes establecieron los llamados “visados del Tratado de Libre Comercio” para facilitar el empleo temporal de profesionales en la región norteamericana, como una forma tímida de promover la circulación de sus trabajadores en la región con miras al logro de los objetivos del tratado. Estos visados, que conceden los tres países, tienen por objeto permitir que profesionales de cualquiera de esos países puedan trabajar temporalmente en los otros dos, para promover una relación comercial efectiva. El artículo 1601 del “Tratado de Libre Comercio con América del Norte” afirma la necesidad de facilitar la migración temporal de esos trabajadores de conformidad con el principio de reciprocidad, y de la importancia de establecer criterios y procedimientos transparentes con esta finalidad.²³²

El capítulo XII Comercio transfronterizo servicios, en la parte relativa a presencia local y en el capítulo VI Entrada temporal de personas de negocios y el artículo 1603 del “Tratado de Libre Comercio con América del Norte”

²³²Cfr. ALARCÓN, Rafael, “La libre circulación de los migrantes calificados en América del Norte” en PÉCOUD, Antonie, Paul de Guchteneire (Directores), Migración sin fronteras. Ensayos sobre la libre circulación de las personas, op. cit., pág. 334.

establecen que cada una de las partes autorizará la entrada temporal a personas de negocios que cumplan con las demás medidas aplicables, relativas a salud y seguridad públicas, así como las referentes a seguridad nacional. En el anexo 1603 y los apéndices 1603.A.1 y 1603. A.3 del capítulo XVI del “Tratado de Libre Comercio con América del Norte”, establecen diversas disposiciones en materia migratoria, creando a su vez categorías o rubros bajo los que puede presentarse la entrada temporal de personas: visitantes de negocios, comerciantes e inversores, personal trasladado internamente por la empresa y profesionales. -Visados del Tratado de Libre Comercio-.²³³

Los requisitos para obtener un visado para los ciudadanos mexicanos son: *“el empleador ha de presentar una carta de empleo que indique que el trabajo en cuestión requiere las capacidades profesionales estipuladas en el Capítulo 16, Anexo 1603, Apéndice 1603 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Por su parte, el solicitante debe presentar al Cónsul de los Estados Unidos una carta de oferta de empleo profesional en la que se describa la actividad que llevará acabo, la finalidad de la entrada y la duración de la estancia en el país, así como pruebas del estatuto profesional del trabajador. Mientras que los ciudadanos canadienses no necesitan visado para entrar a los Estados Unidos, sino que pueden obtener el necesario premiso de los servicios de Ciudadanía e Inmigración en el punto de entrada en el país. El visado TLC*

²³³Cfr. WITKER, Jorge, Derechos de los Extranjeros, ed., editado por Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, págs. 38-40.

tiene una validez de un año, que puede prolongarse indefinidamente si el empleador lo solicita.”²³⁴

En otros tratados de libre comercio suscritos por México con Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Chile; se prevé el movimiento de personas con motivos de negocios y de prestación de servicios.

Por otra parte; el programa de trabajadores agrícolas temporales con Canadá, acuerdo firmado por los gobiernos de los dos países en 1974; contempla el trabajo temporal -8 meses- de trabajadores agrícolas mexicanos en unas 7500 granjas de las provincias canadienses.

4.1.3 Legislación migratoria.

Ahora bien la norma migratoria es de carácter federal²³⁵, es decir, se aplica en todo el ámbito espacial de vigencia del sistema jurídico mexicano y sólo la puede dictar un órgano igualmente federal. Su contenido es de derecho público y regula las actividades de la autoridad migratoria, su organización, funcionamiento y control; la internación, estancia y salida de extranjeros; y la entrada y salida de los nacionales.²³⁶

Así tenemos la “Ley General de Población” derogada por la “Ley de Migración” en sus capítulos II migración, III inmigración, VIII sanciones, IX del procedimiento migratorio y capítulo X del procedimiento de verificación y

²³⁴ALARCÓN, Rafael, *“La libre circulación de personas en América del Norte”*, op. cit., pág. 334.

²³⁵El artículo 73 Fracción XVI constitucional, establece la facultad del Poder legislativo para dictar leyes sobre emigración e inmigración y salubridad general de la república.

²³⁶Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, *Derecho Migratorio Mexicano*, 4ª ed., editado por Universidad Anáhuac del Sur-Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 17.

vigilancia, por lo que en materia migratoria se encarga de la emigración y repatriación de nacionales. La regulación contenida es de naturaleza administrativa.

“Ley de Migración” publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011 se encarga de la inmigración ya que tiene por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio nacional y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo. Incorpora disposiciones fiscales, civiles, económicas y penales, entre otras. Materias que regulará hasta que se encuentre en vigor el reglamento de la Ley de Migración.

Otras leyes reglamentarias son: “Ley de Nacionalidad”; Ley reglamentaria de los artículos 30, 32 y 37 apartados A y B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Regula lo relativo a la nacionalidad mexicana por nacimiento y por naturalización, así como los supuestos y el procedimiento mediante el cual se determina la pérdida de la nacionalidad por naturalización.

“Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria”, que regula lo relativo a quienes se consideraran refugiados.

“Ley Federal de Turismo”: Gran parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, lo hacen en calidad de turistas. Regula lo relativo a los diversos servicios turísticos prestados en nuestro país, bajo los rubros de planeación de la actividad turística, promoción y fomento al turismo.

“Reglamento de Pasaportes”: El pasaporte es el documento de viaje que la Secretaría de Relaciones Exteriores expide a los mexicanos para acreditar su nacionalidad e identidad y solicitar a las autoridades extranjeras permitan libre paso, proporcionen ayuda y protección y, en su caso, dispensen las cortesías e inmunidades que a su cargo o representación correspondan. Tiene una validez máxima de cinco años.

“Código de Comercio”: Los extranjeros son libres para ejercer el comercio, según lo dispuesto en los tratados celebrados con sus respectivas naciones en los que México sea parte, con arreglo a las leyes que regulan los derechos y las obligaciones de los extranjeros. Los comerciantes extranjeros deberán sujetarse, en todos los actos de comercio en los que intervengan, a las disposiciones legales que establece el Código de Comercio.

“Ley de Inversión Extranjera” y su reglamento para la adquisición de bienes por parte de los extranjeros.

“Ley Aduanera”: La parte aplicable a nuestro tema son los regímenes de importación y exportación -temporales y definitivos-, tratándose de los bienes propiedad del visitante. Señala en su artículo 105 -fracción I, inciso IV- el carácter de importación temporal por el plazo que dure su calidad migratoria, incluyendo prórrogas.

Regulación fiscal de las actividades de los extranjeros: el artículo 31 constitucional señala como obligación de los mexicanos contribuir a los gastos públicos, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes, este

precepto se hace extensivo a los extranjeros residentes en el país que cuentan con alguna fuente de ingresos, siendo entonces los factores de vinculación del hecho jurídico imponible: la residencia o el lugar de la fuente de ingresos.²³⁷

4.1.4 Normas reglamentarias.

Al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación le compete la aplicación de la “Ley General de Población” y “Ley de Migración” por ello el Presidente debe proveer la esfera administrativa para su exacta observancia, es decir, expidiendo los reglamentos.

Cabe aclarar que mientras no se publique el reglamento de la “Ley de Migración” seguirá aplicándose la “Ley General de Población”. Tal como lo indica al artículo tercero transitorio de la “Ley de Migración”:

“TERCERO. Dentro del término de ciento ochenta días contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Ejecutivo Federal deberá expedir el Reglamento de la Ley de Migración, en tanto, continuará aplicándose en lo que no se oponga, el Reglamento de la Ley General de Población.”

Las derogaciones a la “Ley General de Población”, de los capítulos de migración e inmigración, principalmente las que se refieren a las categorías migratorias, -artículos 7 a 75- de igual manera entrarán en vigor hasta la publicación del reglamento de la “Ley de Migración” : -segundo transitorio de la “Ley General de Población” -.

²³⁷Cfr. WITKER, Jorge, Derechos de los Extranjeros, op. cit., pág. 50.

“SEGUNDO. Las reformas a la Ley General de Población entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, excepto las derogaciones a las fracciones VII y VIII del artículo 3o. y a los artículos 7 a 75, que entrarán en vigor hasta que se encuentre vigente el Reglamento de la Ley de Migración.”

Además del procedimiento de solicitud de visa en oficinas consulares o los acuerdos de presentación de extranjeros en estaciones migratorias, entre otros, igualmente se encuentran pendientes de aplicación hasta la publicación del reglamento de la “Ley de Migración”. -Segundo transitorio de la “Ley de Migración” -.

Otras normas reglamentarias en materia migratoria son: El Acuerdo por el que se emiten Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de octubre del 2009; y el Manual de Criterios y trámites migratorios –Diario Oficial de la Federación 29 de enero de 2010-.

4.1.5 Jurisprudencia.

La Suprema Corte de la Nación también se ha ocupado del tema migratorio; principalmente para garantizar el principio de igualdad y no discriminación.

TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES

Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES.²³⁸

De lo dispuesto por los artículos 1, 18, 25, 35, y 54, párrafo 1, de la "Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", la cual satisface los requisitos atinentes para ser considerada como tratado internacional, se desprende que los trabajadores extranjeros tienen los mismos derechos laborales que los nacionales, con independencia de que se trate de trabajadores documentados o en situación regular o indocumentados o en situación irregular; luego, como según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un tratado internacional se ubica jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, de ello se sigue que la situación irregular de esos trabajadores, no les impide acudir en demanda ante los tribunales correspondientes para reclamar prestaciones derivadas de la conclusión del trabajo, incluyendo el despido injustificado, toda vez que tal convenio les otorga el correspondiente derecho, sin que ello implique, en modo alguno, su regularización migratoria o la de sus familiares.

EXTRANJEROS, LA CONDICIÓN O CALIDAD MIGRATORIA QUE TIENEN EN TERRITORIO MEXICANO NO PUEDE RESTRINGIR SU GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA -

²³⁸PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL TERCER CIRCUITO, "*Trabajadores Extranjeros*", Tesis Aislada, Amparo en revisión 48/2008, Glucsa del Pacífico, S.C., 17 de septiembre de 2008, Unanimidad de votos, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, pág. 2457.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.²³⁹

El artículo 67 de la Ley General de Población establece el deber de las autoridades mexicanas en sus diferentes niveles de gobierno, así como de los notarios y corredores públicos, para exigir a los extranjeros que tramiten actos o contratos competencia de los aludidos funcionarios, acrediten que su condición o calidad migratorias les permita efectuar los mismos o, en su defecto, que cuenten con un permiso especial de la Secretaría de Gobernación para ello. La acepción "actos o contratos competencia de las autoridades", comprende el ejercicio de una acción jurisdiccional. En este aspecto resulta indispensable precisar que la letra "o", entre sus diversas acepciones, tiene la relativa a "equivalencia, significando 'o sea' o 'lo que es lo mismo'", definición que es la que debe imperar en la frase "actos o contratos" inserta en ese precepto legal. La interpretación que antecede es así, en primer término, porque el contexto de la frase "actos o contratos" involucra no sólo la competencia de las autoridades mexicanas de los distintos niveles de gobierno, sino también de fedatarios públicos como los notarios y corredores, de tal manera que dicha cuestión denota una semejanza en relación con los servicios que pueden brindar estos últimos y las funciones de las primeras, esto es, la de formalizar actos a través de los cuales un extranjero pretenda adquirir un derecho o una obligación en territorio mexicano. En segundo lugar, una interpretación del vocablo "acto", que

²³⁹TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, "Extranjeros", Tesis Aislada, Amparo directo 488/2007, Deinco, S.A. de C.V. ,31 de octubre de 2007, Unanimidad de votos, Novena Época, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, julio de 2008, pág. 1727.

involucrara el ejercicio de una acción jurisdiccional, implicaría restringir a los extranjeros la garantía de acceso a la administración de justicia por parte del Estado mexicano, consagrada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, restricción que se encuentra vedada al legislador ordinario por estar reservada al órgano constituyente en atención a lo establecido en el artículo 1o. de nuestra Carta Magna.

EXTRANJEROS. LOS ARTÍCULOS 37 Y 60 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, ASÍ COMO LOS NUMERALES 106 Y 139 DE SU REGLAMENTO, RESPETAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO.²⁴⁰

El principio de igualdad, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre en condiciones de absoluta igualdad, sino que frente a la ley reciban el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho; de manera que no toda desigualdad de trato es violatoria de derechos constitucionales, sino sólo cuando distingue entre situaciones iguales, sin que exista para ello una justificación razonable y objetiva. En ese tenor y tomando en cuenta que acorde con los artículos 30 y 33 constitucionales la situación jurídica y de hecho de los extranjeros es distinta a la de los

²⁴⁰SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Extranjeros*”, Tesis Aislada, Amparo en revisión 1030/2007, Josefina Mahecha Vega, 16 de enero de 2008, Cinco votos, Amparo en revisión 11/2008, Daniela Nazareth, Josefina Romero Roa, 6 de febrero de 2008, Cinco votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, pág. 205.

mexicanos, resulta evidente que aunque los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su Reglamento, otorgan un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los mexicanos, por requerir únicamente a aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder trabajar y obtener cierta calidad migratoria respecto a su estancia en el país, sí respetan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo contenidos, respectivamente, en los artículos 1o. y 5o. constitucionales, ya que la referida desigualdad de trato no es artificiosa ni arbitraria, sino que proviene directamente del texto constitucional.

También para aclarar como se adquieren las calidades migratorias:

MIGRACION.²⁴¹

La sociedad está interesada en que se cumplan, con toda exactitud, las disposiciones de la Ley de Migración que tiendan a evitar que penetren al país personas que puedan entrañar algún perjuicio para la colectividad, por lo que contra la aplicación de tales disposiciones, no procede la suspensión.

²⁴¹SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "*Migración*", Tesis Aislada, Incidente de suspensión 1742/24, ChesneauBerthe y coagraviado, 6 de agosto de 1924, Unanimidad de once votos, Amparo administrativo, Sereno Angelo y coagraviados, 21 de julio de 1924, Unanimidad de diez votos, Quinta Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación, tomo XV, pág. 239.

INMIGRANTES, DERECHOS DE LOS.²⁴²

Los derechos de que habla la Ley de Migración para que los inmigrantes adquieran la calidad de inmigrados, sólo se crea por el transcurso de cinco años y no antes. En estas condiciones antes de ser inmigrados no pueden renunciar a ningún derecho que les de tal calidad, y la condición de renunciar con la que se les haya obligado a entrar al país, no es para perjuicio, por tratarse de algo renunciable, por inexistente.

EXTRANJEROS, CALIDAD DE INMIGRANTES.²⁴³

La calidad de inmigrante no se adquiere automáticamente por el solo hecho de satisfacer determinados requisitos legales, sino mediante la declaración que haga al efecto la Secretaría de Gobernación, máxime, que dicha secretaría esta facultada para negar la entrada al país a los extranjeros, o el cambio de calidad migratoria, aunque cumplan con todos los requisitos señalados por la ley, cuando así lo estime conveniente.

4.2 Proceso y actores de la política migratoria en México.

4.2.1 Fundamentos, principios, objetivos.

Las políticas públicas, se traducen en proyectos de gobierno; en virtud de que atienden los problemas más relevantes del Estado. El fenómeno migratorio

²⁴²SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *"Inmigrantes, derechos de los"*, Tesis Aislada, Amparo administrativo en revisión 3874/49, Weill Julio y coagraviados, 29 de junio de 1950, Unanimidad de cinco votos, Quinta Época, Segunda Sala en Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIV, pág. 2399.

²⁴³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *"Extranjeros, calidad de inmigrantes"*, Tesis Aislada, Amparo administrativo en revisión 6716/49, Karez Israel, 4 de noviembre de 1949, Unanimidad de cinco votos, Quinta Época, Segunda Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo CII, pág. 1000.

debe ser atendido por el gobierno como parte de su política pública y desde la política exterior, económica, laboral, social la suma de todos estos aspectos debe de dar como resultado la política migratoria de un Estado.

La política migratoria del Estado Mexicano es el conjunto de decisiones, estratégicas para alcanzar objetivos determinados en principios generales y preceptos contenidos en la Ley, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.²⁴⁴

La política migratoria mexicana tiene su fundamento en la Constitución, en el caso de la inmigración, establece las garantías, facilidades, condiciones y promociones para el desarrollo económico y social así como las restricciones y medidas a los extranjeros para proteger la integridad física del territorio nacional, evitar su intervención en aéreas específicas de la economía, su participación en asuntos políticos.²⁴⁵ Así nuestro país se reserva el derecho de admisión de extranjeros²⁴⁶, establece la diferencia entre nacional y extranjero, declara las garantías y libertades de unos y otros.

Además de las limitaciones ya mencionadas en materia militar, de policía o seguridad pública, naval, de propiedad, y para ciertas concesiones, prestación de empleos, cargos o comisiones del gobierno; tenemos que en materia de libre tránsito, hay dos supuestos para limitar la competencia de la autoridad migratoria: 1. Limitaciones legales a la inmigración -movimiento de entrada de

²⁴⁴Cfr. Ley de Migración, Artículo 2.

²⁴⁵Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 43.

²⁴⁶Cfr. Artículos 1, 8, 9, 11, 14, 27, 30, 32 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

nacionales o extranjeros, de estancia o residencia de extranjeros- o emigración -de salida de los mismos-; y 2. El supuesto del extranjero pernicioso o inconveniente. Los requisitos para tal limitación son: *“que se encuentre establecida en una ley, que la autoridad que la aplique sea competente y que la resolución cumpla con los requisitos y elementos de motivación y fundamentación.”*²⁴⁷ En cuanto al extranjero pernicioso no tenemos una definición legal clara al respecto. Falta estimar la condición del extranjero inconveniente; en la práctica se ha relacionado con la ejecución o desarrollo de actividades políticas; por lo que la expulsión o deportación puede darse como consecuencia de la violación a las prohibiciones constitucionales.

En lo que respecta a la emigración y repatriación de nacionales busca la protección de los nacionales en el extranjero, con la colaboración de la Secretaría de Relaciones Exteriores, ya en territorio nacional la fijación de la población en su lugar de origen y la repatriación de nacionales que se encuentran en el extranjero. Es necesario facilitar el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes mexicanos y sus familias, a través de programas interinstitucionales y reforzar los vínculos entre las comunidades de origen y destino de la emigración mexicana, en provecho del bienestar familiar y del desarrollo regional y nacional. Programas como “Paisano” pretenden dignificar el trato de los mexicanos en el extranjero; y que los mexicanos al retornar reciban un trato justo, orientación adecuada y respeto a sus derechos humanos y bienes patrimoniales.

²⁴⁷VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., págs. 49 y 50.

Ahora bien los fundamentos legales de la política migratoria mexicana, los encontramos en distintos instrumentos. Primeramente en la exposición de motivos de la “Ley General de Población” se hacía el señalamiento de que se generaba una política migratoria en términos favorables para la satisfacción de los intereses nacionales, así como restrictiva, en los casos en que se quiera proteger la actividad económica, profesional o artística de los mexicanos. Se enfatizó el tratamiento individual, y no colectivo, de los permisos de ingreso, otorgando prioridad a la internación de investigadores, científicos y técnicos útiles al desenvolvimiento nacional, se amplió el régimen de rentistas y se reguló de forma más rigurosa la adquisición de bienes inmuebles por parte de extranjeros.²⁴⁸

En México se dan manifestaciones de la migración como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes. La migración en nuestro país es producto de la propia situación nacional; así como de la problemática internacional. Con la “Ley de Migración” se manifestó un cambio en el tratamiento político migratorio en pro del pleno respeto a los derechos humanos de los migrantes y el propiciar la integridad familiar.

En efecto la “Ley de Migración” establece los principios en que debe sustentarse la política migratoria mexicana, principalmente de respeto a los derechos humanos de los migrantes, con especial atención a grupos vulnerables -menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de

²⁴⁸Cfr. RUIZ GARCÍA, Laura, El Derecho Migratorio en México, op. cit., págs. 40-43.

la tercera edad.- No se criminalizara una situación migratoria irregular, es decir no pre configurará por sí misma la comisión de un delito.

Se busca congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio.

Asimismo, pugna por fortalecer la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública y fronteriza, a la seguridad regional, especialmente en el combate al tráfico o secuestro de migrantes, y a la trata de personas en todas sus modalidades.

La política migratoria mexicana se encamina a la cooperación internacional, ya que se considera la complejidad de la movilidad internacional de personas. De manera que hay una responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio. En caso de los migrantes económicos la complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, como fundamento para una gestión adecuada de la migración laboral acorde a las necesidades nacionales.

En materia laboral, el artículo 123 constitucional fundamento de la legislación laboral, no hace distinción alguna entre el trabajo de nacionales y

extranjeros, sino que por el contrario, expresamente dispone la igualdad de condiciones y circunstancias de trabajo. Pero el artículo 32 señala que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y cargos, empleos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la condición de ciudadano. La igualdad de circunstancias da la posibilidad de una aplicación discrecional. La facultad para que un extranjero pueda dedicarse a alguna actividad productiva, remunerada o no, depende estrictamente de su calidad migratoria, la cual le permite desempeñar sólo determinadas actividades.²⁴⁹

A la par de la situación laboral se busca la equidad entre nacionales y extranjeros, especialmente en la plena observancia de sus derechos humanos así como el reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes. Derechos como la libertad de tránsito, el acceso a servicios educativos, de salud, acceso a la justicia y el debido proceso legal en condiciones de equidad sin discriminación por su condición de estancia en el territorio nacional.

También los extranjeros tendrán derecho a la unidad familiar y se observara el interés superior del menor, como criterio prioritario de internación y residencia temporal o definitiva en México, junto con las necesidades laborales o las causas humanitarias que motiven su movimiento migratorio.

²⁴⁹Cfr. WITKER, Jorge, Derechos de los Extranjeros, op. cit., pág. 30.

La política migratoria mexicana contempla la integración social y cultural de los extranjeros; en armonía con el derecho a la preservación de su identidad nacional. En el caso de aquellos extranjeros cuya cultura, lengua, etnia o religión son básicamente las del país de acogida, bien por ser inicialmente idénticas, bien por haber nacido allí o por residir de forma permanente desde hace tiempo; como los originarios de países latinoamericanos o de la península ibérica que tienen facilidades para pedir la nacionalidad mexicana.

En cuanto al asilo y refugio los principios a seguir son de hospitalidad y solidaridad internacional, de acuerdo con la tradición mexicana en este sentido, los tratados y el Derecho Internacional; así como en caso de expulsión respetando el principio de no devolución.

Finalmente el objetivo primordial de la política migratoria según se desprende del texto de la ley de la materia es la consecución de estos principios. En un marco de referencia que garantice el respeto y protección de los derechos humanos; la integración familiar y el desarrollo nacional. Así se otorgan preferencias a extranjeros científicos y técnicos, inversionistas, turistas y padres o cónyuges de mexicanos. Y otras facilidades para refugiados y asilados políticos, y extranjeros que contraigan matrimonio con mexicanos o con hijos nacidos en el país.²⁵⁰

²⁵⁰Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 55.

4.2.2 Sujetos de la Política migratoria; autoridades y distribución de competencias en materia migratoria.

Los principales sujetos de la política migratoria son los extranjeros, los nacionales y las autoridades. De manera general nuestra legislación en el ámbito migratorio: *“regula el actuar de las personas físicas nacionales o extranjeras y personas morales entre ellas, empleadoras de extranjeros, empresas de transporte aéreo y terrestre, respecto de las cuales establece los lineamientos para su internación y salida de nacionales y extranjeros. Como sujetos de la legislación migratoria encontramos a las autoridades de la república, federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, corredores de comercio y los jueces u oficiales del Registro Civil, todos están obligados a exigir a los extranjeros que pretendan realizar algún trámite ante ellos, que previamente acrediten su legal estancia y la autorización para efectuar dicho trámite.”*²⁵¹

La autoridad migratoria debe ser única, en principio al Ejecutivo Federal le compete ejercer las facultades y cumplir con las obligaciones que establece el artículo 89 constitucional. Pero la estructura de la organización centralizada de la administración pública federal, permite que el jefe del Ejecutivo se auxilie en el despacho de los asuntos de su competencia por secretarías de Estado.²⁵²

De manera que como autoridades migratorias tenemos: la Secretaría de Gobernación, y el Instituto Nacional de Migración. Otras que podemos llamar

²⁵¹RUÍZ GARCÍA, Laura, *El Derecho Migratorio en México*, op. cit., pág. 47.

²⁵²Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, *Derecho Migratorio Mexicano*, op. cit., pág. 40.

“auxiliares”: Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaria de la Defensa Nacional, Secretaría de Turismo, Secretaría de Salud, Secretaria del Trabajo y Previsión Social, Procuraduría General de la República, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Instituto Nacional de las Mujeres.

A la Secretaría de Gobernación corresponde: tramitar lo relativo a la aplicación del artículo 33 de la Constitución, formular y conducir la política de población.²⁵³ Tiene la facultad²⁵⁴ de dictar, promover y coordinar, las medidas adecuadas para resolver los problemas demográficos.

El Instituto Nacional de Migración, tiene por objeto la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios. El control y vigilancia de la entrada, estancia y salida de migrantes. -Requisitos de ingreso, trámites migratorios, controles fronterizos; y Registro Nacional de Extranjeros-. Asistencia a migrantes vulnerables. -Grupos de protección a migrantes, estaciones migratorias; procedimientos para la deportación, retorno asistido o repatriación de extranjeros irregulares que lo ameriten-.

La Secretaría de Relaciones Exteriores en materia migratoria, promueve conjuntamente con la Secretaría de Gobernación la suscripción de instrumentos internacionales en materia de retorno asistido de mexicanos y extranjeros; acuerdos bilaterales que regulen el flujo migratorio; y en los casos previstos por la “Ley de Migración”, tramitar y resolver la expedición de visas.

²⁵³ Establecida en los artículos 27 fracciones IV y VI de Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

²⁵⁴ Artículo 2. Ley General de Población.

La Secretaría de la Defensa Nacional, concede permisos para exploraciones o expediciones científicas extranjeras o internacionales en el territorio nacional y la Secretaría de Marina, igualmente concede permisos en aguas nacionales.²⁵⁵

La Secretaría de Turismo, difunde información oficial de los trámites y requisitos migratorios que se requieran para la internación, tránsito, estancia regular y salida de los extranjeros que pretendan visitar el país; participa en las acciones interinstitucionales, que coadyuven en la implementación de programas que fomenten y promuevan el turismo nacional.²⁵⁶

A la Secretaría de Salud, le corresponde dirigir la política sanitaria especial en la república, los puertos, costas y fronteras. Establece requisitos sanitarios para la internación de personas al territorio nacional, ejerce la vigilancia de los servicios de sanidad en los lugares destinados al tránsito internacional de personas, mediante visitas de inspección.²⁵⁷

La Secretaría del Trabajo y Previsión social, interviene en los contratos de trabajo de los nacionales que vayan a prestar sus servicios en el extranjero.²⁵⁸

La Procuraduría General de la República, proporciona a los migrantes orientación y asesoría para su eficaz atención y protección, celebra convenios

²⁵⁵ Artículos 29 fracción XVIII y 30 fracción XII respectivamente de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

²⁵⁶ Facultades establecidas en el artículo 26 de la Ley de Migración.

²⁵⁷ Facultades establecidas en los artículos 39 fracciones X, XI, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 27 de la Ley de Migración.

²⁵⁸ Facultades establecidas en el Artículo 40 fracción III de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

de cooperación y coordinación para lograr una eficaz investigación y persecución de los delitos de los que son víctimas u ofendidos los migrantes; conocer respecto de estos.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, proporciona asistencia social para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que requieran servicios para su protección; otorgándoles facilidades de estancia y garantiza su protección en tanto se resuelva su situación migratoria.

El Instituto Nacional de las Mujeres realiza acciones interinstitucionales, que permitan atenderla problemática de las mujeres migrantes; promueve acciones dirigidas a mejorar la condición social de la población femenina migrante y la erradicación de todas las formas de discriminación en su contra; proporciona a las autoridades migratorias capacitación en materia de igualdad de género, con énfasis en el respeto y protección de los derechos humanos de las migrantes.

Otras autoridades tienen facultades para regular el libre tránsito de personas como en casos de: *“responsabilidad penal plenamente comprobada en sentencia definitiva, la autoridad judicial, dentro de su ámbito competencial, se encuentra facultada a restringir el libre tránsito, imponiendo penas con fundamento en el orden legal secundario. Como son: prisión, semi-libertad, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado. Así como otras medidas cautelares en materia penal como la orden de aprehensión, orden de*

reaprehensión, orden de comparecencia, auto de formal prisión, arraigo judicial. También el auto de libertad por falta de elementos, auto de sobreseimiento, libertad caucional. En caso de responsabilidad civil las limitaciones a la libertad de tránsito las tenemos en las figuras del arraigo judicial en materia civil, la separación de personas como acto prejudicial.”²⁵⁹

4.2.3 Categorías migratorias en la Ley General de Población.

La “Ley de Migración” contempla el cambio de categorías migratorias establecidas en la “Ley General de Población” a condiciones de estancia las cuales 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. Las condiciones de estancia pretenden regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional.

El artículo sexto transitorio de la “Ley de Migración”, contempla la equiparación de las categorías migratorias, anteriormente contempladas por la “Ley General de Población”, de no inmigrante e inmigrante a las condiciones de estancia de visitantes o residentes. -Véase esquema 1-.

²⁵⁹SILVA CARREÑO, Jorge Armando, Derecho Migratorio Mexicano, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 117-140.

4.2.4 Proceso de la política migratoria en México.

4.2.4.1 Definición.

La creación de las normas jurídicas en México al igual que en cualquier otra parte del mundo, así como la construcción y análisis de las políticas públicas, no pueden sustraerse de su contexto social y económico inmediato. Es el caso de la influencia que en el derecho mexicano tienen el fenómeno migratorio internacional, el cambio de rutas de los migrantes con destino hacia Estados Unidos, el flujo más intenso de centroamericanos, la baja de migrantes mexicanos, y el control del narcotráfico sobre redes de trata de personas entre otras situaciones dieron como resultado un cambio en la política migratoria mexicana y la promulgación de una “Ley de Migración”.

Se define la política migratoria dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2012, en el apartado *5.9 Mexicanos en el exterior y migración*, dedicado a los objetivos y estrategias de la política migratoria; el cual contempla: *“El mejoramiento de la política migratoria, a partir de la colaboración y el entendimiento con las naciones del Norte y el Sur, lo cual ocupa un sitio destacado en los objetivos y estrategias de la política exterior.”*²⁶⁰

El Plan Nacional de Desarrollo menciona: *“En el diseño de las políticas públicas en materia migratoria, se considerará la especificidad de México como país de origen, tránsito y destino de migrantes. La política migratoria será transversal a la política exterior porque requiere de la cooperación internacional,*

²⁶⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Plan Nacional de Desarrollo 2006-2012, “5.9 Mexicanos en el exterior y migración”, en <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/index.php?page=documentos-pdf>, pág. 305.

regional y bilateral para enfocarse en el desarrollo, y no en la gestión de los flujos de personas.”

Los dos objetivos principales que contempla son: Proteger y promover activamente los derechos de los mexicanos en el exterior; y construir una nueva cultura de la migración. Para el logro de estos objetivos, se considera la implementación de estrategias como:

a) Fortalecer la capacidad de protección, asistencia jurídica y gestión de la red consular mexicana. Para ello se creará un Programa Especial de Protección y Asistencia Consular a los Mexicanos en el Exterior. Este programa establecerá estrategias y prioridades para fortalecer la protección consular de los mexicanos en el exterior, la coordinación de acciones y asignación de responsabilidades, tiempos de ejecución y acciones que serán objeto de coordinación entre el Gobierno Federal, los gobiernos de los estados y municipios, así como los grupos sociales interesados.

b) Fortalecer los vínculos económicos, sociales y culturales con la comunidad mexicana en el exterior, especialmente en Estados Unidos. Con el Programa Paisano, y el Instituto delos Mexicanos en el Exterior seguirán coordinando esfuerzos hacia la cooperación internacional.

c) Promover mecanismos jurídicos internacionales que permitan flujos legales, seguros, ordenados y respetuosos de los derechos de los individuos, en especial en América del Norte.

d) Respetar y proteger los derechos de los migrantes en México, con un Plan de Reordenamiento de la Frontera Sur que estará orientado a facilitar la documentación de los migrantes. Para facilitar la documentación legal de los migrantes centroamericanos.

Otras estrategias previstas son: impulsar una visión de corresponsabilidad en la que México genera mayores oportunidades de desarrollo dentro del territorio nacional, promover la inversión productiva de capital en las regiones expulsoras de mano de obra. Generar oportunidades de desarrollo dentro de la región mesoamericana a través de programas como el Plan Puebla-Panamá, y mejorar la calidad de los servicios y la gestión migratoria en general; con base en el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional a través del Instituto Nacional de Migración, la modernización de la infraestructura y, en especial, la dignificación de las estaciones migratorias, combatiendo la corrupción.

4.2.4.2 Ejecución.

Respecto a la implementación de las políticas públicas, se ha escrito que se trata de *“un proceso organizacional dinámico cuya configuración resulta de las recurrentes interacciones entre las metas y los métodos del proyecto y el contexto institucional.”*²⁶¹

²⁶¹CASTELLANOS HERNANDEZ, Eduardo de Jesús, LA CULTURA DE LA LEGALIDAD COMO POLÍTICA PÚBLICA. HACIA UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO, publica Secretaría de Gobernación, México, 2009, en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/CulturalLegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf> pág. 8.

Para efecto del diseño e implementación de la política migratoria mexicana, es importante destacar que Bardach²⁶² refiere dentro de los criterios de evaluación de políticas uno que es el caso en la política migratoria: *“El proceso político se hace cargo de él. Uno de los enfoques consiste simplemente en dejar que los procesos gubernamentales y políticos existentes efectúen la ponderación.”*

Es decir que pasando el proceso de planeación de objetivos, la ejecución de la política migratoria requiere la implementación de una práctica migratoria, es decir, *“las medidas administrativas, adoptadas a consecuencia de una situación particular, generalmente temporal y cambiante, que se encuentra en la facultad discrecional.”*²⁶³

La ejecución de la política migratoria mexicana se encuentra estancada en su transición de la “Ley General de Población” a la “Ley de Migración”, mientras no se publique el Reglamento de la “Ley de Migración”, ya que parte sustancial de esta nueva política pretende construir nuevas estructuras y calidades migratorias que no se aplican aún.

Prácticas migratorias.

La ejecución de la política migratoria, da lugar al desarrollo de prácticas migratorias. La autoridad migratoria en el procedimiento migratorio cuenta con la facultad discrecional, es decir, tiene un margen de decisión dentro de lo legal.

²⁶²Cfr. CASTELLANOS HERNANDEZ, Eduardo de Jesús, LA CULTURA DE LA LEGALIDAD COMO POLÍTICA PÚBLICA. HACIA UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO, op. cit., pág. 9.

²⁶³VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 45.

Ésta no debe dar lugar a actuaciones arbitrarias ya que todo acto debe estar motivado y fundado en la ley; aun así la discrecionalidad dentro de la cual puede actuar la autoridad migratoria puede generar prácticas violatorias de los derechos humanos de los extranjeros.

Algunas de las principales prácticas ilegales de las autoridades migratorias, descritas por organismos internacionales y otras autoridades que abiertamente vulneran los derechos humanos de los migrantes son:

a) Detenciones arbitrarias, por parte de la Policía Federal Preventiva policías municipales incluso estatales sin la debida fundamentación y motivación, y sin colaboración de agentes del Instituto Nacional de Migración, basadas en criterios poco claros como la nacionalidad, color de piel, incluso la apariencia. Si bien se reconoce el libre tránsito por el país de los extranjeros, la autoridad migratoria puede llevar a cabo acciones de verificación y control migratorio en lugares distintos a los destinados para el tránsito internacional de personas.

b) Detenciones arbitrarias. De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos²⁶⁴, 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.

²⁶⁴Cfr. Informe sobre los derechos de las personas migrantes en la Ciudad de México elaborado para la Relatoría Especial Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de derechos humanos México, Distrito Federal Julio, 2011, pág. 9.

c) Especial situación de las estaciones migratorias y habilitar cárceles como estaciones migratorias. De acuerdo con el informe acerca de la situación de los derechos de las personas migrantes en estaciones migratorias, elaborado en el año 2005 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se desprende que estos lugares de “alojamiento” funcionan con un sistema de celdas, rejas metálicas, aldabas, candados y cuentan con bases de cemento que se usan como camas, además de contemplar horarios restringidos para realizar sus actividades y recibir visitas. En sentido estricto, las condiciones anteriores, valoradas de manera conjunta, son análogas a las que se viven en la prisión y, vista de forma integral, tienen una fuerte conexión con la práctica migratoria cotidiana de “alojar” a los migrantes irregulares en las estaciones migratorias, ahora formalizada en los artículos 68 y 111 de la “Ley de Migración”.

El Relator de Naciones Unidas Jorge Bustamante, en el informe sobre su misión especial a México del año 2008²⁶⁵, recalcó la importancia de atender las condiciones de las estaciones migratorias, debido a los constantes reportes de tratos crueles inhumanos y degradantes que se presentan al interior, específicamente los casos de abuso sexual cometido en contra de mujeres por parte de guardias de seguridad de los propios centros.

²⁶⁵Cfr. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, United Nations, 24 Marzo 2009, A/HRC/11/7/Add.2, Numeral 62, disponible en: <http://bit.ly/nU16Dx>

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares realizó varias observaciones a México²⁶⁶, sobre todo por las condiciones de vulnerabilidad a que son expuestas las personas migrantes en su tránsito por nuestro país. Con respecto de las que están privadas de su libertad, el Comité expresó su preocupación por las deficiencias en las condiciones de *algunos lugares de aseguramiento o internamiento* 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.”*

d) Deficiencia en la representación consular y diplomática; en algunos casos, el apoyo de los consulados ha sido limitado principalmente por la falta de recursos. Por ejemplo, en Tapachula, Chiapas, el cónsul de Honduras tiene carácter honorario, por lo que no puede emitir ningún tipo de documento de identificación a los nacionales hondureños. Estas personas deben viajar a la Ciudad de México para obtener su documentación, lo cual representa una inversión cuantiosa.

e) Deportaciones ilegales por su estatus migratorio. El informe sobre migrantes en la Ciudad de México elaborado para la Relatoría de la Comisión Interamericana de derechos humanos, señala que: *“...el riesgo latente de la deportación debido al estatus migratorio es una grave condicionante que limita*

²⁶⁶Cfr. 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 de sus Familiares. párrafo 33” en Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 74 de la Convención, 14^a periodo de sesiones del 4 al 8 de abril 2011, Ginebra, 2011.

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...”²⁶⁷

f) Violaciones a sus derechos humanos, trata de personas. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo²⁶⁸ ha señalado que junto con las violaciones a los derechos humanos, cometidas tanto por individuos como por autoridades, los migrantes indocumentados pueden ser objeto de tráfico de personas, extorsión, robo o asesinato a manos del crimen organizado y trato humillante o discriminatorio, mientras que la vulnerabilidad asociada al estatus migratorio suele exponer a las personas migrantes la explotación económica, accidentes y diversas violaciones a sus derechos humanos.

g) Secuestro masivo de migrantes, retenciones ilegales, privación de la libertad. Durante la visita realizada a México en 2008 por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Migrantes²⁶⁹, éste mostró *“su conmoción por los crecientes abusos contra personas migrantes, especialmente contra aquellas de origen centroamericano. El relator se mostró particularmente preocupado por los alarmantes reportes de trabajo infantil e hizo ver que la atención especial para las niñas y niños no acompañados, así*

²⁶⁷Cfr. Informe sobre los derechos de las personas migrantes en la Ciudad de México elaborado para la Relatoría Especial Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de derechos humanos México, Distrito Federal, Julio, 2011 pág. 11.

²⁶⁸Cfr. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Informe Nacional sobre Desarrollo Humano México 2006-2007., México, 2007, págs. 119-121, disponible en: <http://bit.ly/qVPdjm>

²⁶⁹Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *“Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Migrantes concluye su visita a México”*, comunicado de prensa 08/027, 17 de marzo de 2008, disponible en; <http://bit.ly/qVPdjm>

como violencia contra las mujeres, tanto en el proceso migratorio como en sus lugares de trabajo falta de atención a la salud de las personas migrantes.” Más recientemente, el Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas²⁷⁰ para los derechos humanos apuntó que las condiciones de los migrantes que transitan por México requieren de la mayor vigilancia posible ante el contexto de violencia creciente que se vive en el país.

4.2.4.3 Control.

Para asegurar si lo que se planeo, organizó, dirigió realmente cumple con los objetivos previstos, se requiere de un control en el proceso de la política migratoria mexicana.

Son acciones de control migratorio: la revisión de documentación de personas que pretendan internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines. En dichas acciones, la Policía Federal actuará en auxilio y coordinación con el Instituto Nacional de Migración el cual, podrá llevar a cabo sus funciones de control migratorio en lugares distintos a los destinados al tránsito internacional. También realizará visitas de verificación para comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con sus obligaciones.

Los supuestos para que el Instituto lleve a cabo una visita de verificación son los siguientes:

²⁷⁰Cfr. Centro de Información de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2010, disponible en <http://bit.ly/r4UD9A>.

1.- Confirmar la veracidad de los datos proporcionados en trámites migratorios;

2.- Cuando se advierta que ha expirado la vigencia de estancia de extranjeros en el país, y

3.- Los que señale la Ley, y demás disposiciones jurídicas aplicables.

La facultad²⁷¹ para realizar visitas de verificación se ejercerá de oficio por tratarse de cuestiones de orden público. La orden por la que se disponga la verificación migratoria deberá ser expedida por el Instituto y precisar el responsable de la diligencia y el personal asignado para la realización de la misma, el lugar o zona que ha de verificarse, el objeto de la verificación, el alcance que deba tener y las disposiciones jurídicas aplicables que la fundamenten y la motiven.

Ahora bien para acreditar este control de las personas que entraron a México de manera regular y legal tenemos que: Cifras del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática,²⁷² indican que en materia de Migración internacional la población nacida en otro país residente en México, en 2010 era de 961,121.00 personas. Este Porcentaje de población nacida en otro país residente en México se mantuvo estable de 1950 a 1990 en un 00.4% para el

²⁷¹Establecida en la Ley de Migración Artículos 81 y 92

²⁷²Cfr. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, "Censos de Población y Vivienda, 1950, 1970, 1990, 2000 y 2010", en <http://www.inegi.gob.mx>, Fecha de actualización: Jueves 3 de marzo de 2011.

2000 llego a 00.5% quedando en 00.9% en 2010 migrantes documentados, vemos la tendencia a incrementarse la población de origen extranjero por lo que el control migratorio debe ser eficaz.

4.2.4.4 Evaluación.

Para evaluar la política migratoria tendremos que recurrir a análisis diferentes a los de la propia autoridad migratoria, los cuales se enfocan en las practicas migratorias ilegales, como el trabajo de la Comisión Nacional de derechos humanos en la Recomendación General No. 13/2006 “Sobre la practica de verificaciones migratorias ilegales”, la cual señala violaciones a los derechos de los migrantes en materia de seguridad jurídica, por parte de corporaciones de seguridad pública municipales al realizar detenciones ilegales, ya que como señala la “Ley General de Población” en sus artículos 73 y 151 las únicas autoridades con facultad de detener personas para revisar su legal estancia en el país son el Instituto Nacional de Migración, con el auxilio de la Policía Federal Preventiva.

También en la Recomendación No. 50 /2009 “Sobre el Caso de los Hechos ocurridos en el municipio de Rafael Lara Grajales, Puebla, en agravio de migrantes de origen centroamericano”; reafirma la practica ilegal de detenciones por parte de elementos policiales de migrantes indocumentados sin la colaboración del Instituto Nacional de Migración. Y el Informe Especial sobre Secuestro a Migrantes de febrero de 2011, donde propone un procedimiento de regularización migratoria, cumplir con los compromisos internacionales, más coordinación entre las autoridades encargadas de la seguridad pública para

evitar el secuestro de migrantes así como identificar zonas de riesgo para el tránsito de los migrantes.

Además las observaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas, observación general No. 31 y 15, le recuerdan a México que tienen derechos no sólo los ciudadanos sino todos los individuos sujetos a la jurisdicción de un Estado, es decir incluye a los migrantes, así como la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir a extranjeros si hay riesgos sobre su integridad personal.

Evaluaciones por parte de organismos internacionales, se encuentran en trabajos como el de Amnistía Internacional, en su reporte: *“Victimas Invisibles: migrantes en movimiento en México”*; de noviembre de 2010, considera necesario difundir en nuestro país y Centroamérica los derechos de los migrantes, los medios para denunciar abusos y recibir asesoría jurídica, visados humanitarios, programas de protección de testigos para migrantes irregulares, más control sobre la frontera sur, contar con registros nacionales de migrantes en colaboración con Guatemala, El Salvador, Honduras Nicaragua, para contribuir a una cooperación bilateral y regional.

Finalmente alguna evaluación de la política migratoria por parte de México la encontramos en el “Informe presentado por el Estado Mexicano sobre secuestro, extorsión y otros delitos cometidos contra personas migrantes en tránsito por el territorio mexicano”, ante la Comisión Interamericana de derechos humanos en julio de 2010, donde se reconoció no contar con una metodología

integral que permita una aproximación de la dimensión del problema del secuestro de migrantes en México.

4.3 Autoridades migratorias: Instituto Nacional de Migración, Secretaría de Gobernación, Consulados y oficinas consulares.

Dentro de la administración pública federal, se encuentran las autoridades migratorias. Primeramente la Secretaría de Gobernación en materia migratoria tiene las siguientes atribuciones:

Formular y dirigir la política migratoria del país; fijar las cuotas, requisitos o procedimientos para la emisión de visas y la autorización de condiciones de estancia; determinar los municipios o entidades federativas que conforman las regiones fronterizas o aquellas que reciben trabajadores temporales y la vigencia correspondiente de las autorizaciones para la condición de estancia expedida en esas regiones. En todos estos supuestos la Secretaría deberá obtener previamente la opinión favorable de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Suspender o prohibir el ingreso de extranjeros. Establecer o suprimir requisitos para el ingreso de extranjeros al territorio nacional; fijar y suprimir los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire, previa opinión de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público; de Comunicaciones y Transportes; de Salud; de Relaciones Exteriores; de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, y en su caso, de Marina. En coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores,

promover y suscribir instrumentos internacionales en materia de retorno asistido tanto de mexicanos como de extranjeros.

Además tiene facultades para formular proyectos de ley, reglamentos, decretos y acuerdos en materia de asuntos migratorios, presentar ante el Congreso del Unión las iniciativas de ley que emita el Presidente de la República, presidir el Consejo Directivo del Instituto Nacional de Migración. Es auxiliada por la Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos religiosos y el Instituto Nacional de Migración.

Posteriormente el Instituto Nacional de Migración, es un órgano técnico desconcentrado de la Secretaría de Gobernación que tiene por objeto 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 y ejerce las facultades que sobre asuntos migratorios señalan a la Secretaría de Gobernación, la “Ley General de Población”, su reglamento, la “Ley de Migración” y demás disposiciones legales aplicables.²⁷³

Los servicios de migración de conformidad con lo dispuesto en la “Ley General de Población” y su Reglamento se dividen para su atención en interior y exterior. El Servicio Exterior corresponde entre otros, a los servidores públicos

²⁷³Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 41.

del Gobierno Mexicano adscritos en el extranjero y facultados para ejercer funciones consulares, en carácter de auxiliares de la autoridad migratoria. Se encarga del despacho de los asuntos del orden migratorio que requieran colaboración del personal del servicio exterior mexicano -principalmente área consular- dependiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la propia Secretaría de Gobernación gira sus instrucciones para documentar a extranjeros en cumplimiento de sus acuerdos por conducto de la Cancillería en su área consular.²⁷⁴

El Servicio Interior corresponde a la Secretaría de Gobernación, a cargo del Instituto Nacional de Migración, el cual se encuentra dividido en servicio central y servicio delegacional. Está integrado por los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración adscritos al servicio central y a los puertos marítimos, fronterizos y aeropuertos con tránsito internacional. El servicio central está organizado según el reglamento interior de la Secretaría de Gobernación.

En general el servicio central realiza las funciones de la regulación del flujo y la estancia migratoria de los extranjeros; el establecimiento de los procedimientos operativos en materia migratoria; la dirección, distribución y vigilancia del personal encargado del ejercicio de la función migratoria; la imposición de sanciones administrativas; el desahogo de las consultas

²⁷⁴Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 72.

formuladas; el registro de extranjeros; la compilación de la estadística de la materia.²⁷⁵

Al servicio central, corresponde:

- 1.- Revisión de documentos, toda persona que efectúe un movimiento migratorio debe acreditar su calidad de nacional o extranjero, cumplir con los requisitos de estadística e identificación y demostrar para el caso de los extranjeros que cuentan con el documento migratorio que les permite su ingreso o salida del país. El orden en el que deben de conocer o pasar revisión a los pasajeros en tránsito internacional las diferentes secretarías o dependencias es: Secretaría de Salud, Instituto Nacional de Migración, Policía Federal Preventiva y Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- 2.- Inspección y vigilancia de personas y lugares destinados al tránsito internacional de personas y de zonas no establecidas como cruces internacionales.
- 3.- Autorizar trámites.
- 4.- La administración de estaciones migratorias, para el hospedaje provisional de extranjeros que no pueden satisfacer en el momento de la revisión la documentación para el ingreso al territorio nacional.

El Servicio Delegacional se encarga de la prestación de servicios migratorios por parte de las treinta y dos Delegaciones Regionales, una por cada entidad federativa. Sus principales atribuciones son:

²⁷⁵Cfr. RUÍZ GARCÍA, Laura, El Derecho Migratorio en México, op. cit., pág. 112.

- 1.- Verificar que la entrada y salida de personas al o del país se efectúe de acuerdo con los requisitos legales correspondientes.
- 2.- Tramitar los asuntos en materia migratoria de acuerdo con las facultades delegadas expresamente por el Comisionado.
- 3.- Expedir a los extranjeros la documentación migratoria de acuerdo con la normatividad aplicable
- 4.- Efectuar la inspección migratoria a los tripulantes y pasajeros de los transportes terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, ya sean nacionales o extranjeros que lleguen al país;
- 5.- Llevar la estadística correspondiente, y cumplir los acuerdos y disposiciones que emanen del servicio central.

Otras atribuciones a cargo del Instituto Nacional de Migración son²⁷⁶: Instrumentar la política en materia migratoria; vigilar la entrada y salida de personas al territorio nacional y revisar su documentación; tramitar y resolver sobre la internación, estancia y salida del país de los extranjeros; conocer, resolver y ejecutar la deportación o el retorno asistido de los mismos, imponer las sanciones previstas por la “Ley de Migración”; llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros; presentar en las estaciones migratorias, a los extranjeros que lo ameriten conforme a las disposiciones de la “Ley de Migración” ,coordinar la operación de los grupos de atención a migrantes que se encuentren en territorio nacional.

²⁷⁶ Como lo señala la Ley de Migración en su Artículo 20.

También podemos clasificar a los Consulados y oficinas consulares como autoridades migratorias. Teniendo en consideración el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el cónsul tiende a ser representante del Estado de residencia fundamentalmente como funcionario oficial sin carácter diplomático. De manera que: *“El consulado es una institución jurídico internacional que consiste en el establecimiento de un órgano de la administración pública de un Estado (oficina consular), específico para actuar en el exterior, en el territorio de otro, por acuerdo entre ambos, con el objeto principal de atender a sus nacionales, conforme al Derecho Internacional.”*²⁷⁷

La acción consular consiste fundamentalmente, en la prestación de asistencia a los nacionales del Estado enviante residentes en el extranjero, para que éstos puedan realizar actos conforme a la administración y el ordenamiento propios, con los mismos efectos como si fueran realizados en el Estado enviante; y también para asistirles en sus problemas y necesidades y protegerles ante las autoridades pertinentes del Estado receptor. Para el ejercicio de sus funciones los funcionarios consulares se relacionarán con las autoridades locales con competencia en su circunscripción.²⁷⁸

Las funciones consulares son múltiples y extremadamente variadas como lo indica el artículo 5 de la Convención de Viena; podemos clasificarlas en:

²⁷⁷VILARIÑO PINTOS, Eduardo, Curso de Derecho Diplomático y consular, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, pág. 99.

²⁷⁸Cfr. Ibidem, pág. 339.

Funciones políticas: de información, observar e informarse de los acontecimientos que allí se producen, no sólo para informar al gobierno del Estado enviante, sino también para informar a los nacionales interesados; fomento de las relaciones mutuas; función de asistencia; -protección consular-.

Funciones administrativas: registro consular; con los datos de identificación de las personas el Estado enviante que residen en la circunscripción consular; certificaciones; documentos de viaje; pasaportes, visados.

Funciones en materia de derecho privado: registro civil consular; matrimonio consular, velar por los intereses de menores e incapaces, adopción, sucesiones, funciones notariales.

Funciones en materia de emigración y establecimiento: debe atender a los nacionales del Estado enviante en condición de emigrantes o de establecidos, quienes se encuentran en el Estado receptor como trabajadores, orientándoles y atenderles en lo que se refiera a su instalación y a su incorporación al trabajo, así como asistirles respecto a su integración social.

Las Oficinas consulares del Estado mexicano ante el gobierno de otro país se rigen en términos de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento. La Dirección General de Servicios Consulares se creó en enero de 2009, con el objeto de fortalecer la prestación de los servicios de expedición de documentos a lo largo del Sistema Consular Mexicano. Administrativamente depende de la Subsecretaría para América del Norte, y supervisa temáticamente más de 145 Representaciones Consulares de diferentes rangos ubicadas alrededor del mundo. Las cuales ofrecen una amplia gama de

servicios de documentación tanto a nacionales como a extranjeros. Dentro de ellos destacan: Pasaportes, actos notariales, matriculas consulares, menaje de casa, registro civil, legalización de firma, visas a pasaportes extranjeros, certificados de petición de partes, cartilla del Servicio Militar.

4.4 El acto migratorio.

Los actos jurídicos del Estado son materialmente actos administrativos; los cuales se realizan en ejercicio de las funciones del Estado, dentro de un orden jurídico y que consisten en la ejecución de actos materiales o actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales; todos actos concretos que se dirigen a la creación y funcionamiento de los servicios públicos y al cumplimiento de los fines de la administración pública.

El acto administrativo es la manifestación unilateral de voluntad de los órganos del Estado, encaminada a crear, modificar, transmitir, declarar o extinguir derechos u obligaciones; a través de la autoridad competente - migratoria- con las formalidades establecidas en la ley. Por ser un acto jurídico de derecho público en ejercicio de la función administrativa, persigue de manera directa o indirecta, medita o inmediata el interés público.

El acto migratorio, de acuerdo con la clasificación de las funciones del Estado y sus actos debe considerarse como un acto administrativo. *“La administración tiene por objeto la realización del interés público; así el Estado como parte en el acto migratorio, está limitado en su actuación por las leyes*

generales que dan origen a su intervención en la política especial de la que se deriva el acto migratorio, esencialmente administrativo.”²⁷⁹

La internación de un extranjero aun país determinado, es un acto administrativo de autorización, puesto que es un acto condición que determina la aplicación de una situación jurídica general, creada de antemano, aun caso particular. El Estado, tiene imperio sobre el territorio donde ejerce su mando, es claro que él es quien debe determinar la forma y condiciones con las cuales puede un tercero establecerse, bajo su régimen de Derecho, en ese territorio. Así pues el Estado es parte en el acto jurídico migratorio, porque al permitir la entrada del inmigrante determina su imperio sobre el nuevo habitante.²⁸⁰

Los sujetos del acto migratorio son primeramente el Estado; la otra parte es cualquier extranjero que pueda cumplir las leyes y requisitos legales para internarse en el país. Consideremos que la Ley Migratoria tiene efectos extraterritoriales al regular la migración de manera que el extranjero se ampara en el hecho de que el país está abierto a los extranjeros.

Por lo que toca a las formalidades del acto, éstas deben quedar sujetas a lo que dispongan las leyes del lugar en donde tendrá repercusión y ejecución. El Estado que admite al inmigrante se asegurará, de que las obligaciones derivadas del acto serán fielmente cumplidas, *locus regit actum*. Como efecto de la soberanía territorial, los nacionales y extranjeros están sometidos a la legislación, jurisdicción y administración del Estado en el que residen. Respecto

²⁷⁹SAN MARTÍN Y TORRES, Xavier, Nacionalidad y Extranjería, 1ª ed., Editorial Mar, México, 1954, pág. 90.

²⁸⁰Cfr. Ibidem, pág. 89.

de los residentes en país extranjero se cruzan las competencias territoriales del Estado donde residen y las competencias personales del Estado de procedencia. De manera que tanto el Estado territorial tiene ciertos deberes hacia los extranjeros como el Estado nacional puede proteger a sus nacionales de manera extraterritorial -protección diplomática-.

4.5 Las calidades migratorias y criterios de clasificación.

Nuestro país establece en su Constitución y en particular en la Ley de Migración cuál es la situación jurídica en que se halla una persona que no sea nacional. Es decir, en la ley se establecen condiciones y modalidades legales a que están sujetos los extranjeros al internarse, permanecer y salir del país, denominadas calidades migratorias.

La Ley de Migración en su artículo 52 considera las condiciones de estancia de los extranjeros, éstas tienen a su vez una serie de modalidades o subdivisiones por actividad que se denominan calidades migratorias. Las condiciones establecidas por la Ley son de visitante o residente, las cuales 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. Véase Anexo 1.

Las condiciones de estancia y calidades migratorias se otorgan por la autoridad migratoria con plena facultad discrecional. Es decir, actuando en un margen de decisión con pleno apego a la legalidad. Los criterios para otorgar las calidades migratorias igualmente son discrecionales. De igual manera los acuerdos de supresión de visa establecen criterios para que nacionales de ciertos estados no requieran visa para entrar al país. Véase Anexo 2.

Adicionalmente se confiere la calidad de emigrante a los mexicanos y extranjeros que salgan del país con el propósito de residir en el extranjero. A la Secretaría de Gobernación le corresponde investigar las causas que den o puedan dar origen a la emigración de nacionales y dictar medidas para regularla, así como medidas de protección de los emigrantes mexicanos. Debe actuar en coordinación con los gobiernos de los Estados fronterizos, a efecto de poder repatriar a los nacionales a los lugares donde puedan ser útiles de acuerdo a sus conocimientos y capacidades. Se consideran repatriados los emigrantes nacionales que vuelvan al país después de residir por lo menos dos años en el extranjero. –Artículo 81 “Ley General de Población” -.

4.6 El procedimiento administrativo de admisión y calificación de extranjeros.

4.6.1 Obtención de un estatus legal migratorio.

La primera ejecución de la política migratoria se da en el acceso o entrada al territorio nacional por parte de los extranjeros. La entrada se hará en los lugares destinados al tránsito internacional de personas, por tierra, mar o

aire -puertos, aeropuertos- que para tal efecto designe la Secretaría de Gobernación. Para poder entrar al territorio, además de cumplir con los requisitos legales es necesario contar con pasaporte, visa, o tarjeta de residencia que acredite la calidad de nacional o extranjero. Artículo 37 “Ley de Migración”.

Los mexicanos se identificarán como tales, ante la autoridad migratoria, con: Pasaporte; Cédula de Identidad Ciudadana o Cédula de Identidad Personal; Copia certificada del Acta de Nacimiento; Matrícula consular; Carta de Naturalización, o Certificado de Nacionalidad Mexicana.

La Autoridad migratoria -Instituto Nacional de Migración-, podrá negar la entrada en los casos en que cuente con elementos suficientes para presumir la falta de autenticidad de los documentos o de veracidad de los elementos aportados para acreditar la nacionalidad mexicana, después de realizar la investigación respectiva. Este procedimiento deberá ser racional y en ningún caso excederá de 4 horas. -Artículo 86 “Ley de Migración”-

La denegación de entrada no se considera una sanción, ya que al ser realizada en la frontera, en los lugares destinados al tránsito internacional de personas, es un simple acto administrativo denegatorio que tiene como consecuencia la privación de la libertad, en los filtros de revisión migratoria, pero la calidad del extranjero en la estación migratoria no es de detenido. Esta prohibición de entrada implica la devolución o retorno asistido en un plazo no

mayor a 15 días contados a partir de su presentación; mientras se determina su situación migratoria. -Artículo 111 “Ley de Migración” -

Ahora bien para obtener un estatus legal migratorio, seguiremos el procedimiento administrativo migratorio, se rige por lo dispuesto en el Capítulo IX de la Ley de Migración y en forma supletoria por la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. Los lineamientos generales que señala son:

Todo procedimiento debe comenzar a instancia de parte, es decir, a petición de un particular. 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 humanitarias²⁸¹. 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.²⁸²

Los extranjeros irregulares pueden solicitar regularizar su situación migratoria; en cuyo caso tendrán 60 días naturales siguientes al vencimiento de su calidad migratoria o que realicen actividades distintas a las indicadas en su condición de estancia para avisar al Instituto Nacional de Migración.²⁸³

²⁸¹ Artículos 41 y 127 de la Ley de Migración.

²⁸² Artículos 128, 129 y 130 de la Ley de Migración.

²⁸³ Artículo 134 de la Ley de Migración.

No podrán regularizar su situación aquellos extranjeros que se encuentren sujetos a proceso penal o haber sido condenados por 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 esta Ley; o se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados.²⁸⁴ El Instituto Nacional de Migración puede expedir permisos de salida y regreso a los extranjeros que así lo soliciten, desistan del trámite migratorio, o se les haya negado dicho trámite.²⁸⁵

El procedimiento Administrativo migratorio deber ser ante todo un procedimiento respetuoso de las garantías individuales, es decir, de los principios de legalidad, defensa y gratuidad.

Las fases del procedimiento administrativo migratorio podemos dividir las en: iniciación, instrucción, decisión y eficacia. Todo procedimiento debe comenzar a instancia de una parte, particular o autoridad competente. Pueden promover todas las personas físicas o morales nacionales o extranjeras con capacidad de ejercicio por sí o por medio de un representante o apoderado, siempre y cuando demuestren interés jurídico en el pronunciamiento que deba dar la autoridad migratoria. La propia administración puede realizar los trámites, -oficiosamente- generalmente cuando realiza funciones de control, evaluación,

²⁸⁴ Artículo 43 de la Ley de Migración.

²⁸⁵ Artículo 137 de la Ley de Migración.

verificación y vigilancia. El Instituto Nacional de Migración podrá llevar a cabo revisiones de carácter migratorio dentro del territorio nacional a efecto de comprobar la situación migratoria de los extranjeros. La orden por la que se disponga la revisión deberá estar fundada y motivada; ser expedida por el Instituto y precisar el responsable de la diligencia y el personal asignado para la realización de la misma; la duración de la revisión y la zona geográfica o el lugar en el que se efectuará.²⁸⁶

En la fase de instrucción; la autoridad migratoria se allega de los elementos necesarios para alcanzar una determinada convicción respecto del asunto de su conocimiento. La forma más común de solicitar elementos o datos a los petitionarios es vía los requisitos legales. Después la autoridad migratoria deberá dictar resolución en los trámites migratorios en el plazo indicado por ley.²⁸⁷ Esta decisión es el pronunciamiento que la autoridad hace de la convicción que tiene con los elementos que se allegó. Su voluntad la debe expresar por escrito y oportunamente. Es decir, dentro del plazo legal establecido en la “Ley de Migración” o de tres meses establecido en la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. Una vez transcurrido dicho plazo, la autoridad ha determinado que se debe entender que la resolución es en sentido negativo -silencio administrativo o negativa ficta-. Finalmente la eficacia se manifiesta con el principio de la publicidad de las disposiciones y se realiza a

²⁸⁶ Como lo indica en su artículo 97 la Ley de Migración.

²⁸⁷ 20 días hábiles contados a partir de que el interesado haya cumplido con los requisitos establecidos, Artículo 128, Ley de Migración.

través de la notificación del acto migratorio.²⁸⁸ En materia migratoria es personalmente para que surta efectos jurídicos.

Los documentos migratorios son empleados para el control y la estadística del movimiento migratorio de inmigración. En ellos se asientan los datos personales de los extranjeros en territorio nacional. Cada forma migratoria contiene las condiciones, autorizaciones y limitaciones que correspondan, las limitaciones migratorias con las que ingresan al país y las actividades que pueden desempeñar durante su estancia, así como la vigencia del documento. El medio para acreditar su legal estancia son los denominados formatos migratorios, formas migratorias. La visa en caso de los visitantes y la tarjeta de residencia para los residentes permanentes o temporales

4.7 Sanciones en materia migratoria.

Una ley completa tiene sanciones, las podemos clasificar en:

Disciplinarias, destinadas a su propio personal, relacionadas con el incumplimiento de los deberes como servidores públicos y que se aplican de conformidad a las disposiciones legales sobre responsabilidad de los mismos, es decir, de conformidad con la “Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos”. En este caso serán aplicables a servidores públicos del Instituto Nacional de Migración y la Secretaría de Gobernación. Algunos supuestos señalados por el artículo 140 de la “Ley de Migración” son:

“Los servidores públicos del Instituto serán sancionados por las siguientes conductas:

²⁸⁸Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 119.

- I. Sin estar autorizados, den a conocer cualquier información de carácter confidencial o reservado;*
- II. Dolosamente o por negligencia retrasen el trámite normal de los asuntos migratorios;*
- III. Por sí o por intermediarios intervengan de cualquier forma en la gestión de los asuntos a que se refiere esta Ley o su Reglamento o patrocinen o aconsejen la manera de evadir las disposiciones o trámites migratorios a los interesados o a sus representantes;*
- IV. Dolosamente hagan uso indebido o proporcionen a terceras personas documentación migratoria;*
- V. Faciliten a los extranjeros sujetos al control migratorio los medios para evadir el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento;*
- VI. Por violación a los derechos humanos de los migrantes, acreditada ante la autoridad competente.”*

Administrativas, aplicables por la propia autoridad migratoria. Pueden consistir: “en el desconocimiento de los efectos del acto migratorio -invalidez del mismo- cuando cancela la calidad migratoria o la pérdida de la característica migratoria; la limitación de una posibilidad cuando impide el cambio de calidad migratoria; la orden de salir del país; la expulsión del país que puede ser definitiva o temporal; y la deportación.”²⁸⁹

²⁸⁹VICTAL ADAME, Óscar, *Derecho Migratorio Mexicano*, op. cit., pág. 133.

El concepto de deportado en nuestro orden jurídico en materia migratoria no ha sido plenamente determinado, y en ocasiones aparece o se utiliza como sinónimo de expulsado y puede llegar a confundir. Ya que gramaticalmente son sinónimos. Podemos decir con Silva que deportado es: *“El extranjero que fue obligado a salir o abandonar, temporal o permanentemente el Estado mexicano, como sanción al no reunir o dejar de reunir los requisitos sanitarios o migratorios necesarios para su legal internación o permanencia en el mismo. Mientras que el expulsado es el extranjero que fue obligado a abandonar o salir permanente e inmediatamente del Estado mexicano por orden del titular del poder Ejecutivo Federal, cuando este último estimó inconveniente o pernicioso su permanencia en el territorio nacional.”*²⁹⁰

Así la deportación es una sanción administrativa, un acto administrativo denegatorio de derechos, en este caso del derecho a entrar al territorio nacional. El rechazo se da principalmente por no cumplir con las disposiciones migratorias –establecidas en el artículo 37 “Ley de Migración” -. Si la autoridad sospecha de la autenticidad de los documentos migratorios del extranjero, después de la investigación correspondiente, tiene un plazo de 4 horas para admitir o rechazar al extranjero -artículo 36-. Este rechazo implica la deportación, la Secretaría de Gobernación determinara de manera discrecional el tiempo de la deportación, es decir, si será temporal o definitiva según la gravedad de la conducta.

²⁹⁰SILVA CARREÑO, Jorge Armando, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., págs. 100-105.

Entonces será deportado del territorio nacional, según el artículo 144 de la “Ley de Migración”, el extranjero presentado que:

“I. Se haya internado al país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas;

II. Habiendo sido deportado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido el Acuerdo de readmisión, aún y cuando haya obtenido una condición de estancia;

III. Se ostente como mexicano ante el Instituto sin serlo;

IV. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales o las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;

V. Proporcione información falsa o exhiba ante el Instituto documentación apócrifa, alterada o legítima, que haya sido obtenida de manera fraudulenta, y

VI. Haya incumplido con una orden de salida de territorio nacional expedida por el Instituto.”

Una vez determinada la deportación el procedimiento a seguir es el retorno asistido. La empresa de transporte por donde llegó el extranjero será responsable solidaria en caso de transportar extranjeros sin la documentación requerida. -Artículo 154-. Adicionalmente pueden solicitar el retorno asistido los extranjeros que se encuentren en situación irregular o no tengan restricciones para abandonar el país. -Artículo 118-.

Ahora bien los extranjeros que se encuentran en situación irregular, esto es que se encuentren en los supuestos²⁹¹ de: que haya vencido su periodo de estancia, realicen actividades diferentes a las que permitía su condición migratoria, no cuenten con documentos para acreditar su estancia en el país, su documentación migratoria este vencida, ya no satisfacen los requisitos; sean familiares, cónyuge, concubino, padres... de extranjeros residentes en el país, pueden solicitar su regularización con una sanción administrativa de multa.

Para su 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 menor, en caso de asilados y refugiados el principio de *non-refoulement*.

Además si dentro del procedimiento administrativo de verificación se desprende una infracción a las disposiciones migratorias que amerite la expulsión de un extranjero, se podrá llevar a cabo la presentación y el aseguramiento del mismo; en las estaciones migratorias que son las instalaciones físicas a cargo del Instituto Nacional de Migración para su aseguramiento en tanto se resuelve su situación migratoria en el país y permanecen a su disposición.²⁹²La resolución debe darse dentro de los 15 días

²⁹¹Establecidos en los artículos 132 a 134 de la Ley de Migración.

²⁹²Artículo 99 de la Ley de Migración.

hábiles siguientes a su presentación.²⁹³ Consideramos que es una medida de seguridad que debe tender a corregir una irregularidad y no a sancionar con privación de la libertad a una persona.

Ya sea deportación, expulsión, o solicitud de retorno asistido por situación irregular; los presentados ante la autoridad tendrán los mismos derechos y garantías ya que su situación acarrea la misma consecuencia: su salida del territorio nacional. Estos derechos son²⁹⁴:

- Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio.
- Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella.
- Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ésta, excepto en el caso de que hayan solicitado el asilo político o el reconocimiento de la condición de refugiado.
- Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido.
- Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto.
- Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza.

²⁹³ Artículo 111 de la Ley de Migración.

²⁹⁴ Garantizados en los artículos 119 y 122 de la Ley de Migración.

- Contar con un traductor o intérprete en el caso de que no hable o no entienda el español.
- Recibir asesoría legal.
- Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio.
- Que el Instituto se cerciore que el extranjero posee la nacionalidad o residencia regular del país receptor.
- Ser trasladado junto con sus efectos personales.
- En el caso de que el extranjero sea rechazado por el país de destino, sea devuelto al territorio mexicano para que el Instituto defina su situación migratoria.

Otras sanciones son; arrestos administrativos, por infracción a las disposiciones migratorias, que no podrán exceder de 36 horas; y multa, por infracción a las normas migratorias. Las cuales son de posible aplicación por la propia autoridad migratoria y puede imponerlas en forma mixta.

Las sanciones penales y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 162 “Ley de Migración”, la autoridad migratoria debe en todos los casos de delitos en materia migratoria, presentar la querrela correspondiente ante el agente del Ministerio Público Federal. De conformidad con lo dispuesto por la

“Ley contra la Delincuencia Organizada”, el delito de tráfico de indocumentados señalado en el artículo 159 de la “Ley de Migración” es considerado entre los tipos penales agravados.

4.8 Medios de impugnación y defensa contra actos de la autoridad migratoria.

4.8.1 Asistencia consular e interposición diplomática.

Entre las funciones del Estado se encuentra la de proteger a sus nacionales en el extranjero. Función que realiza tanto a través de los órganos centrales del Estado, relaciones exteriores, como de los periféricos, misiones diplomáticas y oficinas consulares. La protección de los nacionales puede adoptar distintas modalidades, según su objeto y medios utilizados.

Primeramente la protección diplomática inicia; si el nacional de un Estado es víctima de un ilícito internacional atribuible a otro Estado; podrá reclamar ante los órganos competentes de éste, de conformidad con las reglas de su Derecho Interno. Ahora bien, si una vez agotados los recursos del ordenamiento del Estado presuntamente infractor, no obtiene satisfacción, habrá de acudir al país de su nacionalidad para que ejerza la protección diplomática. El particular no podrá formular por sí mismo una reclamación exigiendo una responsabilidad

internacional, al configurarse ésta como una reclamación de Estado a Estado.²⁹⁵

El objetivo en la protección diplomática es la protección por el Estado de los derechos reconocidos a sus nacionales por el Derecho Internacional. La protección incluye cualquier medio legítimo empleado por el Estado para proteger a su nacional, incluidos la protesta, las negociaciones o el recurso a cualquier otro medio de arreglo pacífico de controversias, mediación, conciliación, arbitraje o arreglo jurisdiccional. Así un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas de Derecho Internacional en la persona de sus súbditos.

“La configuración de la protección como un derecho propio del Estado tiene como corolario la afirmación del poder discrecional del Estado en su ejercicio. Como dijera la CIJ (Barcelona Traction):

Un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer”; ahora bien el Derecho Interno de cada Estado puede imponerle la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero, pudiendo igualmente conceder a éstos “el derecho de exigir que esta obligación sea respetada y revestir ese derecho con las correspondientes sanciones.”²⁹⁶

²⁹⁵Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, 3ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007, pág. 848.

²⁹⁶Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, op. cit., pág. 850.

Ahora bien un requisito para la protección diplomática es que el particular presuntamente perjudicado ostente la nacionalidad del Estado que lo protegerá, es indispensable esté vínculo jurídico; un vínculo no sólo suficiente sino efectivo o auténtico entre el Estado reclamante y el perjudicado.

Además, el particular lesionado debe agotar todos los recursos legalmente existentes en el Derecho Interno que ofrezcan una posibilidad de reparación, tanto si se trata de recursos jurisdiccionales como administrativos, ordinarios o especiales, excepción hecha, claro está, de los recursos extrajurídicos o que se otorguen a título graciable. Salvo la denegación de justicia que implica que al extranjero no se le dio la posibilidad de reparar un agravio por un ejercicio discriminatorio de la acción de justicia, es decir, el perjuicio es causado por una violación del Derecho Interno que no constituye violación del Derecho Internacional. Por tanto los recursos internos deben de ser disponibles o eficaces, que brinden una posibilidad razonable de obtener la reparación.

Así el hecho ilícito lesiona tanto derechos del particular como del Estado nacional. *“Por parte del Estado es el derecho reconocido por el ordenamiento internacional a que se respete al Estado en la persona de sus nacionales. El derecho lesionado del particular está también reconocido por el ordenamiento internacional, abarcando la amplia gama de los derechos humanos, junto a otros derechos individuales. Dada la ausencia, en muchos casos, de capacidad del particular para reclamar internacionalmente, es el Estado de la nacionalidad quien reclamará. El Derecho Internacional público reconoce derechos subjetivos*

*a los particulares, pero no les reconoce derechos subjetivos de protección correlativos. De esta forma el particular lo que no tiene es acción para reclamar internacionalmente, no tiene legitimidad activa. Por tanto la institución de la protección diplomática es claramente interestatal, esto es, se regula una relación jurídica de "Estado a Estado."*²⁹⁷

Una excepción son algunos tratados que facultan a los particulares para entablar por sí mismos reclamaciones internacionales, sin necesidad de solicitar al Estado de su nacionalidad el ejercicio de la protección diplomática. Como los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Reciproca de Inversiones que prevén la posibilidad de que el inversor extranjero acuda directamente al arbitraje internacional frente al Estado huésped de la inversión en caso de incumplimiento por éste de las obligaciones de protección asumidas.²⁹⁸

De manera que podemos identificar el derecho de protección diplomática con el derecho a presentar una reclamación internacional de un Estado. *"La protección diplomática en este sentido es un procedimiento para garantizar la protección del nacional víctima del hecho ilícito y obtener reparación del perjuicio causado, esta sería una acepción de protección diplomática en sentido escrito."*²⁹⁹ Una noción amplia de protección diplomática engloba a varios mecanismos como la asistencia y protección consular y diplomática, en sentido estricto.

²⁹⁷TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, op. cit., págs. 55-58.

²⁹⁸Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, op. cit., pág. 864.

²⁹⁹TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, op. cit., pág. 44.

Para diferenciar éstas instituciones puede ser que antes de la existencia del hecho ilícito, el Estado realice gestiones o medidas para proteger a sus nacionales en el extranjero de los comportamientos del país de acogida que pueden serle perjudiciales, pero que no necesariamente constituyen un hecho ilícito internacional; esta acción sería calificable de asistencia diplomática. De manera que mientras no se llegue al punto de invocación de la responsabilidad, la acción del gobierno será calificable de nuevo de asistencia diplomática o meras gestiones diplomáticas. -Conversaciones, negociaciones, visitas *ad hoc*, hallar una solución no contenciosas al problema-.³⁰⁰

Ahora bien la asistencia consular, constituye una de las funciones básicas de las Oficinas consulares. Entre las principales manifestaciones de la asistencia consular podemos destacar: a- los auxilios materiales, tales como repatriaciones voluntarias en situaciones de necesidad, evacuaciones de damnificados o ayudas económicas para asistencia jurídica, casos de enfermedad o incluso pensiones asistenciales; b- auxilio al nacional en sus relaciones con los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado receptor, asesorándole, facilitándole un interprete o incluso, representándole; c- asistencia a los nacionales arrestados, detenidos o en prisión y, en su caso, la organización de sus defensa; y d- la información y asistencia a los nacionales en relación con sus actividades en el Estado receptor.³⁰¹

³⁰⁰Cfr. TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, op. cit., págs. 46 y 47.

³⁰¹Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, op. cit., pág. 847.

También cabe mencionar las facultades de los cónsules de fedatarios - registro civil-, ciertas atribuciones de autoridad administrativa -pasaportes visas- velar por los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones *mortis causa*, así como de los menores u otros nacionales que carezcan de capacidad plena; la competencia de los cónsules en este ámbito viene determinada por la Ley del Estado que envía y tiene como límite lo dispuesto en los tratados vigentes entre él y el Estado receptor o, en su defecto, en las leyes y reglamentos de este último.

La función de protección consular así como la de asistencia consular estas no implican presentación de reclamación internacional. La protección consular es la ejercida por el Jefe de la Oficina consular ante las autoridades locales o incluso centrales del Estado receptor. Ante un daño infligido al particular ocasionado por un hecho ilícito ya sea internacional ya sea interno y no es necesario que se hayan agotado los recursos internos.³⁰²

La asistencia consular puede llegar a traducirse en la presentación de una reclamación ante las autoridades competentes del Estado receptor por los perjuicios que éste haya podido ocasionar a un nacional como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito; denominada protección consular, se distingue de la protección diplomática primeramente, porque la reclamación puede versar sobre la infracción no sólo de Derecho Internacional sino también del Derecho Interno del Estado reclamado; además se sustancia por el jefe de la respectiva

³⁰²Cfr. TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, op. cit., pág. 48.

Oficina Consular ante los órganos domésticos competentes del Estado infractor.³⁰³

Para facilitar el ejercicio de la asistencia consular, el artículo 36.1 de la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares” de 1963 impone al Estado receptor las siguientes obligaciones:

“1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar

³⁰³Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, et. al., Derecho Internacional, op. cit., pág. 847.

con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.”

En los asuntos La Grand -2001- y Avena y otros súbditos mexicanos - 2004- la Corte Internacional de Justicia consideró que el Derecho Interno de los Estados Unidos resultaba contrario a este precepto al no permitir a los extranjeros condenados por los tribunales norteamericanos recurrir las condenas impuestas basándose en el hecho de que no habían sido previamente informados de los derechos que les reconocía el artículo 36.1 de la Convención.³⁰⁴

4.8.2 Recursos administrativos y amparo administrativo.

Dentro de la función administrativa se espera que no haya controversia. Una de las características del acto administrativo es su presunción de validez es decir que sea legítimo, definitivo conforme a la firmeza administrativa. Todos los actos de la administración se presumen legales salvo prueba en contrario.

Así los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades migratorias que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer un medio de defensa

³⁰⁴Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, op. cit., pág. 848.

administrativo o judicial. La impugnación será mediante un recurso administrativo ante la autoridad administrativa, es decir un procedimiento que resuelve el conflicto implicando un derecho subjetivo.

El procedimiento se encuentra regulado en la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo”, a consecuencia de que es de aplicación supletoria en los casos que no se contemple regulación particular dependerá del acto impugnado. Dentro de los recursos administrativos que contempla la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo” tenemos el recurso de revisión, de inconformidad y revocación. Éste es procedente para todos los actos o resoluciones que emitan las autoridades migratorias y que los particulares consideren les cause un agravio. 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 autoridad administrativa competente, será 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.³⁰⁵

El Recurso de revisión promovido en contra de las resoluciones que dicte la autoridad migratoria, se registrará por lo dispuesto en la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. La autoridad competente, al resolver el recurso

³⁰⁵Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., págs. 138-140.

interpuesto puede conceder o negar total o parcialmente la razón al recurrente; en términos generales confirma, revoca o modifica el acto impugnado u ordena la reposición del procedimiento.

El reglamento de la “Ley General de Población” en su artículo 228 establece que se podrá ordenar discrecionalmente la reposición del procedimiento, o en su caso, la emisión de una nueva resolución para las resoluciones que recaigan al recurso de revisión cuando se trata de asuntos que tengan como motivo negar la entrada al país o el cambio de calidad migratoria de un extranjero.

Posteriormente si esta resolución sigue siendo desfavorable a nuestros intereses se interpone ahora un juicio contencioso administrativo que pretende la nulidad del acto administrativo. Como procedimiento de carácter jurisdiccional al haber agotado los medios de defensa ante la misma autoridad emisora del acto o resolución que es considerado ilegal. Quien conoce de este juicio es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa por ser competente en controversias administrativas federales. En especial contra resoluciones dictadas por las autoridades migratorias: En materia migratoria conoce de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas que impongan multas por infracciones a las normas migratorias y las dictadas por las autoridades migratorias que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resolvieron un expediente en los términos de la “Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. De manera que el Tribunal de Federal de

Justicia Fiscal y Administrativa puede dictar sentencias que declaren la nulidad de los actos controvertidos pero sólo para el efecto de que se emita uno nuevo o se reponga el procedimiento y no entra al fondo del asunto, con excepción de las cuestiones derivadas de multas por infracciones a las normas.³⁰⁶

Contra la sentencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa podemos ir ante un órgano judicial e interponer un amparo “administrativo” es decir, ante el Tribunal Colegiado de Circuito. Dado que en el capítulo de garantías individuales, la Constitución incluyó los requisitos del acto y proceso administrativo, cuando no son cumplidos por la administración pública, el gobernado puede solicitar a la autoridad judicial el amparo³⁰⁷ y protección de la justicia federal. De esta manera, la forma escrita, competencia, legalidad, fundamentación, motivación, previa audiencia, irretroactividad, seguridad jurídica y demás requisitos han de ser respetados.

4.9

Propuestas.

El fenómeno migratorio es amplio, complejo y multidisciplinario, la labor del Estado en materia migratoria es tan importante que consideramos que la política migratoria mexicana se necesita diversificar, es decir, ampliar a otros

³⁰⁶ Cfr. VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, op. cit., pág. 146.

³⁰⁷ Cabe aclarar que en materia de amparo el principio de definitividad indica que es necesario agotar todos los recursos que puedan modificar o revocar el acto impugnado.

sectores que nos permitan hablar en un futuro de una política de integración, de refugio de los extranjeros, de emigración y retorno de los nacionales.

La promulgación de la “Ley de Migración”, separa las materias de inmigración de emigración antes reguladas en la “Ley General de Población”, consideramos asimismo prudente contar con una ley de asilo y refugio que permitiría diferenciar a migrantes económicos de refugiados, menores no acompañados, víctimas de trata de personas, y así otorgarles un estatus de protección de acuerdo con los principios internacionales reconocidos.

Es necesario coordinar la política exterior con la migratoria para que el trato que se pide para los migrantes mexicanos en el exterior sea congruente con el que se otorga a los mismos en México. Esta coordinación permitiría llegar a acuerdos migratorios y de colaboración más amplios con nuestros vecinos. No sólo con el norte sino con países hermanos en especial Latinoamérica, para contribuir al desarrollo de la región y se puedan obtener beneficios de la migración, tanto de los mexicanos en Estados Unidos como de centroamericanos en México. Como lo es el caso de trabajadores temporales guatemaltecos, y centroamericanos que en lugar de morir en el camino hacia Estados Unidos, podrán contribuir con México.

Ahora bien, recientemente la política migratoria mexicana, tuvo un cambio con la promulgación de la “Ley de Migración”; para poder contemplar las virtudes de la “Ley de Migración”, es necesaria la promulgación de su reglamento; de manera que el nuevo régimen migratorio se encuentre en pleno

vigor. Destaca la modificación de las calidades migratorias contempladas en la “Ley General de Población” de inmigrante, no inmigrante a residentes y visitantes en la “Ley de Migración” esta situación transforma los criterios para otorgar estas calidades, tales como la residencia regular en el país -4 años-, realizar o no alguna actividad remunerada en el país entre otros; y la consecuente equiparación de unas calidades con otras no es clara hasta la promulgación de su respectivo Reglamento.

Por otro lado, las prácticas violatorias de derechos humanos en la política migratoria mexicana, tales como las detenciones arbitrarias de extranjeros por parte de autoridades no facultadas para ello como la Policía Federal Preventiva, policías municipales, estatales o sin la debida colaboración del Instituto Nacional de Migración y sin una orden clara del Instituto Nacional de Migración; así como la revisión de documentación, visitas de verificación migratoria, las podemos englobar en la falta del debido proceso legal en procedimientos de control migratorio las cuales se podrían evitar si se delimitan las atribuciones de cada autoridad con precisión en la Ley, la intervención de las fuerzas de seguridad pública, los agentes de migración y la Policía Federal Preventiva; establecer criterios de no discriminación y fundamentación en la verificación migratoria de manera que no queden en el margen de la plena discrecionalidad de la autoridad.

Ante la detención en estaciones migratorias por alguna infracción a la norma migratoria, es necesario desarrollar proyectos para la protección legal - traducción, orientación y representación legal- del extranjero de manera que se

eviten abusos y violaciones a sus más elementales derechos humanos. Además es necesario evitar que se habiliten cárceles para estos fines, ya que la sanción establecida no corresponde a la privación de la libertad, es necesario aclarar la situación jurídica de los “alojados” en las estaciones migratorias.

Las constantes prácticas de corrupción y extorsiones por parte de autoridades migratorias y no migratorias es necesaria la transparencia en los trámites migratorios, proporcionar mayor información a los extranjeros sobre el ingreso a México, los requisitos para la admisión, estancia y en su caso la posibilidad de trabajo en territorio nacional, para evitar que la ignorancia en sus derechos y obligaciones sea motivo de estas practicas; la formación integral en derechos humanos, ética y en conocimiento de las migraciones a los agentes migratorios y personal encargado del proceso migratorio debe ser constante. Y en general fomentar una cultura de la migración, de identidad nacional, de pleno respeto y tolerancia hacia otras culturas.

En los casos de deportación por un estatus migratorio ilegal consideramos útil la implementación de un procedimiento eficiente y expedito de regularización migratoria, de manera que la entrada irregular no se convierta en impedimento para alcanzar un estatus legal y con él una mayor protección de sus derechos. Procedimiento de regularización migratoria basado en criterios claros de manera que consideremos quienes pueden regularizarse, y dando prioridad a personas que aporten un beneficio a México. Potenciales campañas de regularización e integración permitirían a los migrantes acogerse a los

beneficios de un estatus legal y no esperar una sanción, o encontrarse alojado en una estación migratoria.

Ante las deficiencias en la protección consular como falta de comunicación con la representación diplomática y consular principalmente de los centroamericanos en el sur del país, es necesario implementar mecanismos eficaces de intercambio de información y cooperación entre los Estados de la región.

Las sanciones de expulsión y repatriación deben respetar los principios internacionales de unidad familiar, interés superior del menor, no devolución; y considerar la situación particular del extranjero como los medios económicos con los que cuenta, si tiene un puesto de trabajo, la antigüedad de la estancia, la reincidencia, es decir el tiempo y trabajo dedicados en México; para mejor intentar sanciones alternativas, como una multa.

La penosa situación de violencia que vive el país, el control del narcotráfico, la delincuencia organizada y redes de trata de personas sobre algunas rutas de tránsito de migrantes hace necesaria la comunicación y coordinación entre las autoridades encargadas de la seguridad pública y las migratorias para proteger sus derechos fundamentales.

El fenómeno migratorio es dinámico y cambiante, hace algunas décadas los mexicanos migraban de manera constante a Estados Unidos, esa tendencia ha cambiado, y al parecer México puede cambiar a país de inmigración por lo que la política migratoria no sólo debe adecuarse a las circunstancias del momento, los cambios de la economía y el mundo; las instituciones deben ser constantes, estables para así mantener objetivos y propósitos claros, es por eso que consideramos viable la creación de una Secretaría de Estado de inmigración y emigración; ya que el Instituto Nacional de Migración es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación; que como tal no tiene personalidad ni patrimonio propio.

Fortalecer las instituciones migratorias contribuiría a la expansión de la política en cuestión, el Instituto Nacional de Migración tiene menos de 20 años; su vida institucional es corta para un país con tanta historia de emigración, acogida de refugiados, y recientemente de inmigración.

En síntesis es necesario que la política mexicana no sea coyuntural, que no se vea presionada por el momento migratorio actual, es prudente ver más a futuro, México esta envejeciendo, la tasa de natalidad disminuye, es necesario estudiar la dinámica de la población, analizar a profundidad los factores de expulsión y atracción de migrantes a México, para que no necesitemos una nueva ley de migración a corto plazo.

5.- Conclusiones:

1.- La soberanía ilimitada sólo es propia de Estados absolutistas, situación que consideramos superada. Debemos entender a la soberanía como la plena capacidad jurídica internacional de obrar; aún pensando que la soberanía del Estado es plena y total en materia migratoria. Se olvida el hecho de que normas de Derecho Internacional en materia de derechos humanos son aplicables tanto en nacionales como extranjeros -migrantes- dentro del territorio de determinado Estado. Por lo tanto estas normas deben observarse en la materia migratoria estatal; de manera que el Estado termina cediendo parte de su soberanía migratoria.

El impacto de normas internacionales en materia de derechos humanos sobre la soberanía migratoria estatal; implica un cambio hacia una mejor y constante coordinación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional.

2.- El régimen de extranjería del Estado, se amplía y mejora gracias a la tutela explícita del Derecho Internacional en materia de derechos humanos, la protección subsidiaria y por motivos humanitarios que se aplica a extranjeros y migrantes.

Desde el *ius gentium* hasta el *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones este derecho se encuentra en formación. Hasta ahora el principal desarrollo normativo en la materia es la “Convención sobre derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias”; aunque limitada a los migrantes económicos con optimismo podemos esperar normativas más amplias.

La especial situación de la Unión Europea y en otros procesos de integración regional, donde la libre circulación de personas por fronteras comunes, ha modificado la situación de la soberanía migratoria de los Estados; quienes se han visto en la necesidad de ampliar su régimen de extranjería, el control migratorio sobre las fronteras comunes es coordinado y subordinado con autoridades supra-estatales, por lo que la soberanía migratoria de los Estados ha cambiado constantemente.

3.- La política migratoria del Estado tiene un alcance extraterritorial, por lo que debe ser de cooperación y solidaridad entre los Estados partes de la comunidad internacional.

Dentro del marco del Derecho Internacional migratorio, el Estado Mexicano es parte de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y de la “Convención Internacional sobre la protección de los

Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” y en materia de derechos humanos de los principales pactos y convenciones internacionales, que al formar parte de nuestro Derecho Interno, deben implementarse los mecanismos necesarios para su debida aplicación. Más aun con las reformas constitucionales que incorporan los tratados internacionales en materia de derechos humanos al control constitucional.

4.- La política, prácticas y normas migratorias mexicanas dejan mucho que desear, son ineficaces y de manera reiterada violentan derechos fundamentales de extranjeros. Las principales violaciones van desde los elementales derechos a la vida, libertad de tránsito, hasta los que implican derechos de seguridad jurídica como el debido proceso, todos derechos reconocidos internacionalmente.

La aplicación del Derecho Internacional al marco jurídico migratorio mexicano encuentra un déficit de cumplimiento en la falta del debido proceso en los procedimientos de inspección, verificación, aseguramiento y control migratorio donde los extranjeros ven comprometidos sus derechos en los filtros de revisión migratoria. La “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares” otorga a los migrantes en caso de detención arbitraria o privación de la libertad el derecho a defenderse con iguales garantías procesales que los nacionales, a la debida notificación y protección consular, asesoría legal -artículo 17-. En el marco del Derecho Interno violentan los principales derechos y garantías de seguridad jurídica, los principios esenciales del debido proceso contenidos en los artículos

13, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohibición de leyes privativas y de tribunales especiales, irretroactividad de la ley, fundamentación y motivación, derecho o garantía de audiencia. Es decir que no se respeta la normativa internacional ni la interna.

5.- La detención y “presentación” de extranjeros en estaciones migratorias viola la libertad de circulación, al establecer en la Ley de Migración sanciones privativas de la libertad por infracciones administrativas. Tanto en el marco internacional, la “Convención Americana de Derechos Humanos”, en el artículo 22, establece derechos de circulación y de residencia, la cual garantiza el libre tránsito por el territorio nacional de extranjeros, como en el ámbito interno el artículo 21 constitucional, considera la privación de la libertad como una sanción por infracciones a algún reglamento gubernativo y de policía; situación que violenta tanto el marco jurídico interno como internacional.

6.- El trato diferenciado a los migrantes en México se basa en acuerdos de supresión de visa, llama la atención que nacionales de Venezuela o Chile no requieran visa, mientras que nacionales de Guatemala o Ecuador si requieran visa y el requisito de contar con empleo previo para otorgar la visa, conviene revisar los criterios para otorgar visas por parte del Estado mexicano para garantizar igualdad de trato conforme al Derecho Internacional; y actuar de acuerdo al principio de no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, reconocido desde la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y situaciones diferentes no sean tratadas de manera semejante.

Establecer criterios claros que eviten la discrecionalidad de la autoridad migratoria.

7.- En el caso de los solicitantes de asilo y refugio la “Convención de Ginebra”, aclara que el agente perseguidor, puede ser estatal o no estatal, lo que muestra preocupación por las violaciones a derechos humanos por parte de agentes no estatales, como el crimen organizado, redes de trata de personas, que muestran la omisión del Estado en su deber de cuidado de su población. Situación que se ve constante en México y una violación más al régimen internacional de derechos humanos.

8.- Los principios internacionales de no devolución, unidad familiar y de interés superior del menor son reconocidos por la “Ley de Migración” al permitir al migrante la entrada de sus familiares y compartir su estancia regular.

9.- El Artículo 33 que se invocaba para la expulsión de extranjeros - particularmente observadores y miembros de organizaciones de derechos humanos- se superó con la reforma constitucional, aun así falta la promulgación de una ley reglamentaria de tal artículo que establezca criterios claros de expulsión, para no ir contra el sistema de protección internacional de los derechos humanos.

10.- La normativa internacional en materia internacional es amplia, tanto que la “Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” prevé otorgar derechos políticos a los extranjeros, como el voto en elecciones municipales, si el Estado

de empleo los concede, derechos sociales, laborales, culturales. Para que México pueda otorgar estos derechos conforme a sus responsabilidades internacionales; falta esperar que se consolide el nuevo sistema de estatus migratorio de la “Ley de Migración” y con el los derechos que cada estatus conlleva.

11.- Dentro del marco interno que debe adecuarse al internacional, la “Ley Migratoria” muestra su fracaso, ya que es imperfecta tanto material como formalmente por la falta de publicación de su Reglamento, el cual debería establecer reglas claras para afirmar las categorías migratorias de visitante y residente, lo cual deja el régimen migratorio mexicano en la misma situación anterior al seguir aplicándose la “Ley General de Población”

El Derecho Internacional demuestra su vocación humanista al proteger derechos humanos de minorías, como los extranjeros, el impacto de éste en el Derecho migratorio, tradicionalmente cerrado y restrictivo, implica una nueva valoración y construcción de normativas amplias que den seguridad en sus derechos.

De estas reflexiones y críticas no debemos dejar de lado el carácter mexicano de acogida y solidaridad con los pueblos hermanos; el espíritu hospitalario que nos distingue en el exterior, no debe cambiar. Siendo la nación mexicana multicultural debemos de aspirar al bien general de los pueblos sobre la base de la equidad y el respeto a los principios del Derecho Internacional.

6.- Fuentes consultadas:

Bibliografía:

ABELLAN HONRUBIA, Victoria, *et. al.*, Prácticas de Derecho Internacional, 3ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2005.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, (director). Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2008.

BALBUENA CISNEROS, Arminda, *et. al.*, Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto soberanía, Algunos efectos en América Latina y en Europa, 1ª ed., Editorial Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello editores, Universidad de Alicante, España, 2000.

BENHABIB, Seyla, Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos, 1ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2005.

CALVO HORNERO, Antonia, Fundamentos de la Unión Europea, 1ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2009.

CARVAJAL SILVA, María Raquel, Migración internacional y derechos humanos. derechos humanos, civiles, sociales y políticos en el contexto de la migración México-Estados Unidos, 1ª ed., editado por Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Guadalajara, Jalisco, México, 2004.

CASTILLO, Mireya, Derecho Internacional de los derechos humanos, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003.

CASTLES, Stephen, *e.t al.*, The age of migration International population movements in the modern world, 4ª ed., Editorial Palgrave Mac. Millan, Reino Unido, 2009.

CESC, Mas, Rompiendo Fronteras una visión positiva de la inmigración, 1ª ed., Editorial Juventud-Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2001.

CLIMENT BONILLA, Ma. Margarita, Nacionalidad, Estatalidad y Ciudadanía, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, 17ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley del más débil, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, 2ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 3ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 5ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.

GONZÁLEZ FERRERAS, Julia, *et. al.*, Diversidad Migratoria distintos protagonistas, diferentes contextos, 1ª ed., editado por Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2005.

HÄBERLE, Peter, *et al.*, De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, 1ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

HEATER, Derek, Ciudadanía Una breve historia, 1ª ed., Editorial Alianza, Madrid, España, 2007.

HERDEGENH, Mathias, Derecho Internacional Público, 1ª ed., editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005.

HERNANDEZ CASTELLANOS, Eduardo de Jesús, La cultura de la legalidad como política pública. Hacia una teoría democrática del Derecho Positivo Mexicano, Secretaría de Gobernación, México, 2009.

HERRERA CAMPO, Juan Vicente, *et. al.*, La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, 1ª ed., Editorial Civitas, Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, Madrid, España, 2002.

HEURTEAUX, Michel, La Organización de la Naciones Unidas, S.N.E., Editorial Paradigma, Madrid, España, 1997.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, España, 2010.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et. al.*, Derecho Internacional Público, 1ª ed., editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2008.

KRASNER D., Stephen, Soberanía, hipocresía organizada, 1ª ed., Editorial Paidós, Barcelona, España, 2001.

LÓPEZ MEZA, Judith Selene, La Documentación a Extranjeros, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2007.

LÓPEZ PIÑA, Antonio, Los Tratados de la Unión Europea, 1ª ed., editado por Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2007.

LÓPEZ SALA, Ana María, Inmigrantes y Estados: La respuesta política ante la cuestión migratoria, 1ª ed., Editorial Anthropos, Barcelona, España, 2005.

MAIGESINI, Graciela, *et. al.*, Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad, 1ª ed., Editorial Libros de la Catarata, Madrid, España, 2000.

MÁRMORA, Leilo, Las Políticas de migraciones internacionales, 1ª ed., Editorial Paidós-Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Argentina, 2002.

O'DONELL, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, 1ª ed., editado por Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México, México, 2007.

OLIVÁN LÓPEZ, Fernando, Constitución y Extranjería. La dialéctica de la integración, 1ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004.

ORAÁ ORAÁ, Jaime, *et. al.*, El extranjero en la cultura europea de nuestros días, 1ª ed., editado por Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1997.

PALOMASER LERMA, Gustavo, Relaciones Internacionales en el siglo XXI, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2006.

PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 11ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008.

PÉCOUD, Antonie, Paul de Guchteneire, (Directores), Migración sin fronteras. Ensayos sobre la libre circulación de las personas, 1ª ed., editado por Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, Francia, 2008.

PERAL FERNÁNDEZ, Luis, Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz, 1ª ed., Editorial Trotta, Madrid, España, 2001.

PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, La provincia del Derecho Internacional, 1ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004.

REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, Derecho Internacional, 3ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007.

RIERA, Ignasi, Emigrantes y refugiados. El derecho universal de la ciudadanía, 1ª ed., Editorial Plaza & Janés, Barcelona, España, 2002.

RIVERO, Francisco, *et. al.*, Derechos humanos del Incapaz, del Extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto, 1ª ed., Antonio Marzal editor, ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, España, 1997.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, Migraciones forzadas. Derecho Internacional y doctrina social de la Iglesia, 1ª ed., editado por Instituto Mexicano de Doctrina

Social Cristiana, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura social Asociación Civil, México, D.F., 2004.

RUIZ GARCÍA, Laura, El Derecho Migratorio en México, 1ª ed., Editorial Porrúa, Instituto Internacional del Derecho y del Estado, México, 2005.

RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio *et. al.*, Los inmigrantes irregulares en España, 1ª ed., editado por Universidad de Duesto, Bilbao, España, 1999.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

SAN MARTÍN Y TORRES, Xavier, Nacionalidad y Extranjería, 1ª ed., Editorial Mar, México, 1954.

SANTOS M. Ruesga, Benito, *et. al.*, El Estado ante la Globalización .Políticas macroeconómicas. Migraciones y empleo, 1ª ed., Editorial Marcial Pons, Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2007.

SAURA ESTAPA, Jaume, Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa, 1ª ed., Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, España, 1998.

SILVA CARREÑO, Jorge Armando, Derecho Migratorio Mexicano, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

STALKER, Peter, Emigrar no es una ganga. Mitos y realidades, 1ª ed., editado por Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2004.

STADMÜLLER, Georg, Historia del Derecho Internacional Público, 1ª ed., Editorial Aguilar, Madrid, España, 1961.

TORROJA MATEU, Helena, El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2007.

TRINIDAD GARCÍA, Ma. Luisa, *et. al.*, Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de la Unión, 5ª ed., Editorial Comares, Granada, España, 2002.

VICTAL ADAME, Óscar, Derecho Migratorio Mexicano, 4ª ed., Editorial Porrúa-Universidad Anáhuac del Sur, México, 2004.

VITORIA, Francisco, Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1974.

VILARIÑO PINTOS, Eduardo, Curso de Derecho Diplomático y consular, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007.

WITKER, Jorge, Derechos de los Extranjeros, 1ª ed., editado por Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

GARCÍA ZAMORA, Rodolfo, Cambiando perspectivas: de la gestión de flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo, 1ª ed., Editorial Porrúa-Sin fronteras, Institución de Asistencia Privada, y Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2008.

Hemerograficas:

ÁLVAREZ DE FLORES, Raquel, *“La dinámica migratoria Colombo-Venezolana: evolución y perspectiva actual”* en Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad de los Andes, San Cristóbal, Venezuela, año IX, vol. 9, n. 002, Julio-diciembre, 2004.

FERRER SÁNCHEZ M., Rosa, *“El Estudio de la Inmigración Argelina en Francia”*, en Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, España, n. 131, 8 de enero de 1999.

ORTIZ AHLF, Loretta, *“La denegación del derecho de acceso a la justicia a los inmigrantes irregulares en la Unión Europea”*, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., vol. XI, 2011.

PICARD de Orsini Marie, Judith Useche, *“El Principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la constitución vigente”*, en Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, n. especial, 2005.

TIRADO MEJIA, Álvaro, *“Avances, fortalezas y desafíos del sistema interamericano de derechos humanos”* en Estudios de Derecho, segunda época, Medellín, Colombia, año LXII, vol. LIX, n. 133-134, diciembre 2000.

UZETA TRUEBA, Antonio, *“La condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados”*, *Apuntes sobre la opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por México a la Corte Interamericana de derechos humanos*, en Epika Revista de

Derecho y Política, Universidad Iberoamericana de León, México, n. 6, enero 2008.

Jurisprudencia:

1.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados”*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones>

2.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Medidas Provisionales respecto de la República Dominicana Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana”*, Resolución de 14 de Septiembre de 2000, San José, Costa Rica, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones>

3.-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 OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, San José, Costa Rica, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones>

4.- 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, Solicitada por el gobierno de Costa Rica, San José, Costa Rica, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones>

5.- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “*Asunto Notteböhm*” Liechtenstein vs. Guatemala, fallo 6 de abril 1995, en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum1948-1991.pdf>

Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, última reforma publicada D.O.F. 13 mayo 2011.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994, última reforma publicada D.O.F. 9 de mayo 2012.

Ley General de Población, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974, última reforma publicada D.O.F. 25 de junio del 2011.

Ley de Migración, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

Ley de Nacionalidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación 23 de enero de 1998, última reforma publicada D.O.F. 12 de enero 2005.

Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2002, última reforma publicada D.O.F.15 de junio de 2012.

Convenciones Internacionales:

Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familiares, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 18 de diciembre de 1990.

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1967.

Convención sobre Asilo, La Habana, Cuba, 20 de febrero de 1928.

Convención sobre Asilo diplomático, Caracas, Venezuela, 28 de marzo de 1954.

Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, Uruguay, 1933.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, 28 de septiembre 1954.

Convención sobre los Refugiados de la Organización Africana, Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 30 de abril de 1982 en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

Declaración sobre los derechos de las personas que no son nacionales del Estado donde viven, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, de 13 de diciembre de 1985.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, de 16 de diciembre de 1966.

Anexo 1. Condiciones de estancia establecidas en el artículo 52 de la Ley de Migración.

Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas:

Actividad: sin permiso para realizar actividades sujetas a una remuneración en el país.

Temporalidad: transitar o permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.

Ampliación: no podrán cambiar de condición de estancia y tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado. Salvo quienes tengan vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México.

Documento migratorio: visa.

Visitantes con permiso para realizar actividades remuneradas:

Actividad: que cuente con una oferta de empleo, con una invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural por la cual perciba una remuneración en el país, o venga a desempeñar una actividad remunerada por temporada estacional en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras.

Temporalidad: no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.

Ampliación: no podrán cambiar de condición de estancia y tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado. Salvo quienes tengan vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México.

Documento migratorio: *visa*.

Visitante regional:

Actividad: extranjero nacional o residente de los países vecinos para ingresar a las regiones fronterizas y sin permiso para recibir remuneración en el país.

Temporalidad: con derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo deseen, sin que su permanencia exceda de tres días.

Ampliación: Mediante disposiciones de carácter administrativo, la Secretaría establecerá la vigencia de las autorizaciones y los municipios y entidades federativas que conforman las regiones fronterizas. No podrán cambiar de condición de estancia y tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado. Salvo quienes tengan vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México.

Visitante trabajador fronterizo:

Actividad: Autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales los Estados Unidos Mexicanos comparten límites territoriales, que cuente con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con la oferta de empleo.

Temporalidad: para permanecer hasta por un año en las entidades federativas que determine la Secretaría.

Ampliación: con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee. No podrán cambiar de condición de estancia y tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado. Salvo quienes tengan vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México.

Visitante por razones humanitarias:

Actividad: autorizará para permanecer en el país y con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país.

Temporalidad: según su condición, hasta que concluya el proceso, al término del cual deberán salir del país o solicitar una nueva condición de estancia, con derecho a entrar y salir del país cuantas veces lo desee. Para los solicitantes de asilo y refugio: Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente.

Ampliación: Posteriormente, podrán solicitar la condición de estancia de residente permanente.

Modalidad: siguientes supuestos: a- Ser ofendido, víctima o testigo de algún delito cometido en territorio nacional. Sujeto pasivo de la conducta delictiva, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al

perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. b- Ser niña, niño o adolescente migrante no acompañado c- Ser solicitante de asilo político, o de la condición de refugiado d- Cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país.

Documento migratorio: visa.

Visitante con fines de adopción:

Actividad: extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos.

Temporalidad: permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución ejecutoriada y en su caso, se inscriba en el registro civil la nueva acta del niño, niña o adolescente adoptado, así como se expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del niño, niña o adolescente del país.

Ampliación: no podrán cambiar de condición de estancia y tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado. Salvo quienes tengan vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México.

Modalidad: La expedición de esta autorización solo procederá respecto de ciudadanos de países con los que los Estados Unidos Mexicanos haya suscrito algún convenio en la materia

Residente temporal:

Actividad: con la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, sujeto a una oferta de empleo. En el caso de que el residente temporal cuente con ella, se le otorgará permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país, en la actividad relacionada con dicha oferta de empleo.

Temporalidad: permanecer en el país por un tiempo no mayor a cuatro años. Con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee.

Ampliación: La Secretaría, podrá establecer mediante disposiciones administrativas de carácter general, un sistema de puntos para que los extranjeros puedan adquirir la residencia permanente sin cumplir con los cuatro años de residencia previa.-Artículo 57-.

Modalidad: tendrán derecho a la preservación de la unidad familiar por lo que podrá ingresar con o solicitar posteriormente la internación de:

a- Hijos del residente temporal y los hijos del cónyuge, concubinario -a-, siempre y cuando sean niñas -os- y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o se encuentren bajo su tutela o custodia;

b- Cónyuge;

c- Concubinario -a- o figura equivalente,

d- Padre o madre del residente temporal.

Podrán residir regularmente en territorio nacional por el tiempo que dure el permiso del residente temporal: con la posibilidad de obtener un permiso para

trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen.

Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes temporales podrán introducir sus bienes muebles, en la forma y términos que determine la legislación aplicable.

Documento migratorio: tarjeta de residencia, con derecho a solicitar un CURP.

Residente temporal estudiante:

Actividad: realizar cursos, estudios, proyectos de investigación o formación en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional. Con permiso para realizar actividades remuneradas cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación. Sujeta a una oferta de trabajo en actividades relacionadas con la materia de sus estudios.

.

Temporalidad: por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación hasta la obtención del certificado, constancia, diploma, título o grado académico con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee,

Ampliación: puede renovarse anualmente.

Modalidad: La autorización de estancia de los estudiantes está sujeta a la presentación por parte del extranjero de la carta de invitación o de aceptación

de la institución educativa correspondiente. Con el derecho a la preservación de la unidad familiar, por lo que podrá ingresar con o solicitar posteriormente el ingreso de las personas que se señalan para los residentes temporales.

Documento migratorio: tarjeta de residencia, con derecho a solicitar un CURP.

Residente permanente:

Actividad: permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo.

Temporalidad: permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen.

Modalidad: se concede en los siguientes supuestos:

I. Por razones de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado y protección complementaria o por la determinación de apátrida.

II. Por el derecho a la preservación de la unidad familiar podrán pedir la internación de: a-. Padre o madre; b-. Cónyuge, al cual se le concederá la condición de estancia de residente temporal por dos años, transcurridos los cuales podrá obtener la condición de estancia de residente permanente, siempre y cuando subsista el vínculo matrimonial; c-. Concubinario, concubina, o figura equivalente al cual se le concederá la condición de estancia de residente temporal por dos años, transcurridos los cuales podrá obtener la condición de estancia de residente permanente, siempre y cuando subsista el

concubinato; d-. Hijos del residente permanente y los hijos del cónyuge o concubinario o concubina, siempre y cuando sean niñas, niños y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o se encuentren bajo su tutela o custodia, y e- Hermanos del residente permanente, siempre y cuando sean niñas, niños y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o estén bajo su representación legal. -Artículo 55-

III. Que sean jubilados o pensionados que perciban de un gobierno extranjero o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, un ingreso que les permita vivir en el país;

IV. Por decisión del Instituto, conforme al sistema de puntos.

V. Porque hayan transcurrido cuatro años desde que el extranjero cuenta con un permiso de residencia temporal;

VI. Por tener hijos de nacionalidad mexicana por nacimiento, y

VII. Por ser ascendiente o descendiente en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.

Documento migratorio: tarjeta de residencia, con derecho a solicitar un CURP.

Anexo 2. PAÍSES Y REGIONES QUE NO REQUIEREN VISA PARA VIAJAR A MÉXICO.

Las personas de los siguientes países no necesitan visa para entrar a México como Turistas, Transmigrantes y Visitantes de Negocios. La estancia de Turistas y Visitantes de negocios no podrá exceder los 180 días; los transmigrantes podrán permanecer en México hasta 30 días:

- A
 - Alemania
 - Andorra
 - Anguila
 - Antillas Holandesas
 - Argentina Aruba
 - Australia
 - Austria
- B
 - Bahamas (Comonwealth)
 - Barbados
 - Bélgica
 - Belice
 - Bulgaria
- C
 - Canadá
 - Chile
- Chipre
- Corea del Sur
- Costa Rica
- D
 - Dinamarca
- E
 - Eslovaquia
 - Eslovenia
 - España
 - Estados Unidos de América
 - Estonia
- F
 - Finlandia
 - Francia
- G
 - Gibraltar
 - Grecia

- Groenlandia
 - Guadalupe
 - Guayana Francesa
- H
- Hong Kong
(Rep. Popular de China)*
 - Hungría
- I
- Irlanda
 - Islandia
 - Islas Azores
 - Islas Bermudas
 - Islas Caimán
 - Islas Cocos
 - Islas Cook
 - Islas Faroe
 - Islas Guam
 - Islas Malvinas
- Islas Marianas
 - Islas Marshall
 - Islas Navidad
 - Islas Niue
 - Islas Norfolk
 - Islas Pitcairn
 - Islas Reunión
 - Islas Vírgenes de los
EUA
 - Islas Wallis y Futura
 - Islas Vírgenes
Británicas
 - Israel
 - Italia J
 - Japón
- L
- Letonia
 - Liechtenstein

- Lituania
 - Luxemburgo
- M
- Macao
- (Rep. Popular de China)*
- Mahore
 - Malta
 - Martinica
 - Micronesia
 - Mónaco
 - Montserrat
- N
- Noruega
 - Nueva Caledonia
 - Nueva Zelanda
- P
- Países Bajos (Holanda)
- Palau
 - Panamá
 - Paraguay
 - Polinesia Francesa
 - Polonia
 - Portugal
 - Puerto Rico
- R
- Reino Unido de la Gran Bretaña
 - República Checa
 - Rumania
- S
- Samoa Americana
 - San Marino
 - Santa Helena
 - Singapur
 - Suecia

- Suiza

T

- Territorio Británico del Océano Índico
- Tokelau
- Trinidad y Tobago
- Turcos y Caicos

U

- Uruguay

V

- Venezuela

REQUIEREN SELLO CONSULAR

Las personas de los siguientes países no necesitan visa, pero deben obtener el sello consular en su pasaporte para entrar a México como Turistas, Transmigrantes y Visitantes de Negocios. La estancia de Turistas y Visitantes de negocios no podrá exceder los 180 días; los transmigrantes podrán permanecer en México hasta 30 días:

El Salvador, Jamaica, Malasia.

Podrán obtener el sello consular en cualquier de los más de 130 consulados de México en el mundo.

Países y regiones que requieren visa para viajar a México.

Las personas de los siguientes países y regiones deben obtener una visa para entrar a México (podrán viajar a México sin necesidad de una visa los extranjeros que cuenten con una visa válida y vigente de Estados Unidos de América y quienes acrediten ser residentes legales permanentes en Estados Unidos de América, Canadá, Japón, el Reino Unido de la Gran Bretaña y los países que integran el espacio Schengen).

La estancia de Turistas y Visitantes de negocios no podrá exceder los 180 días; los transmigrantes podrán permanecer en México por 30 días:

- A
- Afganistán
 - Albania
 - Angola
 - Antigua y Barbuda
 - Arabia Saudita
 - Argelia
 - Armenia
 - Azerbaiyán
- B
- Bahrein
 - Bangladesh
 - Belarús
 - Benin
 - Bolivia
 - Bosnia-Herzegovina
 - Botswana
 - Brasil
- Brunei Darusalam
 - Burkina Faso
 - Burundi
 - Bután
- C
- Cabo Verde
 - Camboya
 - Camerún
 - Chad
 - China República Popular
 - Colombia
 - Comoras
 - Congo
 - Congo, Rep. Dem. (Zaire)
 - Corea del Norte
 - Costa de Marfil

- Cuba
- D
- Djibuti
 - Dominica
 - Dominicana República
- E
- Ecuador
 - Egipto
 - Emiratos Árabes Unidos
 - Eritrea
 - Etiopía
- F
- Federación Rusa
 - Fiji Islas
 - Filipinas
- G
- Gabón
- Gambia
 - Georgia
 - Ghana
 - Grenada
 - Guatemala
 - Guinea
 - Guinea Bissau
 - Guinea Ecuatorial
 - Guyana
- H
- Haití
 - Honduras
- I
- India
 - Indonesia
 - Irak
 - Irán
- J

- Jordania

K

- Kazajistán

- Kenia

- Kirguistán

- Kiribati

- Kuwait

L

- Laos

- Lesotho

- Líbano

- Liberia

- Libia

M

- Macedonia

- Madagascar

- Malawi

- Maldivas

- Mali

- Marruecos

- Mauricio

- Mauritania

- Myanmar

- Moldova

- Mongolia

- Montenegro

- Mozambique

N

- Namibia

- Nauru

- Nepal

- Nicaragua

- Niger

- Nigeria

O

- Omán

- P
- Pakistán
 - Palestina
 - Papua Nueva Guinea
 - Perú
- Q
- Qatar
- R
- República
Centroafricana
 - República Árabe
Saharai Democrática
 - Ruanda
- S
- Salomon Islas
 - Samoa Occidental
 - San Cristobal y Nieves
- San Vicente y Las
Granadinas
 - Santa Lucía
 - Santa Sede
 - Santo Tome y Príncipe
 - Senegal
 - Serbia
 - Seychelles Islas
 - Sierra Leona
 - Siria
 - Somalia
 - Sri Lanka
 - Sudáfrica
 - Sudán
 - Surinam
 - Swazilandia
- T
- Tailandia

- Taiwán
 - Tanzania
 - Tayikistán
 - Timor Oriental
 - Togo
 - Tonga
 - Túnez
 - Turkmenistán
 - Turquía
 - Tuvalu
- U
- Ucrania
 - Uganda
 - Uzbekistán
- V
- Vanuatu
 - Vietnam
- Y
- Yemen
- Z
- Zambia
 - Zimbawe.

